



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par *Université Toulouse-I Capitole*
Discipline ou spécialité : *Droit privé*

Présentée et soutenue par PIERRE-HENRI CIALTI

EFFICACITES ET FONCTIONS DE LA CONVENTION COLLECTIVE DE
TRAVAIL :
ETUDE COMPARATIVE DE L'INTERVENTION LEGALE EN ESPAGNE ET EN
FRANCE

JURY

*B. GAURIAU (Professeur des Universités-Université d'Angers) **Rapporteur***
A. POUSSON (Professeur des Universités-Université Toulouse-I Capitole)
J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Professeur des Universités-Universitat de València)
F. RUEDA(Professeur des Universités-Université Toulouse-I Capitole)
*T. SALA FRANCO(Professeur des Universités-Universitat de València) **Rapporteur***

Ecole doctorale : *Sciences Juridiques et Politiques*
Unité de recherche : *IDETCOM*
Codirecteur(s) de Thèse : *A. POUSSON - J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ*



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par *Université Toulouse-I Capitole*
Discipline ou spécialité : *Droit privé*

Présentée et soutenue par PIERRE-HENRI CIALTI

EFFICACITES ET FONCTIONS DE LA CONVENTION COLLECTIVE DE
TRAVAIL :
ETUDE COMPARATIVE DE L'INTERVENTION LEGALE EN ESPAGNE ET EN
FRANCE

JURY

B. GAURIAU (*Professeur des Universités-Université d'Angers*) **Rapporteur**
A. POUSSON (*Professeur des Universités-Université Toulouse-I Capitole*)
J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (*Professeur des Universités-Universitat de València*)
F. RUEDA (*Professeur des Universités-Université Toulouse-I Capitole*)
T. SALA FRANCO (*Professeur des Universités-Universitat de València*) **Rapporteur**

Ecole doctorale : *Sciences Juridiques et Politiques*
Unité de recherche : *IDETCOM*
Codirecteur(s) de Thèse : *A. POUSSON - J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ*

*L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du
candidat.*

A Ana.

A Fortunato, Irma et Martine Cialti.

Agradecimientos

En primer lugar, quiero expresar mi más sincero agradecimiento a los profesores Juan Manuel Ramírez Martínez y Alain Pousson por haber hecho posible esta tesis doctoral, por haber mantenido intacta su confianza desde los inicios de este proyecto y por sus inestimables consejos que han permitido a este trabajo realizarse en un marco seguro.

También agradecer a las y los profesores Carmen Agut García, Jesús Cruz Villalón, Bernard Gauriau, Juan Gorelli Hernández, Carmelo Romeo, Frédérique Rueda y Tomás Sala Franco el haber aceptado ser expertos y revisar este trabajo.

En segundo lugar, me gustaría agradecer a mis amigas y amigos relectores el haberme cedido su tiempo para releer y revisar este voluminoso trabajo.

Agradecer también a Jordi y Rosa del Departamento de Derecho de Trabajo, a Fernando del Servicio de Tercer Ciclo de la Universidad de Valencia y a Marie-Françoise Ille de la Escuela Doctoral de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Toulouse, por haber facilitado siempre los distintos trámites. He de hacer una mención especial a las personas de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla por haberme acogido y facilitado el acceso a sus instalaciones.

Para terminar, gracias a mi familia por estar siempre conmigo, a Ana por su paciencia y confianza y a mis amigas y amigos que, pese a estos “años de andanza”, lo siguen siendo.

Remerciements

Je tiens tout d’abord à remercier sincèrement les professeurs Alain Pousson et Juan Manuel Ramírez Martínez pour avoir fait possible cette thèse doctorale, pour avoir maintenu leur confiance en ce projet intacte depuis son début et pour leurs conseils avisés qui ont permis à la réflexion de se réaliser dans un cadre sûr. Je voudrais également remercier les professeurs Carmen Agut García, Jesús Cruz Villalón, Bernard Gauriau, Juan Gorelli Hernández, Carmelo Romeo, Frédérique Rueda et Tomás Sala Franco pour avoir accepté d’être experts et de réviser ce travail.

Ma gratitude à mes amis relecteurs et relectrices (Guype, Anne, Cabi et Nico) qui ont accepté de céder un peu de leur temps pour relire ce volumineux travail.

Je tiens par ailleurs à remercier Jordi y Rosa du Département de droit du Travail et Fernando du Service doctoral de l’Université de Valence, ainsi que Marie-Françoise Ille de l’Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques de l’Université de Toulouse, pour avoir toujours facilité les différentes démarches relatives à ce projet. Une mention particulière doit être faite aux personnes de la bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université de Séville pour leur accueil chaleureux et pour avoir bien voulu m’accueillir et me permettre d’accéder à leurs installations.

Enfin, je terminerai par remercier ma famille, pour être toujours là, Ana, pour sa patience et sa confiance, et mes amis qui, malgré ces « années d’errance », le sont restés.

« Et celui qui souhaite devenir mauvais, c'est-à-dire devenir un homme qui agisse comme si toutes les actions étaient défendables, doit au moins avoir la bonté de le remarquer lorsqu'il y parvient ».

Stig Dagerman

Notre besoin de consolation est impossible à rassasier

“Y todo aquel que quiera convertirse en una persona malvada, es decir, una persona que actúa como si todas las acciones fueran defendibles, debería, al lograrlo, tener al menos la bondad de advertirlo”.

Stig Dagerman

Nuestra necesidad de consuelo es insaciable

Avertissement au lecteur français

En raison de la proximité linguistique entre le français et l'espagnol, plusieurs termes employés dans ce travail rédigé en français sont inspirés ou correspondent à des traductions littérales de termes espagnols.

Gageons que ces francisations pourront enrichir le présent travail et offrir un cadre d'interprétation adéquat.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ESPAGNE

Ar	Aranzadi-Westlaw
AS	Aranzadi social
AL	Actualidad laboral
CCAA	Comunidades Autónomas-Comunidad Autónoma (<i>Région</i>)
CE	Constitución española
CES	Consejo económico y social
CCNCC	Comisión consultiva nacional de convenios colectivos
CGPJ	Consejo general del poder judicial
DL	Documentación laboral
ET	Estatuto de los trabajadores (<i>Statut des travailleurs</i>)
LOLS	Ley orgánica de libertad sindical
LPL	Ley de procedimiento laboral (derogada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social-LJS)
MEySS	Ministerio de empleo y de seguridad social
MTAS	Ministerio de trabajo y asuntos sociales
MTIN	Ministerio de trabajo e inmigración
MTSS	Ministerio de trabajo y seguridad social
PJ	Poder judicial
RD	Real decreto
RDL	Real decreto-ley
RDS	Revista de derecho social
REDC	Revista española de derecho constitucional
REDT	Revista española de derecho del trabajo
RFDUCM	Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense de Madrid
RGDTSS	Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social
RL	Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica
RMTAS	Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales
RPS	Revista de política social
RT	Relaciones de trabajo
SAN	Sentencia de la audiencia nacional
STC	Sentencia del tribunal constitucional
STS	Sentencia del tribunal supremo
STCT	Sentencia del tribunal central de trabajo
STSJ	Sentencia del tribunal superior de justicia
TC	Tribunal constitucional
TS	Tribunal supremo
u.d.	Unificación de doctrina

FRANCE

Al.	Alinéa
Anc. art.	Ancien article
ANI	Accord national interprofessionnel
Art.	Article
Art. D	Article d'un décret d'application codifié suivi du numéro d'article
Art. L	Article d'une loi codifiée suivi du numéro d'article
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation (les arrêts de la Chambre sociale et de la Chambre commerciale sont inclus dans le Bulletin civil).
CA.	Cour d'Appel
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation assemblée plénière
Cass. Civ.	Cour de cassation chambre civile
Cass. Crim.	Cour de cassation chambre criminelle
Cass. Soc.	Cour de cassation chambre sociale
C. civ.	Code civil
CF	Constitution française
CT	Code du travail
Circ. DRT	Circulaire de la direction des relations du travail
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Cons. Etat	Conseil d'Etat
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer avec
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CT	Code du travail
D.	Recueil Dalloz, hebdomadaire, périodique
Dares	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
ed.	Edition
Ed.	Maison d'édition
Gaz. Pal.	La gazette du palais
Ibidem	Au même endroit
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
JCP	Juris-classeur périodique
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale
JO	Journal officiel
Ibid.	Au même endroit

Loc. cit.	Article déjà cité
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
OIT	Organisation internationale du travail
Op. cit.	Ouvrage précité
P.M.E.	Petites et moyennes entreprises
PU	Presses universitaires
RDT	Revue de droit du travail
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDeur.	Revue trimestrielle de droit européen
SSL	Semaine sociale Lamy
s.	Suivants
TPS	Travail et protection sociale
TGI	Tribunal de grande instance

SOMMAIRE GENERAL

INTRODUCTION

PARTIE PRELIMINAIRE : LES CONCEPTIONS FRANCAISE ET ESPAGNOLE DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE

TITRE I : LA RECONNAISSANCE DE LA FIGURE CONVENTIONNELLE

CHAPITRE I : LA PRISE EN COMPTE DES RAPPORTS COLLECTIFS DE
TRAVAIL

CHAPITRE II : LA CONSOLIDATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE
DANS L'ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE

TITRE II : LA PROCLAMATION DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE

CHAPITRE I : LE SENS ET LA PORTEE DU DROIT A LA NEGOCIATION
COLLECTIVE

CHAPITRE II : L'EFFICACITE DE LA CONVENTION COLLECTIVE

PARTIE I : L'INTERVENTION LEGISLATIVE LORS DE L'ELABORATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE

TITRE I : LE CADRE LEGAL RELATIF AU PROCESSUS DE NEGOCIATION ET DE CONCLUSION : LA QUÊTE DE LEGITIMITE DE LA CONVENTION COLLECTIVE

CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES ACTEURS DE LA NEGOCIATION

CHAPITRE II : L'APPUI DE L'EXIGENCE MAJORITAIRE

TITRE II : L'INTERVENTION LEGISLATIVE RELATIVE AU CONTENU DE LA CONVENTION COLLECTIVE

CHAPITRE I : L'AUTORITE DE LA LOI COMME POINT DE DEPART ET LA
FONCTION ORIGINAIRE D'AMELIORATION DE LA CONVENTION

CHAPITRE II : L'AUTOLIMITATION DE LA LOI COMME TENDANCE
ACTUELLE ET LES FONCTIONS D'ADAPTATION ET DE GESTION DE LA
CONVENTION COLLECTIVE

PARTIE II : L'INTERVENTION DE LA LOI LORS DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE : LES MECANISMES D'ARTICULATION ENTRE LES DIVERSES SOURCES APPLICABLES AUX RELATIONS DE TRAVAIL

TITRE I : L'ARTICULATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE ET DES AUTRES SOURCES

CHAPITRE I : L'ARTICULATION DES CONVENTIONS COLLECTIVES ET DES
NORMES HÉTÉRONOMES

CHAPITRE II : L'ARTICULATION ENTRE LA CONVENTION COLLECTIVE ET
LE CONTRAT DE TRAVAIL

TITRE II : L'ARTICULATION ENTRE CONVENTIONS COLLECTIVES ET AVEC
LES AUTRES PRODUITS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

CHAPITRE I : LES MECANISMES TRADITIONNELS DE COORDINATION

CHAPITRE II: LA DECENTRALISATION DE LA STRUCTURE DE LA
NEGOCIATION COLLECTIVE ET L'EMANCIPATION DE L'ENTREPRISE

INTRODUCTION

1. Ce travail de droit comparé trouve son origine dans une anecdote linguistique, concrètement dans un exemple de faux amis. Les termes de « extensión » en espagnol et d'« extension » en français ont, tous les deux, trait à une procédure administrative relative à l'application des conventions collectives de travail. Cependant leur contenu est fort différent. Schématiquement, alors que le terme espagnol correspond dans une grande mesure au mécanisme français de l'élargissement, le terme français se réfère à l'intervention administrative permettant à une convention de branche de s'appliquer à tous les contrats de travail compris dans son champ d'application. Une question assaille alors le juriste. Par quel mécanisme la convention collective espagnole s'applique-t-elle à l'ensemble des salariés et employeurs compris dans son champ d'application ?

Deux éléments sautent alors aux yeux. L'article 37.1 de la Constitution Espagnole (art. 37.1 CE) reconnaît explicitement le droit à la négociation collective et la « *force contraignante* »¹ des conventions collectives et l'article 82.3 du Statut des Travailleurs (en espagnol, « *Estatuto de los Trabajadores* »-art. 82.3 ET) dispose que les conventions collectives s'appliquent à tous les employeurs et salariés compris dans son champ d'application. Alors qu'en droit français, l'application de la convention est garantie a posteriori par une intervention administrative, en Espagne, elle est prévue a priori par la loi. Cette différence fondamentale nous a alors conduits à chercher les explications juridiques opportunes afin de comprendre la logique des deux systèmes.

Ce point de départ apparemment défini a néanmoins évolué au fil de la réflexion. En effet, la question de l'application de la convention collective de travail s'insère plus globalement dans un processus plus large qui est celui de la négociation collective. Nous ne savions pas alors à tel point les propos du Professeur VALDÉS DAL-RÉ étaient certains lorsqu'il affirme que « *la complexité est une propriété qui accompagne la négociation collective ; elle fait partie de sa physiologie* »². Quelques remarques préalables permettant de fixer le cadre méthodologique semblent donc nécessaires,

¹ En espagnol, « *fuera vinculante* ».

² F. VALDÉS DAL-RÉ, « El modelo español de negociación colectiva », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 43.

même indispensables. « *Un problème est toujours insoluble lorsqu'il n'est pas formulé en des termes précis* »¹.

2. La notion de convention collective de travail est au cœur du sujet, encore faut-il s'attacher à en définir les contours.

Suivant une définition classique, elle peut être définie comme « *l'accord par lequel le groupe des travailleurs et l'employeur ou le groupe patronal établissent la régulation collective d'une déterminée série de relations de travail* »². Il s'agit donc d'un accord qui fixe une série de conditions de travail. Ce dernier interviendra à la suite d'un processus de communications, d'échanges, de discussions dénommé négociation collective. En ce sens, la convention collective présente un double aspect qui permet d'intégrer la notion de négociation collective.

En premier lieu, elle revêt un aspect dynamique qui se réfère aux conditions dans lesquelles elle va être élaborée. Cet aspect permet alors d'envisager un processus plus ample, le processus de négociation collective. Le concept de négociation trouve sa source dans la politique internationale, dans l'action diplomatique³. Elle se compose de trois éléments : tout d'abord, elle suppose un rapport de force, l'existence d'intérêts antagonistes entre les parties à la négociation ; ensuite elle se caractérise par la nécessité d'aboutir à un consensus entre les parties, la négociation apparaît comme un processus de résolution de conflits ; enfin, elle implique l'acceptation réciproque de la part des parties à la négociation de *règles du jeu* communes et devant être respectées. Ces trois éléments se retrouvent indubitablement en droit du travail. L'antagonisme entre les intérêts des employeurs et des salariés est plus que jamais d'actualité⁴, le recours à la négociation afin d'éviter les conflits est à l'origine de l'apparition des premiers accords collectifs⁵ et le cadre légal offre un éventail de règles communes permettant de régir le processus.

¹ M. DUVERGER, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », *Dr. Soc.*, 1944, p. 276.

² F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1927, p. 52

³ M. MERLE, « De la négociation », *Pouvoirs*, 1980, n° 15.

⁴ Même si les actionnaires constituent un nouvel acteur des relations professionnelles dont l'intérêt propre diverge de celui des employeurs ou des salariés. Par ailleurs, la frénésie réformatrice des dirigeants politiques depuis l'inauguration de la crise économique en 2008 nous rappelle cruellement que les intérêts de l'État peuvent également rentrer en conflits avec les intérêts professionnels.

⁵ En ce sens, on peut trouver ce qui peut constituer les premières conventions collectives de travail dès la fin du XIX^e siècle lors des luttes ouvrières (Cf. M. LEROY, *La coutume ouvrière*, Paris, Girard et Brière, 1913).

La négociation collective renvoie également à l'idée de pouvoir et consisterait dans ce sens en « *un usage diplomatique du pouvoir* »¹. Force est alors de constater, comme le souligna le Professeur KHAN-FREUND, que la relation de travail se développe entre « *un détenteur de pouvoir et quelqu'un qui n'en détient aucun* »². La négociation collective permet ainsi de limiter le pouvoir unilatéral de l'employeur³ et de rééquilibrer la répartition des pouvoirs entre les salariés et l'employeur, en élevant les rapports au niveau collectif⁴.

La notion de négociation collective permet dans tous les cas d'envisager des processus institutionnels ou informels de discussions et d'échanges dont l'objectif est la conclusion d'un accord qui n'est pas nécessairement une convention collective. En effet, le sens de cette dernière correspond à certains critères légaux qui s'attachent fondamentalement à ses signataires et à son contenu. Cette idée permet alors de mettre en exergue l'existence d'une variété d'accords émanant d'un processus de négociation. Précisons d'ores et déjà que lorsque nous évoquerons le terme de convention collective nous nous référerons aux accords qui correspondent aux conventions collectives reconnues par les lois françaises et espagnoles.

En deuxième lieu, la convention collective présente un aspect statique relatif à sa définition et à ses effets juridique et personnel⁵. La particularité de la convention collective réside alors fondamentalement dans les conditions de son application et dans la place qui lui est attribuée dans la hiérarchie des sources. Dès le début du XX^e siècle, la doctrine française écrivait que « *les conventions collectives tendent à prendre un caractère général et objectif qui les distingue des contrats ordinaires et qui les*

¹ A. FLANDERS, « Éléments pour une théorie de la négociation collective », *Sociologie du Travail*, 1968, n° 1, p. 19.

² O. KHAN FREUND, *Trabajo y Derecho*, Madrid, MTSS, 1987, p. 52.

³ Sur l'évolution du pouvoir des employeurs et ses implications en termes économiques, voir E. DOCKES, « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 620.

⁴ P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. Soc.*, 1945, p. 298. La dimension purement contractuelle de la relation de travail est donc remise en cause, tant « *la fiction qui entoure la rencontre de deux volontés libres et égales apparaît ici criante* » (G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouv.*, 1997, p. 514). Pour le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, « *la réduction du rôle de l'autonomie privée dans le contrat de travail a été un des éléments qui a donné une substance propre au droit du travail qui surgit contre l'impérialisme du contrat, pour nier, dans le contrat de travail, la prédominance de l'autonomie de la volonté comme source régulatrice et restreindre l'application du « dogme » civil de l'autonomie de la volonté* » (« El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual », in *Los principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LÓPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 107).

⁵ N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, p. 3.

rapproche de la loi »¹. Dans ce sens, la négociation est « *une procédure susceptible de déboucher sur un accord doté d'effet normatif* »² dont la convention collective de travail est le paradigme. Nous reviendrons plus loin dans le travail sur le sens et la portée des effets juridique et personnel de la convention. Contentons-nous pour l'heure de souligner que la convention collective de travail correspond à un acte juridique singulier qui déploie une efficacité spécifique.

Cette dernière considération nous conduit alors à déterminer de quelle source, la convention collective tire cette capacité de créer des « normes ». Les conventions collectives « *obligent, en effet, à remonter aux « notions juridiques premières* » »³ et à revenir à la problématique de la création juridique, à ce qu'est le droit et à la détermination de ses sources. De remarquables travaux ont déjà abordé la question, il ne s'agira pas ici de mal formuler ce qui a déjà été remarquablement bien écrit⁴. Il conviendra néanmoins de poser quelques bases générales qui permettront d'encadrer les propos.

L'essor de la convention collective a profondément bouleversé les théories classiques des sources du droit. La conception traditionnelle connaissait en effet deux types d'actes juridiques créateurs de droits et obligations. Les actes juridiques émanant de l'Etat, c'est à dire essentiellement les lois et règlements, et ceux produits par des sujets privés individuels au travers de contrats de droit commun. L'un trouvait son fondement dans la souveraineté démocratique alors que l'autre dans l'autonomie de la volonté. Le caractère collectif du droit du travail⁵ introduit une nouvelle dimension dans les rapports juridiques dépassant les rapports classiques Etat/individus ou individus/individus⁶. La doctrine juridique se trouvait alors face à un nouvel acte qu'il convenait d'appréhender et qui « *requiert les plus grand efforts pour construire un ensemble systématisé de réponses au demande de rationalisation juridico-formelle* »⁷.

¹ R. MOREL, « Convention collective de travail et loi du 25 mars 1919 », *RTDciv.*, 1919, p. 417.

² A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, chron., p. 367.

³ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 1.

⁴ Citons par exemple, N. ALIPRANTIS, op. cit.; G. GIUGNI, *Introducción al estudio de la autonomía colectiva. Traducción y estudio preliminar de J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS*, Granada, Comares, 2004.

⁵ G. LYON CAEN, « Du rôle des Principes Généraux du Droit Civil en Droit du Travail, première approche », *RTDciv.*, 1974, p. 248.

⁶ P. DURAND, loc. cit., 1945, p. 298; M. DUVERGER, loc. cit., p. 276; G. LYON-CAEN, loc. cit., 1974, p. 229.

⁷ M. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1997 (a), p. 32.

3. L'intégration de la convention collective dans l'ordre juridique étatique¹ représente une question centrale et originaire du droit du travail dont les réponses ne sont pas aisées. L'Etat est-il l'unique source de production du droit ? La négociation collective peut-elle être considérée comme une source matérielle du droit et à la convention collective comme source formelle² ? Ces interrogations amènent à revenir à la sempiternelle controverse entre la théorie moniste et la théorie pluraliste du droit³ et au sens attribué au concept d'autonomie collective⁴. Celle-ci peut se définir comme « *la capacité originaire des acteurs professionnels de produire des normes juridiques qui engagent les travailleurs* »⁵ ou comme « *un pouvoir s'exerçant à l'intérieur du droit* »⁶. Elle se compose également de trois dimensions. Pour la partie salariée, l'autonomie se décline à travers de l'autoorganisation, de l'autotutelle et de « l'autonormation » ou autonormativité⁷. Alors que la première de ces dimensions rappelle le droit syndical et la deuxième, le droit de grève, l'« *autonormation* » évoque l'élaboration de règles propres applicables aux relations de travail, autrement dit la négociation collective. Dès lors, il pourrait être considéré que la convention collective, comme produit, émane de la négociation collective, comme instrument, qui trouve son fondement dans l'autonomie collective entendue comme pouvoir.

Nous verrons que le sens attribué à l'autonomie collective varie dans les deux pays et que sa mise en œuvre légale peut présenter certaines contradictions. L'essentiel des propos du travail a toutefois un objet plus précis et se centre sur la prise en compte

¹ Pour approfondir sur la notion « *d'ordre juridique* », voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction Ch. EISENMANN, Paris, LGDJ, 1999, p. 39. Pour une autre vision, S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 106.

² Voir les expositions de N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 28 et M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 87 ; M.L. MORIN, « Droit imposé, droit négocié : regards à partir du droits des salariés à la négociation collective en France », in *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires St. Louis, 1996, p. 643.

³ N. ROULAND, « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et cultures*, n° 36, 1998, p. 217. L'auteur évoque quatre niveaux permettant d'envisager ces notions: le pluralisme radical (l'Etat n'est plus qu'un des centres de production situé au même plan que les autres), le pluralisme tempéré (il existe différents centres mais l'Etat représente l'ordre juridique global), et par opposition, le monisme radical (dans lequel aucun droit n'existe en dehors de l'Etat) et enfin le monisme tempéré (l'Etat a le monopole de la contrainte et délimite le champ du normatif). Voir également C. VIGNEAU, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTDE*, 2002, p. 653.

⁴ G. LYON CAEN, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », in *Hommage à P. Horion*, Faculté de Droit de Liège, 1972.

⁵ S. YANNAKOUROU, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, Paris, LGDJ, 1995, p.3.

⁶ P. RODIERE, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Paris, Litec, 1987, p. 227.

⁷ M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 115.

par l'ordre juridique étatique de ce phénomène collectif propre au droit du travail¹. Dans ce cadre, nous nous attacherons au contenu de l'intervention légale relative aux conditions entourant l'élaboration de la convention collective et aux conditions entourant son application, spécialement par rapport aux autres sources. Cela ne pourra éluder, dans un premier temps, une analyse du contenu et de la portée du droit à la négociation collective au niveau constitutionnel. Nous n'aborderons donc pas les questions relatives à l'interprétation des conventions collectives et aux mécanismes de sanctions.

Sans aborder dès maintenant de manière approfondie leurs principes recteurs, nous pouvons tout d'abord souligner que les deux pays ont reconnu un droit à la négociation collective. Néanmoins, sa teneur varie fortement et abouti, au niveau théorique, à la formulation de deux conceptions très différentes du droit à la négociation collective. Force est cependant de constater que, dans les deux systèmes juridiques, il incombe à la loi de mettre en œuvre ce droit. Là encore, la portée et le contenu de l'intervention légale nous conduisent à relever des différences substantielles.

4. Cette démarche se place dans une optique résolument européenne. Reprenant les propos de P. DURAND, cette recherche de droit comparée « *doit être entreprise, non pour aboutir à la connaissance désintéressée d'une législation étrangère, mais pour rechercher, dans les constructions doctrinales [...] celles qui peuvent être transposées dans notre droit ou y être adaptées permettant ainsi de hâter la formation de nos propres Institutions* »², rajoutons désormais européennes. L'Europe fait bien de la négociation collective un des piliers de la formation d'un droit du travail européen. Connaître les tenants et aboutissants des législations étrangères constitue ainsi un préalable nécessaire et indispensable à la construction d'un système de négociation collective à l'échelle européenne. Concrètement, la comparaison des législations française et espagnole offre un cadre d'analyse pertinent permettant d'envisager

¹ Les partisans de la théorie pluraliste évoque alors le concept de « *relevance juridique* » qui « *permet de s'interroger sur les conditions posées par un ordre juridique afin de reconnaître l'existence, le contenu et l'efficacité d'un autre ordre* » (S. ROMANO, op. cit., p. 106).

² P. DURAND, loc. cit., 1945, p. 303 ; O. KAFMAN, « *L'actualité du droit social comparé* », in *Le droit social - le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, PU Strasbourg, 2003, p. 186. Pour approfondir sur les spécificités et l'intérêt de la comparaison juridique, voir R. DAVID, *Les avatars d'un comparatiste*, Paris, Economica, 1982 et R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^eed., Paris, Dalloz, 2002. Spécialement en droit du travail, J.P. LABORDE, « *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?* », *Bull. de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (COMPTRASEC), 1994, p. 4.

plusieurs questions fondamentales afin de comprendre et d'aborder l'originalité de la figure conventionnelle¹.

5. Il est toutefois incontournable de prendre en compte deux variables fondamentales qui jouent, ou ont joué, de manière décisive sur les conceptions du droit à la négociation collective et sur les tendances actuelles des politiques légales en la matière.

Le contexte juridique international et européen constitue la première variable à prendre en compte. Nous verrons que la construction d'un droit du travail européen vise à convertir la négociation collective et la convention collective en instruments centraux de l'élaboration de règles applicables à l'ensemble des Etats membres. Il apparaîtra toutefois que le droit social et spécialement le droit du travail peinent à se faire une place, face à l'hégémonie des droits économiques et de la doctrine libérale opérante dans nos institutions.

Les contextes historique, social et économique sont également décisifs, notamment au regard de la perspective comparée qui est la nôtre. Tout en adoptant une perspective essentiellement juridique, nous ne pouvons passer outre l'ensemble de ces facteurs historiques, sociaux, culturels et économiques qui expliquent dans une grande mesure les orientations des différents droits.

Historiquement tout d'abord, la législation espagnole doit être entendue comme une réponse, une réaction aux principes de la dictature franquiste en matière de relations de travail. Face à la répression de toute revendication sociale différente aux principes et valeurs du national-syndicalisme, la période démocratique permet une reconnaissance importante de l'autonomie collective qui s'émancipe de la tutelle étatique. Pensons également qu'il s'agit d'un ensemble de règles relativement jeune qui se forma lors de la crise économique des années 80. La méfiance envers l'Etat éprouvée par la doctrine et les acteurs sociaux espagnols ne se retrouve pas en France. L'hégémonie de « *la loi républicaine* » a profondément marqué le système des relations professionnelles qui se caractérise par un important légicentrisme. Notons également que les bases et principes du système ont été forgés durant la période des « 30 glorieuses » où l'expansion productiviste réduisait l'importance du facteur économique lors des prises de décisions.

¹ « *C'est l'un des paradoxes du comparatisme : on voit souvent mieux de loin* » (A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. Soc.*, 2003, p. 71).

Actuellement, les transformations des systèmes de production, l'essor d'un nouveau cadre économique dont la crise inaugurée en 2008 n'est qu'une manifestation, constituent désormais des paramètres fondamentaux pour expliquer l'évolution des systèmes juridiques français et espagnol¹. Nul doute que le droit du travail est par nature un droit vivant qui se doit d'être conforme à une réalité économique et sociale changeante. Son champ d'action peut alors varier mais il doit néanmoins rester focalisé sur la recherche d'un équilibre entre deux constantes : la liberté d'entreprise et la fonction protectrice du droit du travail.

Nos propos prétendent démontrer qu'originellement, la négociation collective, spécialement au travers de la conclusion d'une convention collective, visait essentiellement à compenser au niveau collectif le déséquilibre consubstantiel à la relation individuelle de travail permettant ainsi d'assurer une meilleure protection aux travailleurs. Concrètement, elle permettait aux salariés de négocier collectivement une amélioration de leurs conditions de travail².

En droit positif, force est de constater que de nombreux mécanismes permettant à la négociation collective d'être synonyme d'amélioration des conditions de travail, sont mis en échec ou fortement modifiés. La convention collective se voit notamment concurrencée par différents accords, également issus de la négociation collective, qui n'ont plus comme finalité intrinsèque l'amélioration des conditions de travail, bien au contraire. La négociation collective d'entreprise est la grande bénéficiaire des politiques légales actuellement menées en France et en Espagne. Celles-ci tendent « à *séparer progressivement l'entreprise de toute force extérieure qui puisse l'influencer ou la conditionner, en la dotant d'un territoire propre, étranger à tout ce qui peut l'empêcher ou lui complexifier la gouvernance autonome des relations de travail soumises à son pouvoir* »³. La négociation d'entreprise garantit la décentralisation de la détermination des conditions de travail qui constituerait un élément essentiel de la flexibilité des entreprises face aux exigences du marché. L'essor de la négociation d'entreprise a alors comme corollaire la réduction de la convention de branche et de ses fonctions

¹ Voir notamment, *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro de Derecho del Trabajo en Europa, Informe para la Comisión Europea, Coord A. SUPIOT*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, spécialement p. 151.

² Outre cette fonction d'amélioration, il importe de souligner que la convention collective permet pour les employeurs de favoriser la paix sociale et d'éviter les pratiques de dumping social en établissant les règles applicables à toute la profession.

³ A. MERINO SEGOVIA, « La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: Las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos », *RDS*, 2012, n° 57, p. 252.

normatives et structurantes. Ces deux variables conduisent par conséquent à affirmer qu'aujourd'hui, la négociation collective représente essentiellement un instrument de gestion économique supplémentaire offert aux entreprises.

6. Les différentes étapes de cette évolution n'ont pas nécessairement suivi le même rythme selon les pays. Quelques dates et réformes clefs doivent ainsi être identifiées. En France, c'est à partir des lois Auroux de 1982¹ que le dispositif légal a commencé une lente évolution qui se poursuit ponctuellement dans les lois Aubry de 1998 et 2000² et qui s'est récemment intensifiée dans les lois de 2004³ et de 2008⁴. En Espagne, dès la promulgation de l'ET en 1980⁵, la négociation collective constituait un centre de production de règles important. L'absence de dynamique conventionnelle a cependant conduit les pouvoirs publics à donner un coup de pouce supplémentaire à l'essor de la négociation collective, au travers de la loi de 1994⁶. Les dernières réformes de 2010⁷, 2011⁸ et 2012⁹ sont toutefois venues bouleverser les principes jusqu'alors directeurs.

¹ Pour ce qui nous intéresse, loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail. Les lois dites Auroux englobent également d'autres textes tels que la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ; la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel ; et enfin, la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

² Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail et Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant sur la rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail.

⁵ Loi 8/1980 du 10 mars, intitulée « du Statut des travailleurs » (en espagnol, « *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores* »).

⁶ Loi 11/1994 du 19 mai portant modification d'articles déterminés du Statut des Travailleurs [...] (en espagnol, « *Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* »).

⁷ Sauf précision, lorsque nous nous référerons à la réforme de 2010, nous envisagerons l'ensemble des textes constitué par le Décret-Loi Royal 10/2010 du 16 juin de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail (en espagnol, « *Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* »-RDL 10/2010) et par la Loi 35/2010 du 17 septembre du même titre.

⁸ Décret-Loi Royal 7/2011 du 10 juin de mesures urgentes pour la réforme de la négociation collective (en espagnol, « *Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva* »- RDL 7/2011).

⁹ Sauf précision, lorsque nous nous référerons à la réforme de 2012, nous envisagerons l'ensemble des textes constitué par le Décret-Loi Royal 3/2012 du 10 février de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail (en espagnol, « *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* »-RDL 3/2012) et Loi 3/2012 du 6 juillet du même titre. Pour approfondir sur le cadre juridique entourant l'utilisation du décret pour des raisons « *d'extraordinaire et urgente nécessité* » et l'intervention postérieure de la loi, voir M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, « La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado*

Plusieurs étapes que nous retrouverons à diverses reprises dans le travail, peuvent donc être détectées. En France, une première étape court à partir de 1982 jusqu'aux récentes réformes de 2004 et 2008 qui constituent sans nul doute le point de départ d'une nouvelle dynamique. En Espagne, il peut être distingué une première étape initiale entre la promulgation de l'ET en 1980 et la réforme de 1994. A partir de celle-ci, le droit espagnol poursuit une politique claire qui se voit confortée et renforcée par les dernières réformes légales de 2010 et 2011¹. La réforme de 2012 mérite quant à elle un traitement spécifique et constitue certainement une nouvelle étape de l'évolution du système des relations de travail.

Il importe également de souligner que l'identification de cette politique légale ne présume pas de son intensité dans les deux pays. Ainsi, nos propos prétendent souligner qu'en droit positif espagnol, la négociation collective au niveau de l'entreprise est désormais le centre de gravité du système légal de négociation collective. En France, quand bien même la négociation d'entreprise reçoit les faveurs de la loi, le principe, (encore) en vigueur, est de permettre aux négociateurs de branche d'organiser les rapports entre les différents niveaux ou cadre de négociation. On décèle cependant certains indices, tels que le renforcement de la légitimité des conventions collectives et l'émancipation de l'entreprise en matière de temps de travail, qui démontrent que la négociation d'entreprise a de beaux jours devant elle. Dans tous les cas, il s'avère difficilement contestable que cette tendance a abouti, dans les deux pays, à privilégier et à renforcer la fonction gestionnaire de la négociation collective.

7. Afin d'appuyer ces propos, nous nous proposons de revenir à la distinction classique entre la dimension dynamique et la dimension statique de la convention collective. Dans ce cadre, la première partie du travail sera consacrée à l'intervention de la loi lors de l'élaboration de la convention collective. La deuxième partie s'attachera

laboral, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 32.

¹ Toutes deux « *respondent à des options similaires et complémentaires de politique législative* » (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la ley 35/2010 y por el real-decreto-ley 7/2011 » in *La reforma de la negociación colectiva, Real decreto-ley 7/2011 de 10 de junio*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 48) selon laquelle la négociation collective remplit une fonction instrumentale au service de la flexibilité des entreprises (M.L. MOLERO MARAÑÓN, « El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2101 y el RDL 7/2011 », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 166).

aux mécanismes légaux permettant de coordonner l'application de la convention collective avec les autres sources applicables aux relations de travail. Il conviendra cependant d'analyser, dans une partie préliminaire, les conceptions espagnole et française du droit à la négociation collective afin de connaître les cadres constitutionnels dans lesquels la loi va intervenir.

PARTIE PRELIMINAIRE : LES CONCEPTIONS

FRANÇAISE ET ESPAGNOLE DU DROIT A LA

NEGOCIATION COLLECTIVE

8. Les nouveaux modes de production liés notamment au processus d'industrialisation initié à la fin du XIX^e siècle dans la majeure partie des pays occidentaux ont conduit à l'apparition de nouveaux types de relations de travail. Ce que nous pouvons dénommer comme « travail salarié » a abouti à la constitution d'un nouveau groupe social qui, de forme naturelle, va progressivement se structurer et s'organiser. Ce processus d'organisation s'est originairement déroulé de façon autonome pour répondre aux dérives des pratiques patronales.

Face à ce phénomène, les ordres juridiques français et espagnol ont été confrontés aux mêmes problématiques juridiques. Le premier pas a consisté à identifier et institutionnaliser les acteurs collectifs. Dans un deuxième temps, l'ordre juridique étatique a pris en compte les productions juridiques issues de la rencontre entre les représentants collectifs précédemment identifiés. Cette prise en compte a alors notamment permis l'intégration de la convention collective dans l'ordre juridique étatique. Enfin et de manière paradoxale, la troisième étape a envisagé le processus global permettant d'aboutir à la conclusion de ces accords, c'est-à-dire, la négociation collective.

Les différentes évolutions politico-sociales des deux pays constituent, sans nul doute, des variables fondamentales permettant de comprendre l'état du droit positif. Il importe toutefois de noter que les deux systèmes ont permis le passage d'un droit des conventions collectives à un droit à la négociation collective¹. La perspective chronologique constitue donc une clef méthodologique pertinente pour comparer les deux conceptions du droit à la négociation collective.

Nous traiterons donc tout d'abord du processus de reconnaissance de la figure conventionnelle avant de nous attacher par la suite au sens et à la portée des proclamations du droit à la négociation collective.

¹ L'attitude de l'ordre juridique étatique a donc, tout d'abord, consisté à reconnaître la convention collective comme source du droit dans un sens formel avant de prendre en considération l'origine de cette nouvelle source, c'est à dire la négociation collective entendue alors comme source du droit dans un sens matériel ; pour approfondir cette idée, M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a).

TITRE I : LA RECONNAISSANCE DE LA FIGURE CONVENTIONNELLE

9. L'industrialisation des économies s'est effectuée sous l'autorité du dogme libéral basé sur le principe d'égalité des contractants, sur un faible interventionnisme étatique et sur l'efficacité de la loi de l'offre et de la demande¹. L'apparition du droit du travail a, dans sa globalité, eu la vocation de réduire la portée de ces valeurs en matière de relation de travail afin d'assurer un certain degré de protection aux travailleurs. De là viendra l'élaboration de la législation du travail qui prend en compte le déséquilibre consubstantiel à la relation individuelle de travail, favorise l'intervention de l'Etat et enfin admet la dimension collective des relations de travail.

La démarche juridique suivie en France comme en Espagne pour reconnaître cette dimension collective des relations de travail présente de nombreuses similitudes. En effet, sa prise en compte par l'ordre juridique étatique s'est manifestée, dans un premier temps, par la reconnaissance et la définition des acteurs collectifs et, dans un deuxième temps, par l'intégration de la convention collective aux sources du droit du travail constitutives de l'ordonnement des relations de travail. Evidemment le contexte politique des deux pays a joué un rôle décisif dans la configuration réelle et pratique du modèle de convention collective reconnue par l'Etat. Il demeure cependant certain qu'au début des années 80, la convention collective est conçue comme un instrument consolidé des ordres juridiques étatiques français et espagnol.

¹ L'architecture libérale définit clairement deux sphères d'intervention du droit : la sphère publique, l'Etat à travers de la loi et de la sphère privée, l'individu au travers du contrat. Se voit ainsi combattu le corporatisme et consacrée la liberté individuelle. Plus loin, il a été justement écrit que « *pour imaginer un Droit alternatif à l'Ancien Régime, le positivisme juridique supprime les statuts subjectifs. En lieu et place, précisément, il construit au citoyen comme unique sujet de droit. En principe, cette construction devait sauvegarder la valeur fondamentale de l'égalité, or cette égalité est pensée exclusivement en fonction d'un modèle de citoyen qui est l'homme, blanc et rentier qui, de ce mode, voulait en terminer avec les différences sur lesquelles se basaient les privilèges de la noblesse. [...]. La question critique consiste à envisager les répercussions de cette valeur d'égalité sur les personnes que ne réunissent pas les caractéristiques d'être un homme, blanc et rentier* » (M.A BARRÈRE UNZUETA, *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 102).

CHAPITRE I : LA PRISE EN COMPTE DES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL

10. La négation de la dimension collective des relations de travail trouvait un argument de poids dans l'hégémonie de la doctrine libérale issue du XIX^e siècle. Le premier pas consistait alors à reconnaître dans les relations de travail un niveau supplémentaire situé entre l'individu et l'Etat. Non sans réticences, l'Etat s'est par la suite attaché à identifier et institutionnaliser les acteurs agissant à ce niveau collectif.

SECTION I : L'influence négative du dogme libéral

11. L'ordre juridique étatique peut adopter différentes postures face au phénomène de formation de règles au niveau collectif. Il peut le combattre, l'ignorer ou, contentons-nous de dire pour l'instant, le prendre en considération. En effet, les relations collectives de travail ont bouleversé la dichotomie classique Etat/individu, provoquant la constitution de corps collectifs intermédiaires. La philosophie libérale est apparue en réaction au système féodal et aux dérives corporatistes et ne pouvait pas, lors de sa formation, prendre la mesure d'un nouveau phénomène jusqu'alors inconnu. Bien au contraire, comme ce qui est nouveau ou différent a tendance à effrayer, la doctrine libérale justifiait la prohibition de tout groupement qui s'écartait de son dogme.

Cela se retrouve en France et en Espagne dans les premières lois relatives aux relations collectives de travail. Le décret d'Allarde du 16 février 1791 et la loi Le Chapelier du 14 juin de la même année, suppriment les corps de métier proclamant la liberté du travail. L'ensemble de ces mesures se situe dans une perspective individualiste et libérale qui ne reconnaît que deux centres de productions juridiques, l'Etat et l'individu, la loi ou le contrat. Le collectif est banni du système juridique, considéré comme injustifié. En effet, la défense d'un intérêt collectif est rejetée puisqu'elle compromettrait, « *parasiterait* » le dualisme Etat/individu, c'est à dire, l'intérêt général et l'intérêt individuel¹.

En Espagne, on retrouve également la volonté d'éliminer tout type de regroupement. Le Décret « Del Conde de Toreno » du 8 juin 1813 illustre parfaitement cette tendance en proclamant la liberté d'industrie et de travail et en abolissant le

¹ J. LE GOFF, *Du silence à la parole, une histoire du Droit du Travail des années 1830 à nos jours*, PU de Rennes, 2004, p. 124.

monopole des corporations. Après quelques revirements et quelques réapparitions épisodiques, l'abolition des corporations et la proclamation de la liberté de travail sont affirmées fermement à partir de la publication du Décret du 6 décembre 1836.

Si cette conception libérale trouvait une certaine vérité dans le contexte de l'époque, elle présentait l'inconvénient majeur de nier la légitimité et l'existence de tout groupement collectif. Les relations de travail constituent cependant un fait social dans lequel l'aspect collectif est fondamental et constitutif.

Cette prohibition des corporations n'a pu empêcher dans les faits l'essor d'un nouveau mouvement collectif. La nouvelle ère industrielle a entraîné une nouvelle entité, celle des travailleurs salariés¹, qui, originairement, est vouée à s'organiser collectivement. Les salariés espagnols comme les salariés français, vont alors, dans le respect des lois en vigueur, constituer des sociétés mutualistes qui rempliront dans les faits des fonctions caractéristiques des syndicats².

SECTION II : La reconnaissance forcée des acteurs collectifs

12. L'organisation collective des travailleurs salariés correspondait à une exigence de survie et de protection de leurs intérêts élémentaires. Face à l'évidence, l'Etat a dans un premier temps simplement toléré ces mouvements. Cette anomie des pouvoirs publics ne pouvait cependant perdurer au regard de la logique juridique des droits espagnols et français caractérisée par un important interventionnisme étatique.

Les Etats français et espagnol ont ainsi procédé à l'identification des acteurs participant à ces mouvements collectifs afin d'établir un régime juridique encadrant leurs actions. Le contexte politique de chaque pays a ici constitué une variable décisive permettant de comprendre les divergences conceptuelles relatives aux fondements de la reconnaissance des organisations syndicales et aux missions qui leur sont dévolues.

¹ Les terminologies de la France et de l'Espagne sont, sur ce point, distinctes. Le droit espagnol utilise le terme de « travailleur » alors qu'en France est préféré celui de « salarié ». Nous emploierons indifféremment ces deux termes. Nous sommes néanmoins conscients qu'ils apportent une nuance différente et que le terme de salarié permet d'envisager plus justement le cadre d'action limité du droit du travail.

² Voir par exemple pour le cas français, J. LE GOFF, op. cit., p.258.

§ 1 : *L'intérêt collectif comme fondement des pouvoirs syndicaux en France*

13. La loi du 21 mars 1884 envisagea pour la première fois la création des syndicats professionnels¹. Cette loi illustre parfaitement la position traditionnelle de l'ordre juridique étatique qui appréhende non pas le procédé de concertation, d'entente entre groupements de salariés et d'employeurs aboutissant à l'élaboration de règles, mais uniquement ses acteurs. Ce premier pas législatif a eu le mérite de légaliser une pratique mais n'a cependant pas eu l'ambition d'attribuer aux syndicats de prérogative particulière. Cantonné à « *l'étude et à la défense des intérêts professionnels* », le syndicat conclut des contrats régis par le principe de l'effet relatif. Ils ne s'imposent ni impérativement, ni automatiquement au contrat individuel de travail. Le salarié syndiqué est libre d'insérer dans son contrat des dispositions différentes de celles de l'accord collectif.

Les termes de la loi laissaient cependant en suspens de nombreuses interrogations. En effet, les incertitudes relatives à l'attribution de la personnalité juridique aux syndicats et conjointement de la capacité d'agir en justice constituaient des barrages importants paralysant l'essor de véritables acteurs collectifs capables d'édicter des règles directement applicables. Les juges sont alors intervenus fondant les pouvoirs syndicaux sur l'existence d'un intérêt particulier, l'intérêt collectif. L'arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 1913 qui mit un point final à la controverse jurisprudentielle² énonça « *que l'action civile n'avait pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui le composent* »³. Trois aspects se dégagent de cet arrêt. Tout d'abord, est définie la personnalité propre du syndicat, distincte de celle de ses membres. Ensuite, est établie l'existence d'un intérêt collectif, distinct à la fois de la somme des intérêts de ses membres et de l'intérêt général. Enfin, est précisé l'objet de l'action en justice des syndicats qui réside dans la défense des intérêts professionnels⁴.

¹ Pour approfondir voir, F. SOUBIRAN-PAILLET, *L'invention du syndicat*, Paris, LGDJ, 1999.

² Voir pour approfondir, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 92.

³ Cass. Chambres Réunies, 5 avril 1913, *Sirey*, 1920.I.49, note A. MESTRE

⁴ M.L. MORIN, *Le Droit des salariés à la négociation collective, Principe Général du Droit*, Paris, LGDJ, 1994, p. 195.

La reconnaissance des syndicats est donc intervenue grâce à la notion d'intérêt collectif qui a constitué le fondement juridique de leur action en justice ; ils défendent un intérêt propre, l'intérêt collectif de la profession¹.

Cette doctrine jurisprudentielle fut reprise par le pouvoir législatif à l'occasion de la loi du 12 mars 1920. Celle-ci envisageait le droit des syndicats d'exercer tous les droits réservés à la partie civile et ce, devant toutes les juridictions, en vue de la réparation du « *préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* »². A partir de ce moment, la notion d'intérêt collectif ne fonde plus seulement l'action de groupements mais constitue la base de l'action syndicale³.

Le concept d'intérêt collectif constitue donc une notion clé pour apprécier l'évolution de l'Etat français vis-à-vis des rapports collectifs de travail et de leurs acteurs. Il fonda l'action syndicale en définissant un intérêt propre à la collectivité de travail, distinct de l'intérêt général et des intérêts individuels des salariés.

§ 2: *L'instabilité politique espagnole*

14. L'organisation collective des acteurs des relations de travail a évolué au gré des différents régimes politiques qui se sont succédés avant l'instauration de la dictature franquiste.

Au lendemain de la révolution de 1868 dite « Révolution de septembre », est établi le droit d'association qui sera consacré par la Constitution de 1869 qui l'érige en Principe⁴. Le régime juridique des groupements professionnels se fonde alors sur ce droit général d'association dans lequel la notion de syndicat n'est pas évoquée. La méfiance à l'égard de ces groupements se retrouve dans une disposition pénale qui interdisait « *les groupements dont le but est d'encherir abusivement le prix du travail* »

¹ La notion d'intérêt, à la définition incertaine, remplit, en droit français, diverses fonctions qui la transforment en une notion, pouvons-nous dire, utilitaire. Sur le concept d'intérêt collectif, voir M.L. MORIN, op. cit., p. 194, 266 ; S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 77.

² Aujourd'hui article L. 2132-3 CT (ancien L. 411-11).

³ Un secteur doctrinal estime que ce concept dépasse la question de la personnalité morale du syndicat. Il conduit également à la reconnaissance d'un nouvel acteur juridique, le collectif, et par conséquent, d'un nouvel ordre juridique, l'ordre collectif (S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 79 qui affirme que « *l'intérêt collectif est l'extériorisation de cette réalité juridique nouvelle, l'ordre collectif* »).

⁴ Décret-loi du 20 novembre 1869 et Constitution du 6 juin 1869

régulant ses conditions »¹. Les groupements de travailleurs étaient ainsi privés d'un des enjeux fondamentaux de la relation patrons/salariés : l'établissement des salaires. Cette profonde ambiguïté, révélatrice de l'attitude passive, voire hostile des pouvoirs publics face à l'organisation collective des travailleurs, permit à la thèse anarchiste proposant la grève générale et l'abstentionnisme politique de trouver un important écho auprès des travailleurs espagnols. Face à ce mouvement, l'Etat préféra alors donner plus d'ampleur au mouvement d'association ouvrière au travers de la loi générale d'association du 30 juin 1887. Même si l'on ne parle pas encore de droit syndical, cette loi permit la création de deux *associations de travailleurs* représentant les idéologies de l'époque. En 1888, se constitue l'Union Générale des Travailleurs (UGT) de tendance socialiste et, en 1910, la Confédération Nationale des Travailleurs (CNT) défendant l'idéologie anarchiste.

L'influence de la doctrine sociale-catholique et la persistance de menaces d'actions ouvrières radicales vont cependant contraindre les pouvoirs publics espagnols à intervenir de manière plus explicite. Les programmes de politique sociale vont constituer les documents de travail qui serviront de base à l'ensemble des réformes. Le programme le plus significatif fut celui de CANALEJAS qui, reconnaissant la position économique particulière des travailleurs, proposait la reconnaissance de la grève, l'élaboration d'une législation protectrice et la création d'un droit de l'action syndicale². L'année 1919 peut constituer une étape importante de la construction du droit du travail

¹ Article 556 du Code Pénal de 1870.

² Ce programme élaboré par José Canalejas en 1902 ouvrit la voie à une série de réformes légales. La grève est reconnue par la loi du 27 avril 1909 et conçue comme une liberté. Sont également créés les Tribunaux Industriels et les Conseils de Conciliation et Arbitrage par la loi du 19 mai 1908 (L.E. DE LA VILLA et C. PALOMEQUE, *Introducción a la economía del trabajo*, Vol. 1, Madrid, ed. Debate, 1980, p. 205).

En ce qui concerne l'élaboration d'une législation protectrice, le début du XX^e siècle est marqué par une importante activité législative en cette direction. Par exemple sont adoptées en 1900, les lois Dato sur la responsabilité patronale en cas d'accidents de travail et sur les conditions de travail des femmes et des enfants ou la loi « *de la Silla* » de 1912 en faveur des employées des établissements marchands.

En définitive l'action de l'Etat visait, « *d'une part, à favoriser et en même temps à fixer des procédés pour la résolution pacifique des conflits d'intérêts et, d'autre part, à attribuer une protection spéciale aux travailleurs les plus vulnérables* » (E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 21^e ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 154).

en Espagne. La conjugaison de différents facteurs économiques, sociaux et politiques¹ a conduit l'Etat à amplifier le champ de son intervention dans les relations de travail².

Par la suite, les motivations et le contenu des interventions étatiques sont fortement liés à l'idéologie politique des régimes au pouvoir. La dictature de Primo de Rivera est ainsi marquée au plan individuel par son orientation paternaliste³ et par l'élaboration d'un Code du Travail en 1926. Au plan collectif, elle favorisa le retour du système corporatiste⁴ et instaura un autoritarisme important en matière syndicale. Celui-ci obligea la CNT à entrer dans la clandestinité et conduisit la UGT, après une période de collaboration, à s'inscrire comme force d'opposition⁵.

L'avènement de la seconde République, le 14 avril 1931, permettra la première constitutionnalisation de droits collectifs. La Constitution du 9 décembre 1931 prévoit en effet toute une série de droits économiques et sociaux⁶ et reconnaît notamment, en son article 39, le droit syndical⁷. Au niveau légal, la loi des associations professionnelles du 8 avril 1932 définit pour la première fois un droit syndical régissant les associations patronales et ouvrières dont l'objet est « *la défense des intérêts des respectives classes* »⁸.

¹ L'influence des révolutions soviétiques de mai et octobre 1917 aboutissant à la création du Parti Communiste Espagnol en 1921, l'instabilité politique et constitutionnelle, les répressions gouvernementales et la radicalisation des actions ouvrières, ainsi que la récession économique et l'adhésion de l'Espagne à l'OIT formaient ainsi un cadre social explosif (E. BORRAJO DACRUZ, op. cit., 2012, p. 155).

² Mentionnons spécialement la fixation de la journée de travail maximum à 8 heures (Décret Royal du 3 avril 1919) et la création des premières assurances sociales en matière de retraite obligatoire, dénommé « Retiro Obrero » (Décret Royal du 11 mars) et de chômage forcé (Décret Royal du 18 mars). Dernière illustration de cet interventionnisme étatique, la création d'un Ministère du Travail compétent pour traiter de l'ensemble des questions relatives aux relations de travail (Décret Royal du 8 mai 1920).

³ Décret-loi du 21 juin 1926 de protection aux familles nombreuses ou du 22 mars 1929 créant l'assurance maternité.

⁴ Décret-loi du 26 nov. 1926 sur l'Organisation Corporative Nationale qui instaura notamment des Comités paritaires.

⁵ L.E. DE LA VILLA et C. PALOMEQUE, op. cit., 1980, p. 232.

⁶ Article 46: « *Le travail sous ses différentes formes, est une obligation sociale et jouira de la protection des Lois. La République assurera à tout travailleur les conditions nécessaires à une existence digne. Sa législation sociale régulera: les cas d'accidents, l'assurance maladie, chômage, vieillesse, invalidité et décès; le travail des femmes et des jeunes et spécialement la protection de la maternité; la journée de travail et le salaire minimum familial; les vacances annuelles rémunérées; les conditions de l'ouvrier espagnol à l'étranger; les institutions de coopération; la relation économique-juridique des facteurs qui composent la production; la participation des ouvriers à la direction, l'administration et les bénéfices des entreprises et tout se qui affecte la défense des travailleurs* »

⁷ Article 39: « *Les espagnols pourront s'associer ou se syndicaliser librement pour les différentes fins de la vie humaine, conformément aux lois de l'Etat. Les syndicats et associations seront obligés de s'inscrire au registre public correspondant, dans le respect de la loi* ».

⁸ L.E. DE LA VILLA et C. PALOMEQUE, op. cit., p. 306. Est ainsi reconnu par la norme fondamentale l'antagonisme entre employeurs et salariés. La suppression du régime corporatiste rétabli par la dictature, la création des Jurés Mixtes par la loi du 27 novembre 1931, constituèrent d'autres mesures importantes

A partir de 1936, le coup d'Etat militaire, l'entrée en guerre civile et l'instauration de la dictature franquiste en 1939 ont provoqué un sérieux coup d'arrêt démocratique spécialement en matière de relations collectives de travail. En effet, la doctrine nationale syndicaliste convertit le syndicalisme ouvrier en instrument au service du régime, dénaturant totalement sa conception originaire.

adoptées sous l'ère républicaine. Notons cependant que l'ensemble des textes républicains reste évasif en matière de convention collective.

CHAPITRE II : LA CONSOLIDATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE

15. Les processus d'institutionnalisation de la figure conventionnelle dans les ordres juridiques étatiques français et espagnol ont suivi des chemins forts différents, spécialement en ce qui concerne la valeur juridique et les missions attribuées par l'Etat à l'instrument conventionnel.

Un point de rapprochement peut toutefois être souligné. Les Etats français et espagnol demeuraient méfiants face à ce nouveau centre de production de règles dépassant le cadre contractuel de droit commun. Naturellement l'intensité de cette défiance varie selon le régime politique. Ainsi, en France, la convention collective se convertit en « loi de la profession » mais reste dépendante de l'Etat pour déployer ses effets. Au contraire, l'avènement de la dictature franquiste en Espagne a congelé l'évolution naturelle de la figure conventionnelle sans toutefois la faire disparaître. Son instrumentalisation politique permet alors son institutionnalisation dans l'ordre juridique étatique.

SECTION I : L'instauration de deux modèles de conventions collectives en France

16. La notion d'intérêt collectif a constitué la première passerelle entre l'ordre étatique et l'ordre professionnel, une voie de communication et de reconnaissance entre ces deux ordres. La prise en compte de la production juridique des acteurs défendant cet intérêt collectif est alors allée de pair avec la reconnaissance de leur personnalité juridique reconnue en 1920.

« *Le premier texte qui donne à la convention collective un statut juridique propre* » est ainsi la loi du 25 mars 1919¹. La convention est, sous ce régime, conclue par n'importe quel groupement² et répond essentiellement à une logique contractuelle¹.

¹ M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs de travail, Traité de droit du travail, Tome VII*, 2^oed., Paris, Dalloz, 1989, p. 37 et la bibliographie citée. Voir également, M.L. MORIN, op. cit., p. 200 ; J. LE GOFF, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 1990, n° 12, p. 67 ; du même auteur, op. cit., p. 281 ; C. DIDRY, *Naissance de la convention collective*, Paris, Ed. EHESS, 2002.

² Aux termes de l'article 31 CT : « *La convention collective est un contrat relatif aux conditions de travail conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre regroupement d'employés, et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel, ou même un seul employeur* ». Le Professeur DESPAX souligne alors qu'« *il n'est donc pas même nécessaire que le groupement soit pourvu de la personnalité morale* » (op. cit., 1989, p. 38). Les groupements signataires n'ont donc pas à être constitués en syndicat et peuvent être un groupement de fait comme un comité de grève à l'issue d'un

En effet, les conditions d'application de la convention collective aux contrats de travail placent la protection de la volonté individuelle au centre du dispositif².

Sans remettre en cause la nature contractuelle de la convention collective, le dispositif a alors fortement évolué pour aboutir à la construction d'un autre modèle dans lequel la convention est érigée en « loi de la profession » et teintée d'une dimension réglementaire incontestable³. Deux lois fondamentales doivent ici être mentionnées :

Tout d'abord, la loi du 24 juin 1936, tout en maintenant le modèle de conventions collectives issu de la loi de 1919, vise à favoriser l'application générale d'une convention collective de branche à travers une nouvelle procédure administrative, l'extension⁴. L'élaboration d'une convention susceptible d'être étendue répond alors à des exigences spécifiques parmi lesquelles se dégage le rôle central des syndicats représentatifs⁵. La convention collective demeure un contrat mais présente, du fait de l'intervention étatique, une dimension réglementaire incontestable⁶. Cette loi conduit dans tous les cas à distinguer deux modèles de convention collective.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la loi du 23 décembre 1946 a été qualifiée par la doctrine comme « *l'exemple de ce qu'il convient d'éviter* » en matière de convention collective et « *occupe une place à part dans l'histoire législative des conventions collective* »⁷.

La loi du 11 février 1950 marqua alors un certain retour à la normale et réinstaura deux modèles de conventions collectives. Ce texte se caractérise d'une part, par l'infléchissement de l'interventionnisme étatique quant au contenu de la convention et, d'autre part, par un renforcement de l'applicabilité de la convention⁸. En effet, la

conflit (sur la relation entre la naissance de la convention collective et la grève, voir C. DIDRY, « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire et Sciences Sociales*, n° 6, 2001, p. 1255).

¹ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 37. L'auteur estime que ce texte a une base « contractuelle et libérale ».

² Pour approfondir, voir infra, n° 64 et 523.

³ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 45.

⁴ Pour approfondir, voir infra, n° 87.

⁵ La loi de 1936 apporte en fait quatre innovations majeures (voir M.L. MORIN, op cit, p. 208) : 1° La détermination de la branche comme niveau central de négociation ; 2° La création de la notion de « syndicats les plus représentatifs » ; 3° L'intervention de la puissance publique : la procédure d'extension ; 4° La détermination d'un contenu obligatoire.

Ces quatre innovations constituèrent incontestablement la première véritable intervention du pouvoir législatif relative au régime des accords collectifs de travail. Sont alors définis la structure de la négociation collective, les parties à la convention, son efficacité juridique et personnelle et enfin son contenu.

Notons que le cadre législatif part de l'acte juridique comme élément central de référence, intervenant très faiblement dans son processus de formation.

⁶ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 45.

⁷ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 49.

⁸ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 60.

reconnaissance de la liberté de négocier les salaires révèle un changement conceptuel de l'Etat qui conçoit dorénavant la conclusion de conventions collectives comme une liberté¹. Innovation importante, cette loi attribue exclusivement aux syndicats la capacité de négocier et conclure des conventions collectives. Ces derniers bénéficient donc d'un monopole en matière de négociation collective². En ce qui concerne, l'applicabilité de la convention, la procédure d'extension permet aux conventions de s'appliquer dans les mêmes conditions que celles de la loi de 1936. La nouveauté surgit alors par rapport aux conditions d'application de la convention ordinaire. En effet, cette loi prévoit désormais que « *lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui [...]* »³. La convention s'applique alors aux contrats de travail de tous les salariés de l'entreprise, indépendamment de leur affiliation syndicale.

A ce stade de l'analyse il convient de souligner que les dispositifs établis par les lois de 1936 et de 1950 aboutissent à la construction de deux modèles de conventions collectives régies par des régimes juridiques différents. En droit positif, cette distinction demeure. D'un côté, un régime général régissant l'ensemble des conventions dites ordinaires ou simples et, d'un autre, un régime particulier relatif aux conventions susceptibles d'extension. La convention collective étendue comporte une importante dimension réglementaire liée à l'intervention étatique qui garantit son application à toutes les relations de travail comprises dans son champ d'application. L'application de la convention collective ordinaire reste quant à elle soumise à une logique contractuelle. Spécificité du dispositif français, cette logique contractuelle présente cependant un aspect univoque. En effet, dès lors que l'employeur est lié par une convention (car il en est signataire ou car il est adhérent d'un groupement signataire), celle-ci s'applique à tous les contrats de travail conclus avec lui indépendamment de l'affiliation syndicale des salariés.

En définitive, l'évolution de l'intervention légale est marquée par les deux temps que nous avons identifiés antérieurement. Tout d'abord sont reconnus les acteurs

¹ M.L. MORIN, op. cit., p. 218. Parallèlement à cette liberté de négocier les salaires est instauré ce qui est aujourd'hui le Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance. M.L. MORIN souligna alors que cette double mesure qui instaure un plancher à partir duquel les acteurs sociaux peuvent librement négocier les salaires, marque la naissance de la notion d'ordre public social (« Autonomie de négociation collective et ordre public social », in *La négociation Sociale, Dir. Christian Thuderoz et Annie Giraud-Héraud*, Paris, Editions du CNRS, 2000 p. 84).

² M.L. MORIN, op. cit., p. 218.

³ Actuel article L. 2254-1 CT (anc. L. 135-2). Pour approfondir, voir infra, n° 86.

collectifs et ensuite sont attribués des effets juridiques et personnels spécifiques aux conventions collectives. Le processus de formation de ces accords est néanmoins ignoré par l'Etat qui se contente d'intégrer un nouvel instrument juridique, la convention collective, et de garantir son application aux contrats individuels de travail. La négociation collective est alors conçue comme une liberté des représentants des salariés et des employeurs d'édicter des règles collectives qui s'appliquent aux contrats de travail qui lui sont soumis. On retrouve dès lors l'idée selon laquelle la convention permet de compenser le déséquilibre consubstantiel au contrat individuel de travail.

SECTION II : L'utilisation détournée de la convention collective par la dictature franquiste

17. L'analyse des principes fondamentaux guidant le régime franquiste en matière de relations professionnelles est essentielle pour envisager plus loin les nouveaux postulats établis par la Constitution Espagnole (CE) de 1978.

L'entrée en guerre civile brisa la dynamique républicaine et marqua le début de l'étouffement des libertés collectives dans les relations professionnelles. L'instauration du régime totalitaire franquiste s'appuie sur l'idéologie nationale-syndicaliste¹. D'un point de vue politique, économique et juridique, la dictature franquiste s'est présentée sous deux visages distincts qui trouvent leur point d'articulation dans le milieu des années 50. Ces deux périodes ont pu être définies comme, d'une part, la période autarchique, marquée par l'omniprésence du discours national syndicaliste et, d'autre part, la période technocratique² durant laquelle s'est effectué un radoucissement politique et social du régime afin « *d'assurer sa survie* »³. Un fil conducteur caractérise néanmoins l'idéologie de ce régime quant aux relations professionnelles : il vise à nier l'opposition classique capital/travail, symbole de l'idéologie communiste, véritable hantise de la dictature franquiste.

¹ « *Il s'agit d'un mouvement idéologique et d'un programme pratique qui s'articule autour de quatre piliers : le nationalisme, l'idéologie sociale du mouvement syndical, l'influence du catholicisme et du traditionalisme et la fidélité au Caudillo* » (J.D. RUIZ RESA, *Trabajo y franquismo*, Granada, Comares, 2000, p 4).

² J.D. RUIZ RESA, *op. cit.* p 6.

³ J.D. RUIZ RESA, *op. cit.* p 7.

Durant la première période autarchique, aussi appelée période *posguerra* ou *ère bleue*, est adopté en 1938 le « *Fuero* » du travail¹. Ce document définit un nouveau modèle de relation de travail dans lequel l'Administration d'Etat s'autoattribue les pleins pouvoirs pour fixer les conditions de travail².

Au niveau collectif, les relations de travail sont fondées sur une conception harmonique. L'antagonisme salariés/patrons est totalement effacé, « *l'entreprise, association d'hommes et de moyens organisés pour la production, constitue une communauté d'intérêts et une unité d'intentions* »³. Tous les travailleurs font partie de la communauté de travail ou de production dans laquelle, patrons, ouvriers ou techniciens sont tous considérés comme « *producteurs* », ayant chacun un rôle prédéterminé, tout en étant placés sur un pied d'égalité. Est ainsi dégagée la conception « *organique harmonique et corporatiste* » de l'entreprise⁴. Paradoxalement, l'entreprise demeure néanmoins une unité de production organisée hiérarchiquement, au service du « *bien commun* »⁵.

L'idée de concevoir l'entreprise comme une communauté d'intérêts au service du bien-commun se traduit par un double mécanisme : la responsabilisation des travailleurs⁶ et l'établissement d'un droit à la participation aux bénéfices⁷. La responsabilisation des travailleurs se concrétise par la présence d'institutions collectives dans l'entreprise, les jurés (« *jurados* ») d'entreprise⁸. Leur fonction se limite à

¹ Mentionnons également la création, par la loi du 17 octobre 1940, du Tribunal Central du Travail.

² *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration III.4 : « *L'Etat fixera les bases pour la régulation du travail auxquelles seront soumises les relations qui s'établiront entre les travailleurs et les entreprises* ». Sur les Réglementations de Travail, voir E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho Español del Trabajo*, 4^e ed., Madrid, Tecnos, 1975, p. 345.

³ Voir *Sistema institucional, Sucesión y Movimiento; Leyes fundamentales y Pensamiento de Franco*, Madrid, Edición del movimiento, 1966. Voir également, Loi des Principes du Mouvement National du 17 mai 1958, XI.

⁴ J.D. RUIZ RESA, op. cit. p 61.

⁵ *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration VIII.2.

⁶ *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration III.7: « *L'entreprise informera son personnel de la marche de la production dans la mesure nécessaire pour fortifier son sens de la responsabilité dans celle-ci* ».

⁷ *Fuero des espagnols*, Loi du 17 juillet 1945, Article 26: « *L'Etat reconnaît dans l'entreprise une communauté d'apports de technique, de main d'œuvre et de capital dans ses différentes formes, et proclame, par conséquent, le droit de ces éléments à participer aux bénéfices* ». *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration VIII.4: « *Le bénéfice de l'entreprise, satisfaisant un juste intérêt du capital, sera destiné prioritairement à la formation des réserves nécessaires à sa stabilité, au perfectionnement de la production et à l'amélioration des conditions de travail et de la vie des travailleurs* »

Le Professeur PALOMEQUE évoque une « *participation dans la production* » (« *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)* », in *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores. Viejas y nuevas formas institucionales*, Universidad de Salamanca, 2006, p. 5).

⁸ Créés par un décret du 18 Août 1947, ils ne feront néanmoins l'objet d'un texte assurant leur mise en œuvre qu'à partir de 1953, voir infra.

promouvoir la production, à prévoir des moyens de protection des travailleurs et à discuter les salaires dans l'intérêt de l'entreprise. Leur intervention ne vise donc pas la défense des intérêts des travailleurs mais s'inscrivent dans « *le bien commun de la production nationale* »¹. En définitive, ces organes ne visent absolument pas l'amélioration des conditions de travail des travailleurs et restent, dans la pratique, extrêmement limitée par l'autorité du chef d'entreprise².

Le droit à la participation aux bénéfices s'inscrit dans la même logique. Configurée comme une pratique incitative visant à encourager le salarié à satisfaire pleinement les objectifs fixés, sa mise en œuvre aboutit à l'instauration d'une rémunération fixe et périodique qui ôte tout aspect psychologique et social à cette mesure³. L'établissement des bénéfices s'effectuait alors essentiellement par la voie du contrat de travail permettant ainsi à l'employeur de fixer arbitrairement et unilatéralement un élément du salaire pourtant fondé sur un élément objectif.

En matière syndicale, la dissolution des syndicats libres et indépendants a constitué une des premières mesures adoptées par Franco⁴. Parallèlement fut créée l'Organisation Syndicale Espagnole (OSE) de structure verticale dont les principes fondamentaux sont l'unité, la totalité et la hiérarchie⁵. A l'entier service de l'appareil dictatorial⁶, formée par branche d'activité⁷, cette organisation est l'unique institution représentative des travailleurs à laquelle l'affiliation est obligatoire et automatique. L'OSE intervient dans de nombreuses matières comme la formation professionnelle, la retraite, les congés, l'assistance sanitaire et même le logement⁸. Elle demeure cependant

Ces organes de représentations de travailleurs dans l'entreprise existaient déjà durant la dictature de Primo de Rivera (Comités Paritaires) ou durant la seconde République (Jurés mixtes)

¹ Notons également que le *Fuero* du travail n'impose aucune obligation formelle à l'employeur d'informer les travailleurs.

² *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration VIII.3: « *Le chef d'entreprise assumera la direction de celle-ci et sera responsable de celle-ci devant l'Etat* ».

³ J.D. RUIZ RESA, op. cit. p 67.

⁴ Abrogation des lois syndicales par les décrets du 13 et 25 septembre 1936.

⁵ *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration XIII.1.

Pour approfondir, voir A. MATEOS, *La denuncia del sindicato vertical*, Madrid, CES, 1997.

⁶ Selon le *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration XIII.3: « *Le Syndicat vertical est une corporation de droit public* »; Déclaration III. 5: « *Au travers du syndicat, l'Etat veillera à savoir si les conditions économiques et de tout ordre dans lequel se réalise le travail sont celles, qui par justice, correspondent au travailleur* »; Déclaration XIII.5: « *Le Syndicat vertical est un instrument au service de l'Etat au travers duquel il réalisera principalement sa politique économique* ».

Notons également que l'OES bénéficie d'une participation institutionnelle des « *procureurs du tiers syndical* » dans l'organe parlementaire (E. BORRAJO DACRUZ, op. cit., 2012, p. 159).

⁷ *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclaration XIII.2: « *Tous les facteurs de l'économie seront encadrés par branche de production ou de services en Syndicats verticaux. Les professions libérales et techniques s'organiseront conformément à ce que les lois déterminent* ».

⁸ *Fuero del Trabajo*, Décret du 9 mars 1938, Déclarations XIII. 6.7.9.

dans les faits un moyen de contrôle supplémentaire de l'appareil franquiste agissant dans l'environnement professionnel des citoyens.

Aucun droit de grève n'est reconnu à l'OSE et plus généralement aux travailleurs. Le régime franquiste condamnait pénalement n'importe quel conflit collectif¹. La Déclaration XI.2 du Fuero des travailleurs énonçait que « *les actes individuels ou collectifs qui, de quelque mode, troublent ou portent atteinte à la normalité de la production, seront considérés comme délit de lèse-patrie* ». Cet arsenal juridique interdisant et punissant fortement toute manifestation de conflits collectifs (aussi bien la grève que le lock-out) est en totale adéquation avec l'idéologie franquiste qui se fonde sur une conception communautaire et familiale de l'entreprise. Celle-ci, au service de l'Etat et guidée par l'harmonie entre ces éléments, ne peut être un lieu de conflit. Reprenant les propos de J.D. RUIZ RESA, durant cette première étape de la dictature franquiste « *la conception communautaire et chrétienne du lieu de travail, [...], fondera la criminalisation des droits relatifs au travail* »².

En définitive, les premières années de la dictature, caractérisées par l'auto-attribution normative de l'Etat en matière de réglementation du travail³ et la structure hiérarchisée du syndicat vertical, ont considérablement limité le champ d'action naturel de la convention collective.

Les transformations sociales et économiques intervenues au début des années 50 conduisirent le régime franquiste à modifier sa conception irréaliste des relations de travail⁴. Le nouveau cadre législatif comprenait deux aspects : d'une part, le développement des « *jurados* » d'entreprise et, d'autre part, l'admission de la négociation collective, entendue néanmoins de manière pour le moins particulière.

En 1953 est promulgué un règlement régissant les jurés (« *jurados* ») d'entreprise créés en 1947. Le dispositif initial prévoit leur implantation dans les entreprises de plus de 1000 travailleurs pour, aux termes d'une lente évolution, aboutir

Pour une étude plus approfondie, voir J.D. RUIZ RESA, op. cit. p 161.

¹ Article 222 Code Pénal de 1944

² J.D. RUIZ RESA, op. cit. p 71.

³ Fuero del Trabajo, Décret du 9 mars 1938, Déclaration III.4

⁴ A partir des années 60, le régime reconnaît par exemple l'existence de conflits collectifs établissant leur régulation. Pour approfondir, voir F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, *La intervención del estado en los conflictos colectivos*, Universidad de Sevilla, 1972. La loi du 21 juillet 1962 mise en oeuvre par le décret 22/65 du 15 juillet 1965 vise également à renforcer la participation du personnel à l'administration des entreprises constituées en société (ce dispositif a néanmoins été qualifié de « *parodie participative* » par la doctrine, voir L.E. DE LA VILLA et M.C. PALOMEQUE, op. cit., 1980, p. 360).

en 1970 à leur instauration dans les entreprises de plus de 50 travailleurs¹. Même s'ils signifient théoriquement une certaine ouverture démocratique dans l'entreprise, la réalité démontre qu'il ne s'agit que de fausses intentions. Tout d'abord, la laborieuse évolution des différents seuils démontre une certaine défiance envers ce type d'institution. Ensuite, il est prévu que ces « *jurados* » soient présidés par le propriétaire ou le gérant de l'entreprise, ce qui permet légitimement de douter de leur fonctionnement démocratique. Enfin, s'agissant des fonctions qui lui sont attribuées, la conception communautaire de l'entreprise réduit cette institution à un instrument d'amélioration de la production qui ne tient pas compte des revendications des travailleurs. A l'image de l'ensemble de la réglementation franquiste, le fonctionnement des « *jurados* » ne constituait qu'une façade démocratique ne permettant nullement aux travailleurs de faire entendre leurs revendications.

A côté de ces « *jurados* » d'entreprise, le régime franquiste a, par la loi du 24 avril 1958, reconnu la convention collective syndicale². Celle-ci ne constituait cependant qu'un spectre de reconnaissance puisque les conditions de conclusions de ces conventions rendaient impossible la conclusion de convention « *classique* »³. Deux arguments fondamentaux corroborent cette affirmation. D'une part, du côté des salariés, seul le syndicat vertical pouvait conclure ces conventions et d'autre part, la procédure d'élaboration et d'approbation de l'accord était largement soumise au contrôle de l'Etat⁴. En définitive, la convention se convertissait en un simple acte administratif supplémentaire⁵. Ce dispositif a été modifié par une loi postérieure⁶ qui, sans l'altérer fondamentalement, opéra un simple déplacement de la compétence de l'Etat vers le syndicat vertical⁷. Cette mesure a d'ailleurs été qualifiée de pure rhétorique⁸.

La conception franquiste des relations de travail empêchait en définitive toute organisation collective des travailleurs et poursuivait en réalité une autre finalité :

¹ En 1956, ils sont prévus dans les entreprises de 500 travailleurs, en 1959 dans les entreprises de 250 travailleurs et en 1960 dans les entreprises de 100 travailleurs.

² E. BORRAJO DACRUZ, op. cit., 1975, p. 372.

³ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 33^e ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 159.

⁴ L'Etat intervenait aussi bien sur le fond que sur la forme. En effet, la convention était soumise à l'approbation de l'autorité publique et le processus de négociation était régulé de manière exhaustive.

⁵ L.E. DE LA VILLA GIL, « Los convenios colectivos sindicales », *Nuestro tiempo*, 1972, n° 217.

⁶ Loi 38/1973 du 19 décembre 1973.

⁷ E. BORRAJO DACRUZ, op. cit., 1975, p. 380.

⁸ L.E. DE LA VILLA et C. PALOMEQUE, op. cit., p. 357. Le blocage des salaires, à travers la politique de revenus, constituait l'aspect fondamental de ces conventions. Voir M^a.N. MORENO VIDA, *Los pactos sociales en el derecho del trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1989, p. 157.

l'appui et la promotion de l'idéologie nationale-syndicaliste. Le postulat harmonique de l'entreprise niant tout antagonisme, justifiait une répression importante des mouvements collectifs et permettait ainsi au déséquilibre consubstantiel à la relation de travail de perdurer et de se renforcer. Ce postulat rendait également inutile et incohérent tout processus de négociation collective entendu comme mécanisme de rencontre et de dialogue entre les deux antagonismes sociaux. L'hégémonie des réglementations étatiques régulant l'ensemble des conditions de travail porta alors le coup de grâce au développement légitime de la détermination collective des conditions de travail.

CONCLUSION TITRE I

18. Ces premières données historiques font apparaître clairement que le phénomène collectif a précédé l'intervention de l'Etat. Celui-ci a été confronté à une réalité sociale qu'il a dû prendre en considération. Deux phases peuvent alors être distinguées. Tout d'abord, de manière générale, ont été identifiés les acteurs capables d'élaborer des règles collectives et ensuite, ont été déterminés les effets de ces règles, notamment sur les contrats individuels de travail.

Les processus de construction juridique des deux systèmes ont naturellement été conditionnés par l'évolution des contextes politiques et juridiques. En Espagne, à la veille de la démocratie, la convention collective présente une physionomie singulière qui conduit à la distinguer de la figure conventionnelle au sens traditionnel, telle que reconnue dans les systèmes démocratiques. En France, en raison de la toute-puissance de l'Etat, l'ordre juridique s'est limité à appréhender un nouvel acte juridique, la convention collective, pour l'intégrer dans le système des sources du droit au sens formel.

Les deux dispositifs, dans des contextes différents, vont alors franchir un pas supplémentaire et reconnaître le droit à la négociation collective. Ils passent ainsi de la reconnaissance d'un acte doté d'un effet normatif à celle d'un centre de production normative relatif à la détermination collective des conditions de travail entre les employeurs et les salariés.

TITRE II : LA PROCLAMATION DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE

19. Au cours des années 70, les ordres juridiques français et espagnol ont reconnu et proclamé le droit à la négociation collective. Sa portée et son sens conduisent néanmoins à bien distinguer les deux dispositifs¹.

En effet, en France, la prise en compte par l'ordre juridique étatique d'un acte collectif répondait à une conception partielle incapable d'appréhender la complexité de l'ensemble des relations collectives de travail et constituait une étape préalable. Incontestablement, la convention collective s'inscrit dans un processus plus large et ne constitue que l'aboutissement, le fruit d'une série de discussions intervenant en amont de sa conclusion. Le droit à la négociation collective permet alors d'envisager juridiquement l'ensemble de ce processus dont la convention collective ne constitue qu'un élément. En Espagne, l'adoption de la Constitution de 1978 permet de rompre avec les principes franquistes et de reconnaître l'existence des antagonismes sociaux. Dans ce cadre, la proclamation du droit à la négociation collective constitue une conséquence dérivée de cette reconnaissance.

20. Les développements suivants visent ainsi, dans un premier temps, à définir le sens et la portée du droit à la négociation collective reconnu en France et en Espagne. Dans un deuxième temps, il conviendra d'envisager, dans le droit positif, les implications de ce droit quant à l'efficacité juridique et personnelle attribuée à sa principale production, la convention collective de travail.

L'analyse doit alors s'effectuer essentiellement dans une perspective constitutionnelle *« puisque c'est là où s'effectue la composition des équilibres internes qui régissent le système de sources d'un ordonnancement juridique déterminé »*².

¹ Sur les difficultés de décrire un modèle de négociation collective, voir F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2006, p. 43.

² M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 202.

CHAPITRE I : LE SENS ET LA PORTEE DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE

21. La perspective constitutionnelle permet de relever clairement les divergences conceptuelles du droit à la négociation collective en France et en Espagne et, par conséquent, les positionnements de l'Etat face à ce nouveau centre de production de règles.

Deux points de convergences apparaissent néanmoins. D'une part, la négociation collective bénéficie d'une protection constitutionnelle ce qui permet d'assurer son existence¹. D'autre part, les deux dispositifs constitutionnels ont renvoyé à la loi la régulation du droit à la négociation collective.

SECTION I : La perspective constitutionnelle du droit à la négociation collective

22. La première considération résulte de la simple observation : la Constitution Espagnole (CE) proclame explicitement à l'article 37.1 CE le droit à la négociation collective alors que la Constitution Française (CF) reste silencieuse en la matière. La prise en compte au niveau constitutionnel de la négociation collective répond à des constructions juridiques différentes qui influencent naturellement l'intensité et la valeur du droit à la négociation collective.

§ 1 : La proclamation de l'article 37.1 CE du droit à la négociation collective

23. Le laborieux déclin franquiste donna le pas à une transition démocratique, caractérisée par un esprit de consensus général permettant l'ouverture d'une période de réformes de l'ensemble de la société espagnole. Les objectifs fondamentaux du gouvernement de ADOLFO SUÁREZ visaient principalement à redéfinir les politiques économiques, institutionnelle et sociale afin de constituer un Etat démocratique. La réforme du droit du travail représentait évidemment un point fondamental de ses actions². Plus précisément, c'est l'aspect collectif des relations de travail, fortement

¹ Nous verrons plus loin que d'importantes nuances doivent être apportées en ce qui concerne l'intensité de ce rattachement.

² La période de transition démocratique donna lieu à un ample processus de concertation au niveau national entre les différents partis politiques et les principaux syndicats. Citons particulièrement les dénommés « *Pactes de la Moncloa* », qui ont constitué un élément important et fondateur des

contrôlé, réprimé et usurpé durant toute la dictature franquiste, qui nécessitait d'urgence un changement radical¹. Ainsi, le démantèlement du syndicat vertical² et la reconnaissance de la liberté de grève³ et du droit syndical⁴, constituèrent les premiers pas d'un système démocratique de relations professionnelles.

La proclamation de la Constitution Espagnole le 6 décembre 1978 permit de rompre définitivement avec le dispositif franquiste. Inspirée en partie de l'idéologie libérale et en même temps influencée par la doctrine sociale-démocrate, la CE en son article 1.1 définit l'Espagne comme un « *Etat social et démocratique de Droit* »⁵. Adoptée dans un contexte politique et social particulier, elle érigea un véritable système

comportements syndicaux et politiques en matière de relations collectives de travail. Concrètement les syndicats n'étaient pas signataires mais ont largement permis, dans la pratique, leur mise en œuvre et leur réussite. En effet, l'objet de ces pactes résidait dans la planification économique au travers d'une politique de revenus (« *programme d'assainissement et de réforme de l'économie* »). Une profonde relation était ainsi instaurée entre la variable économique et la convention collective puisque étaient fixés des plafonds salariaux dans la négociation collective (RD-L 43/1977 du 25 novembre et RD-L 49/1978 du 26 décembre complétés en matière de négociation collective par D. 217/1979 du 19 janvier instaurant un processus d'homologation de la convention collective).

Pour approfondir, M^a.N. MORENO VIDA, op. cit., 1989, p. 163.

¹ En matière de relations individuelles, notons toutefois l'adoption le 8 avril 1976 de la loi de Relations de Travail relative principalement au régime du contrat de travail. Critiquée d'un point de vue technique (A. MONTOYA MELGAR, « La aplicación temporal de la LRL », *AD*, 1977, n° 1), elle sera fortement modifiée six mois plus tard, par un décret relatif aux mesures économiques (RDL 19/1976 du 8 octobre 1976).

² Le Décret-Loi 19/1976 du 8 octobre procéda à la création de l'Administration Institutionnelle des Services Socioprofessionnels. Cet organisme substitua l'O.S.E.

³ Face à la conception harmonique de l'entreprise de la doctrine franquiste, un décret de 1977 régule les conflits collectifs et spécialement la grève (RDL 17/1977 du 4 mars 1977 sur les relations de travail-RDLRT-77. Pour une analyse de ce décret voir M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, « Conflictos y convenios colectivos », in *Relaciones de trabajo. Comentario al real Decreto Ley 17/1977*, Madrid, Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, 1977, p. 139). Ce décret s'applique toujours en droit positif (voir infra, n° 68).

Notons qu'antérieurement, le décret-loi du 22 mai 1975 avait procédé à une autre régulation des conflits et avait notamment légalisé « *le recours à la grève* ». Cette réforme ne concevait toutefois pas la grève comme « *un droit formel* » et avait instauré « *une réglementation excessivement restrictive* » (L.E. DE LA VILLA et C. PALOMEQUE, op. cit., 1980, p. 360- 387).

⁴ La reconnaissance de la liberté syndicale représentait un autre pas fondamental vers la constitution d'un Etat démocratique. A la différence de la régulation des conflits collectifs, c'est par une loi, de portée plus symbolique, qu'a été établi un dispositif régulant le droit d'association syndicale (loi du 1 avril 1977 complétée par RD du 22 avril 1977). La doctrine souligna que l'adhésion aux normes internationales, spécialement la ratification le 13 avril 1977 des conventions OIT numéro 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit de syndicalisation et numéro 98 sur le droit de syndicalisation et sur le droit à la négociation collective, a permis, dans une large mesure, l'instauration d'un véritable système garantissant la liberté et la pluralité syndicales (A. MONTOYA MELGAR, op. cit., p 78).

⁵ Dans la conception d'Etat social, « *il correspond à l'Etat d'ordonner l'économie et le travail afin de garantir un minimum de moyens de vie aux citoyens et de compenser la position de faiblesse de classes ou groupes déterminés dans la structure de la société* » (A. MARTÍN VALVERDE, « La Constitución como fuente del derecho del trabajo », *REDT*, 1988, n° 33, p. 55).

Cette conception *sociale* connaît son pendant économique à l'article 38 qui reconnaît « *la liberté d'entreprise dans le cadre de l'économie de marché* ».

de valeurs dépassant la simple organisation politique et la définition du rôle et des compétences des différentes institutions¹.

24. Trois principes essentiels guident la configuration du système des relations de travail² : tout d'abord, est reconnu l'antagonisme entre travailleurs et employeurs ; ensuite est reconnue l'autonomie collective des acteurs sociaux; enfin et parallèlement, est dévolu un rôle nouveau à l'Etat, qui, loin de constituer le centre de production normative exclusif qui était le sien durant la dictature, se voit attribuer une fonction complémentaire et promotionnelle de l'autonomie collective.

En accord avec ces principes, le schéma constitutionnel relatif aux droits collectifs des travailleurs³ se compose de la liberté syndicale⁴, du droit de grève⁵ et des conflits collectifs⁶, du droit à la participation¹, et, enfin, du droit à la négociation

¹ L. LÓPEZ GUERRA et autres, *Derecho Constitucional*, Vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.20. En matière de droit du travail, le cadre constitutionnel est formé par deux aspects qui traitent d'une part, de la détermination des sources du droit et d'autre part, des droits et devoirs des différents acteurs de la relation de travail, comme citoyens.

² M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 20^e ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2012, p. 107.

³ Selon A. MARTÍN VALVERDE, le droit collectif du travail correspond « à la partie de l'ordre du travail qui régule les activités collectives des travailleurs et des chefs d'entreprise et l'organisation et les attributions de ses respectives représentations professionnelles » (loc. cit., 1988, p. 55).

⁴ Article 7 CE relatif aux fonctions des syndicats (« *Les syndicats de travailleurs et les associations patronales contribuent à la défense et à la promotion des intérêts économiques et sociaux qui leur sont propres [...]* ») et Article 28.1 CE relatif à la liberté syndicale. Pour approfondir, voir infra, n° 100 s.

⁵ Aux termes de l'article 28.2 « *le droit à la grève des travailleurs pour la défense de leurs intérêts est reconnu. La loi qui régule l'exercice de ce droit, établira les garanties précises pour assurer le maintien des services essentiels de la communauté* ». Pour approfondir sur la grève, voir *Estudios sobre la huelga*, Coord. A. BAYLOS GRAU, Albacete, Bomarzo, 2005; *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Antonio Marzal et autres, Barcelona, Bosch, 2005; *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Coord. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002.

Le droit positif amène alors à constater qu'aucune loi organique n'a été adoptée. Dans la pratique, cela a conduit au maintien en vigueur du décret de 1977 qui a toutefois fait l'objet d'une interprétation approfondie du Tribunal Constitutionnel (STC 11/1981 du 8 avril 1981). Les juges ont, tout en rejetant l'inconstitutionnalité du décret, prononcé une nullité partielle et formulé d'importantes réserves d'interprétations. La doctrine a souligné que cette décision du Tribunal Constitutionnel est « *presque intervenue comme substitutif d'une possible loi organique* » (E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Madrid, Tecnos, 2005, p. 563). En effet, elle indique « *explicitement ou implicitement comment [le décret] doit être interprété et appliqué* » (T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, 9^e ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 387). Il ressort notamment de ce décret une limitation légale de l'exercice du droit de grève au travers de l'instauration d'un devoir de paix relatif inhérent à la convention collective (voir infra, n° 68).

⁶ Parallèlement à cette reconnaissance constitutionnelle du droit de grève, l'article 37.2 CE reconnaît « *le droit des travailleurs et employeurs d'adopter des mesures de conflits collectifs* ». Nous pourrions les définir comme « *tout type d'activités en relation avec un conflit collectif de travail qui constitue l'exercice d'un droit qui sera utilisé dans le conflit sans transgresser les droits des autres citoyens ni perturber la paix publique* » (M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2^e ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 40). Le TC distingue le droit de grève et le droit d'adopter des mesures de conflits collectifs (STC 11/1981 du 8 avril 1981). Il s'est également prononcé sur la validité du lock-out patronal tout en y posant des conditions très restrictives qui le rendent, dans la pratique, difficilement viable (son utilisation est possible dans une position défensive). Dans tous les cas, il n'est pas considéré comme le pendant du droit de grève des salariés ce qui rejoint la

collective. On retrouve ainsi les trois composantes de l'autonomie collective² : le pouvoir d'auto-organisation du groupe (droit syndical), le pouvoir d'autotuelle (droit de grève et conflits collectifs) et le pouvoir d'autorégulation (la négociation collective)³. Reprenant les propos synthétiques du Professeur MARTÍN VALVERDE, la transition démocratique a permis d'assurer « *une mutation d'un système normatif de corporatisme étatique et d'autoritarisme patronal en un autre système dans lequel, sans préjudice de la liberté et de l'initiative économique, se sont ouverts des espaces à l'autonomie collective et à l'autotutelle des travailleurs dans les entreprises et centres de travail* »⁴. L'analyse des dispositions constitutionnelles restent cependant extrêmement complexe du fait de leur ambiguïté. La doctrine souligna justement que « *le texte constitutionnel a sacrifié sa fonctionnalité juridique pour sa fonctionnalité politique. La poursuite du consensus politique a un prix et celui-ci se paye en monnaie juridique. Le consensus est seulement possible dans l'ambiguïté ; quand il s'agit de concrétiser, surgit le conflit* »⁵.

Attachons-nous donc maintenant à l'analyse du droit à la négociation collective proclamé à l'article 37.1 CE.

position française et s'éloigne de la position allemande de l'égalité des armes (STS du 14 janv. 2000 et STS du 17 janv. 2000). Pour approfondir, voir W. SANGUINETI RAYMOND, *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

¹ L'article 129.2 CE énonce : « *Los poderes públicos favoreceront eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y desarrollarán, por medio de una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que facilitarán el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción* ». Est ainsi proclamé le principe de la participation des salariés dans l'entreprise. Cet article correspond, en matière de relations de travail, au précepte plus général énoncé à l'article 9.2 CE qui oblige les pouvoirs publics à « *facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social* » (Pour approfondir, M.C. PALOMEQUE, loc. cit., 2006, p. 5 ; F.J. PRADOS DE REYES et J. VIDA SORIA, « Artículo 129 », in *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo X, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL*, Madrid, Cortes Generales y Edersa, 1998, p. 95). Sur la mise en œuvre dans l'entreprise du principe de participation, voir infra n° 206).

² L'autonomie collective est reconnue par le TC qui l'érige en « *principio que rige el aménagement de las relaciones de trabajo* » (par exemple STC 51/1982 du 19 juill.; 31/1984 du 7 mars; 58/1985 du 30 avril). Voir M^a.E. CASAS BAAMONDE, « La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales », in *Los principios del Derecho del Trabajo, Dir. L.E. DE LA VILLA Gil et L. LÓPEZ CUMBRE*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, p. 357; I. GARCÍA PERROTE ESCRATIN, *Ley y Autonomía colectiva*, Madrid, MTSS, 1987, p. 112.

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL se réfère à l'autonomie collective comme à un « *macro-concepto* » (« La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos », in *La reforma de la negociación colectiva, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL et S. DEL REY GUANTER*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 57).

⁴ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., cit., 1988, p. 55.

⁵ T. SALA, I. ALBIOL MONTESINOS, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, y L.M. CAMPS RUIZ, « Constitucionalización del derecho del trabajo » in *Los Trabajadores y la Constitución, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO*, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 218.

Cette remarque peut, selon nous, être généralisée à l'ensemble du texte constitutionnel.

A. La double garantie de l'article 37.1 CE

25. Aux termes de l'article 37.1 CE, « *la loi garantira le droit à la négociation collective de travail entre les représentants des travailleurs et des employeurs [...]* ».

La référence explicite à la loi afin de *garantir* le droit à la négociation collective a provoqué un premier débat doctrinal sur l'applicabilité de l'article 37.1 CE.

Un premier courant doctrinal minoritaire soutenait selon une interprétation littérale que l'article 37.1 CE conférait uniquement un mandat à la loi pour garantir le droit à la négociation collective. Selon cette thèse du mandat unique, l'article 37.1 CE ne reconnaît pas directement un droit à la négociation collective et ne peut par conséquent recevoir une application directe¹. Un auteur estime alors que sa réalité est donc soumise à l'existence d'une mise en œuvre législative².

Sans pouvoir être assimilée à la thèse du mandat unique, un autre courant doctrinal estime que l'article 37.1 ET doit être interprété comme une garantie institutionnelle ne reconnaissant pas de droit subjectif mais instaurant une institution, la négociation collective, qui doit être protégée face à l'Etat³. Selon le Professeur

¹ Un des arguments forts de ce courant doctrinal vise à comparer la rédaction de l'article 37.1 CE qui ne proclame pas de façon explicite que « *le droit à la négociation collective est reconnue* », avec celle des articles 28.2 CE en matière de droit de grève ou 28.1 CE en matière de liberté syndicale (voir supra, n° 24). F. DURÁN LÓPEZ, « El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva », *RL*, 1990, n° 15-16, p. 23; « Los convenios colectivos », in *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Dir. A. SEMPERE NAVARRO, Madrid, MTAS, 2003, p. 175; J. GALIANA MORENO, *La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo*, in *La eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2003, p. 41-42 et 49. Voir également J.M^a. GOERLICH PESET, « Concepto y eficacia del convenio colectivo (En torno al artículo 82) », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1446.

² A. MONTOYA MELGAR, « Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos en margen del Estatuto de los Trabajadores », in *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, p. 54. Plus loin le Professeur G. LYON-CAEN estime, se référant spécialement aux normes relatives aux relations de travail, que « *les normes constitutionnelles sont rarement self-executing c'est-à-dire susceptibles d'application immédiate sans nécessiter aucun mécanisme intermédiaire* » (« Constitucionalización del Derecho del Trabajo », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 32).

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional », *RL*, 1992-I, p. 53 et « Los límites constitucionales de la contratación colectiva », *RL*, 1992-I, p. 55. Selon lui, la négociation collective serait « *une transposition au plan collectif de la liberté contractuelle* ». Dans un article publié avec le Professeur DEL REY GUANTER, les deux auteurs estiment que « *ce qui est élevé à la catégorie de droit est la propre négociation collective en tant que concept en tant que réalité* » (« El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley », in *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, in *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, Publicaciones del monte de piedad y caja de ahorros, 1983, p. 28). Pour approfondir la notion de garantie institutionnelle, voir également P. HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada, Comares, 2003, p. 155; J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, « Garantías institucionales », in *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*, Vol. II, Madrid, Civitas, 2001, p. 110; J.M^a. BAÑO LEÓN, « La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española », *REDC*, 1988, n° 24, p. 156.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, la garantie institutionnelle suppose « à la fois un mandat au législateur et une limite à l'activité législative »¹.

La deuxième interprétation, soutenue par la majorité de la doctrine, estime que l'article 37.1 CE comporte une double garantie, un double mandat, reconnaissant, d'une part, le droit à la négociation collective et obligeant, d'autre part, la loi à intervenir afin de le garantir², de le réguler³. Dans ce sens, le Professeur SALA souligne que l'utilisation du verbe « garantir » présuppose la reconnaissance préalable du droit en question⁴. L'argument central de ce courant doctrinal réside toutefois dans l'emplacement de l'article 37.1 CE dans la Constitution. En effet, en vertu de l'article 53.1 CE, « les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre lient tous les pouvoirs publics. C'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que pourra être régulé l'exercice de ces droits et libertés, qui sont protégés conformément aux dispositions de l'article 161,1,a. ». Dès lors, les droits visés parmi lesquels se trouvent la liberté syndicale, le droit de grève mais aussi le droit à la négociation collective bénéficient d'une efficacité directe et immédiate⁵. La reconnaissance du droit à la négociation collective permet en définitive l'applicabilité directe et immédiate de l'article 37.1 CE qui présente un caractère autosuffisant et dont la mise en œuvre ne passe pas forcément par une loi⁶.

Dans une décision fondamentale, le Tribunal Constitutionnel (TC) a fait sienne la thèse de la double garantie : « la faculté que possèdent « les représentants des travailleurs et des employeurs » de réguler leurs intérêts réciproques au moyen de la

¹ Loc. cit., *RL*, 1992-I. Voir également J.M^a. GOERLICH PESET, loc.cit., 2000, p. 1446.

² Le Professeur VALDÉS DAL-RÉ évoque alors « la structure juridique complexe ou plurielle » de l'article 37.1 qui formule un droit reconnu aux acteurs sociaux et énonce également « une garantie institutionnelle » prévoyant l'action de la loi pour en assurer l'effectivité (loc. cit., 2006, p. 48). Selon lui, « la Constitution garantit et ordonne de garantir à la loi le droit à la négociation collective [...] » (« El derecho a la negociación colectiva laboral en la Jurisprudencia constitucional I y II », *RL*, 1990- I, p. 6); M. ALONSO OLEA, op. cit., 1990, p. 120.

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1995, p. 59. Selon l'auteur, il ne s'agit pas d'un double mandat mais d'une reconnaissance du droit à la négociation et d'un mandat au législateur de le garantir, c'est-à-dire de le réguler.

⁴ T. SALA FRANCO, *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao, Deusto, 1990, p. 11. En effet, on ne peut garantir que ce qui a été préalablement reconnu.

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, 1988, p. 24.

⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1988, p. 25 (pour une étude approfondie, voir *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTAS, 1996); R. MARTÍNEZ EMPERADOR, « Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido, calificación y régimen jurídico », in *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*, Madrid, MTSS, 1990, p. 60.

négociation collective, est une faculté qui n'est pas dérivée de la Loi mais une faculté propre qui trouve son expression juridique dans le texte constitutionnel »¹. Dès lors, cet article concrétise, « *de manière directe et explicite* »², la reconnaissance par l'ordre juridique étatique du pouvoir partagé et autonome des représentants des travailleurs et des employeurs de créer des normes fixant les conditions de travail³. Néanmoins, postérieurement, il affirma que « *la reconnaissance autonome et différenciée de la négociation collective assure, à travers d'une mission confiée spécialement au législateur, un système de négociation* » donnant alors vitalité à la thèse du mandat législatif⁴.

Sans toutefois se positionner fermement entre garantie institutionnelle et droit subjectif⁵, le TC reconnaît quoi qu'il en soit une transcendance constitutionnelle au droit à la négociation collective en marge de toute intervention légale⁶. Nous verrons plus loin que cette position a alors conduit à admettre la validité juridique d'actes collectifs conclus en marge des dispositions légales⁷. Evitant toute controverse, il convient en définitive d'admettre que la finalité du précepte est d'assurer la fonctionnalité, l'existence d'un système de négociation collective permettant la production autonome, face à l'Etat, de règles applicables aux relations individuelles de travail⁸. Cette conception représente fondamentalement une réaction à la logique instaurée par la dictature franquiste.

¹ STC 58/1985 du 30 avril.

² F. VALDÉS DAL-RÉ, « La regulación constitucional de la negociación colectiva », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 246.

³ I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 119.

⁴ STC 208/1993 du 28 juin 1993.

⁵ Dont la compatibilité a, dans tous les cas, été soulignée par la doctrine (J. LAHERA FORTEZA, *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, CES, 2000, p. 120.

⁶ A partir de ce postulat un secteur doctrinal estime que l'article 37.1 CE convertit la négociation collective en source de droit et ses produits en normes juridiques créatrices de droit objectif (M. ALONSO OLEA, op. cit., 1990, p. 121). L'article 37.1 CE procède ainsi à la juridification matérielle de la négociation collective comme source de droit objectif en l'intégrant dans le système des sources (M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 91; 199. Pour une exposition plus synthétique de cette thèse, « La eficacia jurídica del convenio colectivo como fuente (formal) del Derecho del Trabajo », *REDT*, n° 88, 1998, p. 225.

Contre cette interprétation J. LAHERA FORTEZA, *Normas laborales y contratos colectivos*, Madrid, Reus, 2008, p. 62. L'auteur, partant uniquement de l'analyse de la Constitution selon la théorie pyramidale de KELSEN, estime qu'il ne peut être déduit de la CE la reconnaissance de la négociation comme source de droit matérielle ni celle de la convention comme source formelle. Antérieurement le Professeur VALDÉS estimait que « *la reconnaissance du « droit à la négociation collective » n'équivaut pas à la consécration de l'activité contractuelle collective comme source matérielle de droit* » (« Eficacia jurídica de los convenios colectivos », *TL*, 2004, n° 76, p. 51).

⁷ Voir infra, n° 69 s.

⁸ Il s'agit d'« *assurer un espace de liberté dans lequel les sujets sociaux pourront développer de manière directe toute une série d'actions [...]* » (M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 259).

B. Les titulaires du droit à la négociation collective

26. La disposition constitutionnelle se réfère « *aux représentants des travailleurs et des employeurs* ». A la différence du droit de grève et de la liberté syndicale¹, le droit à la négociation collective est reconnu aux représentants des travailleurs mais également aux représentants des employeurs². Cette double titularité met en exergue le caractère bilatéral de la négociation collective et illustre la reconnaissance de l'autonomie collective.

L'imprécision inhérente à l'expression « *représentants des travailleurs et des employeurs* » a donné lieu à des discussions doctrinales qui se rejoignaient uniquement pour reconnaître le caractère collectif de la titularité du droit, au travers de l'intervention incontournable de représentants³. Consécutivement, il devrait être admis que le précepte constitutionnel exclut de la catégorie juridique de convention collective l'accord conclu directement par les salariés⁴.

Une première interrogation conduit à se demander s'il s'agit de représentations permanentes ou si le précepte constitutionnel se réfère également aux représentations spontanées ou éphémères. Une première interprétation considérait que la capacité de représentation des intérêts des travailleurs et des employeurs constituait l'unique condition⁵. Une seconde interprétation estimait que le terme « *représentants* » impliquait la préexistence institutionnelle de la structure participant à la négociation, ce

¹ Sur la liberté syndicale et le droit de grève, voir supra, n° 24.

² L'employeur à titre individuel dispose, dans tous les cas, du droit à la négociation collective dans le cadre de l'entreprise (F. NAVARRO NIETO, « La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica », in *El empleador en el Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 234).

³ Envisageant une distinction fondée sur le contenu de ce droit, certains auteurs estiment toutefois que le droit à la négociation collective a deux dimensions : « *d'un côté, un contenu individuel qui est formé par le droit des travailleurs mais aussi des employeurs individuellement considérés, de compter sur une régulation collective des conditions de travail d'emploi et de productivité qui dépasse les insuffisances de la négociation individuelle et d'un autre côté, sur le plan collectif, le droit des formations stables des représentations collectives de leurs intérêts à négocier collectivement ces conditions* » (M.A. SOLANS LATRE, *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria, Partes negociadoras y procedimiento negociador*, Madrid, CES, 2003, p. 44 et J. RIVERO LAMAS, « La garantía de los derechos y libertades constitucionales », in *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 2017).

⁴ Néanmoins, un secteur doctrinal et certaines positions jurisprudentielles ont admis que ces accords soient considérés comme convention collective de travail. Nous reviendrons en détails sur cette question lorsque nous aborderons les rapports entre autonomie collective et autonomie individuelle (voir infra, n° 514 s.). Nous estimons néanmoins que l'article 37.1 CE résulte explicite en la matière et écarte l'intervention directe des salariés en matière de négociation collective ce qui conduit à l'impossibilité d'élever au plan collectif l'accord conclu.

⁵ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1980, p. 249.

qui obligeait à considérer la stabilité comme condition nécessaire et indispensable¹. La jurisprudence constitutionnelle a opté pour la première interprétation sans préjudice de la mise en œuvre législative².

Dans le prolongement de la réflexion, quel type de représentants envisageait le précepte constitutionnel : représentants syndicaux ou représentants élus ? La lettre constitutionnelle n'opère pas de choix a priori entre ces deux représentations³.

Pouvait-on alors envisager une représentation syndicale au sens strict ? L'étude de l'avant-projet constitutionnel a apporté un éclairage décisif. En effet celui-ci considérait comme sujets de la convention collective, les représentants « *syndicaux* » des travailleurs et employeurs. La suppression de cet adjectif dans le texte final permet de déduire qu'il n'est pas reconnu constitutionnellement de monopole syndical de la négociation. Cette appréciation a trouvé écho dans la jurisprudence constitutionnelle qui élargit le champ des titulaires de la capacité de négociation et se prononça contre un monopole syndical⁴.

Dés lors, il est possible de considérer que la Constitution reconnaît une large capacité de négociation à « *toute structure organisatrice stable ou spontanée, permanente ou intermittente, interne ou externe à l'entreprise* »⁵. La définition des « *représentants des travailleurs et des employeurs* » constituait dans tous les cas un élément central de la mise en œuvre législative postérieure. Sans approfondir ici la question, mentionnons que la loi a retenu le critère de stabilité de la structure et a logiquement exclu la thèse du monopole syndical⁶.

¹ M. ALONSO OLEA, op. cit., 1990, p. 119.

² STC 118/1983 du 13 déc. 1983.

³ Cette absence de précision s'explique essentiellement par l'affrontement des deux principales organisations syndicales sur ce sujet. Commissions Ouvrières (CC.OO) s'inclinait pour la représentation unitaire alors que l'Union Générale des Travailleurs (UGT) pour la représentation des sections syndicales.

⁴ STC 118/1983 du 13 nov.; STC 108/1989 du 8 juin 1989 ; STC 134/1994 du 9 mai 1994 ; STC 263/1994 du 3 oct. 1994. Antérieurement, le TCT s'était prononcé dans le même sens affirmant que l'article 37.1 CE « *ne permet pas le monopole de négociation aux syndicats* » mais se réfère à la négociation collective « *entre les représentants des travailleurs et des employeurs* » (STCT 3 déc. 1980, Ar/6762.; STCT 29 mars 1982, Ar/2119). Voir R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los sujetos de los convenios de empresa. Representantes unitarios y representantes sindicales*, Madrid, MTSS, 1985, p. 29. Contre cette position, J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2000, p. 122. Selon cet auteur, l'article 37.1 CE « *peut uniquement se référer aux syndicats puisqu'il fait effectif la liberté syndicale de l'article 28.1 CE. De plus, la CE attribue uniquement la capacité représentative des intérêts des travailleurs aux syndicats de l'article 37.1 CE* ».

⁵ Voir par exemple, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1980, p. 250; T. SALA FRANCO, *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, IES, 1981, p. 3.

⁶ Voir infra n° 210 s.

Le caractère bilatéral du précepte constitutionnel posait également certaines difficultés à l'heure de se prononcer sur l'existence d'un devoir ou d'une obligation de négocier, fondé directement sur la Constitution et pesant sur la partie patronale. La doctrine a majoritairement estimé que l'absence de limitation des sujets négociateurs constituait un argument décisif excluant une telle obligation¹. Le Professeur RAMÍREZ, énonçant que « *la reconnaissance constitutionnelle du droit à la négociation collective ne suppose pas le corollaire d'un devoir de négocier* », fonde quant à lui son argumentation sur le renvoi constitutionnel au pouvoir législatif pour garantir ce droit. L'existence d'un devoir ou d'une obligation de négocier constitue un aspect supplémentaire qu'il appartient au pouvoir législatif de réguler². L'absence d'un devoir ou d'une obligation de négocier au niveau constitutionnel n'exclut donc pas, bien au contraire, sa prévision et sa validité au niveau légal³.

En définitive, l'article 37.1 CE permet essentiellement la reconnaissance d'un système de négociation collective face à l'Etat et ne présume ni d'un droit subjectif pour les salariés, ni d'une obligation corrélatrice pour les employeurs. Il attribue à l'autonomie collective la faculté de réguler les conditions de travail et oblige la loi à la promouvoir et à établir des garanties permettant sa réalisation et son effectivité. L'intervention légale s'inscrit ainsi dans une double limite : « *le mandat constitutionnel en relation avec le droit à la négociation collective empêche autant un interventionnisme étatique excessif rendant stérile l'autonomie collective que l'abstention de la loi pour garantir le fonctionnement effectif de ce droit* »⁴. Dans ces limites, « *le droit à la négociation collective ex art. 37.1 CE s'érige comme un droit susceptible d'être développé légalement conformément à diverses options qu'il appartient au législateur ordinaire de choisir dans l'exercice de ses fonctions* »⁵.

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1980, p. 247. Le professeur SALA FRANCO partage la même opinion. Une telle limitation entrerait alors en contradiction directe avec la reconnaissance de l'autonomie collective.

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ « El deber de negociar », in *Los problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1994. L'auteur relève un point très important. Si un devoir général de négocier semble inopérant, il apparaît néanmoins très intéressant d'établir un devoir, qualifié d'initial, sur les questions préliminaires à la négociation (c'est à dire l'unité de négociation et les thèmes négociables).

³ Voir infra, n° 34 s.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 29. Pour le Professeur VALDÉS l'encadrement de la loi présente un caractère négatif (elle ne doit pas constituer un obstacle au développement de la négociation collective) et positif (impliquant l'intervention de la loi qualifiée alors de « *loi promotionnelle* »), (loc. cit., 2006, p. 50).

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, « El paradigma legal en la negociación colectiva », *RL*, 1990-I, p. 270. Les professeurs M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER écrivent dans le même ordre d'idée

§ 2 : *Le rattachement du droit à la négociation collective au principe de participation des travailleurs en droit français*

27. Contrairement au droit espagnol, aucune référence expresse à la négociation collective ou à la convention collective n'apparaît sur le plan constitutionnel. Cette absence de reconnaissance s'explique en grande partie par l'esprit de la Constitution de 1958 (CF). Celle-ci se focalise sur l'organisation de l'Etat, sur la fixation des attributions et fonctions des différentes institutions qui le composent, opérant une répartition des pouvoirs. Il apparaît évident que la différence de contexte politique constitue un facteur fondamental pour expliquer l'adoption de textes de contenus aussi distincts¹.

La Constitution de la V^o République² ne représente toutefois qu'un des éléments de l'ensemble des textes ayant valeur constitutionnelle. La jurisprudence constitutionnelle a contribué à élever au rang de norme constitutionnelle des textes extérieurs à la Constitution stricto sensu³. Le dénommé bloc de constitutionnalité comprend notamment, outre la propre Constitution, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁴.

Les « principes-normes » énoncés dans le Préambule de la Constitution de 1946 sont donc indéniablement dotés d'une valeur constitutionnelle⁵. On y retrouve plusieurs

qu'il s'agit du « *droit des interlocuteurs sociaux de développer - avec les possibles, probables et nécessaires interférences de la norme étatique - une régulation autonome de leurs relations* » (loc. cit., p. 28).

¹ Pour développer, A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD, *Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique*, Arles, Actes Sud, 1986.

² L'article 1^o de la Constitution fait de la France « *une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ».

³ Aux termes de son Préambule, « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ».

⁴ Cette catégorie a été dégagée par la jurisprudence constitutionnelle, décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association, voir J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, chron., p. 265.

⁵ A l'intérieur de ces principes-normes, doivent se distinguer les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* » énoncés par le Préambule de 1946 qui regroupent des principes politiques, économiques et sociaux (A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.*, 1982, p. 621).

On peut cependant douter que ces principes présentent la même portée juridique. Prenons par exemple d'une part, le principe de la liberté syndicale (« *Tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ») et d'autre part, le principe du droit au travail

principes de caractères sociaux et économiques et notamment le principe de participation des travailleurs. C'est alors au travers de ce principe que le droit à la négociation collective, considéré comme une de ses déclinaisons, va acquérir une dimension constitutionnelle.

A. Le principe-norme de participation

28. Le Préambule de la Constitution de 1946 énonce à l'alinéa 8 que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »¹.

L'association des salariés aux processus de détermination des conditions de travail constitue un des aspects de la démocratie économique promue par le Préambule. La notion de participation revêt dès lors une perspective « *pluridimensionnelle* »² visant les relations professionnelles mais également les relations des acteurs sociaux avec l'Etat. Le principe de participation se présente dans ce dernier cas comme une liberté publique face à l'Etat³. Attachons-nous ici à l'aspect interne du principe de participation relatif aux relations entre les acteurs sociaux.

Le caractère général de cette formulation a soulevé de nombreuses interrogations. C'est tout d'abord la reconnaissance constitutionnelle de ce « *principe politique, économique et social particulièrement nécessaire à notre temps* » qui a été mise en doute. La décision 77-79 du 5 juillet 1977 du Conseil Constitutionnel a tranché la question en utilisant le principe de participation comme norme de référence à son contrôle⁴.

(« *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* »). La positivité de l'un ou de l'autre est différente. Le premier principe correspond effectivement à une règle de droit positif alors que le second répond d'avantage à une proclamation politique de valeur programmatique (pour approfondir, A. JEAMMAUD, loc. cit., 1982, p. 621).

¹ Dans sa globalité, la Constitution de 1946 visait à instaurer une démocratie économique et sociale afin de compléter la traditionnelle démocratie politique.

Concrètement, cet alinéa, comme le mirent en exergue les Professeurs VEDEL et RIVERO, traite en réalité de deux principes qu'il convient de distinguer : la participation des salariés à la détermination de leurs conditions de travail qui renvoie aux relations employeurs/salariés, et la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise qui renvoie au concept et à la structure de l'entreprise (« Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le Préambule », *Pages de doctrine*, Tome I, Paris, LGDJ, 1980, p. 122).

Nous aborderons ici exclusivement le premier de ces principes relatif à la participation des salariés à la détermination de leurs conditions de travail.

² M.L. MORIN, op. cit., p. 79.

³ M.L. MORIN, op. cit., p. 81; N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 109; B. TEYSSIE, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 576.

⁴ DC n° 77-79 du 5 juill. 1977, *D.*, 1979, p. 41, note L. HAMON.

La deuxième source de difficultés se réfère à la définition du terme de « participation ». Le principe de participation fonde en effet l'existence de représentations du personnel dans l'entreprise¹, mais aussi le droit à la négociation collective. Selon la jurisprudence constitutionnelle, le principe de participation est mis en œuvre à partir du moment où « *une concertation appropriée* » est intervenue entre l'employeur et les représentants des salariés². L'ensemble de ces procédures possède le dénominateur commun de permettre aux salariés de prendre part à la vie de l'entreprise en les associant au processus de prise de décision et en soumettant ainsi le pouvoir patronal à un contrôle et à des limites³. Comme le souligne la doctrine, « *le Préambule de la Constitution, en énonçant le principe de participation à partir de la situation du travailleur, le pose très clairement comme une limite au pouvoir du chef d'entreprise* »⁴.

Deux remarques doivent ici être formulées : d'une part, c'est au niveau de l'entreprise que se réalisent complètement et intégralement les différentes facettes de ce principe. D'autre part, le Conseil constitutionnel a affirmé que le principe de participation « *n'a ni pour objet, ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs* »⁵. La négociation collective ne constitue donc pas l'unique et exclusive voie pour les salariés de participer à la détermination de leurs conditions de travail, la simple consultation des représentants des salariés vaut participation. Sont par conséquent placées au même niveau la convention collective et la décision patronale à partir du moment où celle-ci est précédée d'une concertation appropriée⁶. Cette logique permet alors de comprendre la capacité reconnue à l'employeur d'adopter unilatéralement des mesures relatives à des thèmes traités lors de négociations qui n'ont pu aboutir à la conclusion d'un accord⁷.

¹ DC n° 93-328 du 16 déc. 1993, *Dr. soc.*, 1994, p. 139, note X. PRETOT.

² DC n° 89-257 du 25 juill. 1989 relatif au régime du licenciement pour motif économique. Nous reviendrons sur cette décision plus loin dans le travail (voir infra, n° 58, 353, 407 et 505).

³ Conçu largement, le principe de participation désigne « *toutes les procédures d'information, de dialogue, de négociation, d'association directe ou de contrôle qui entourent l'exercice du pouvoir patronal dans l'entreprise* » (M.L. MORIN, op. cit., p. 386).

⁴ M.L. MORIN, op. cit., p. 78.

⁵ DC n° 93-328 du 16 déc. 1993, déjà citée.

⁶ Le Professeur G. LYON-CAEN estimait cependant que le principe « parle de « *détermination* » des conditions de travail, ce qui implique nécessairement la fixation à la suite de discussions et concessions, d'un ensemble de décisions, de caractère contraignant, dans un document conventionnel » (« La Constitution française et la négociation collective », *Dr. ouv.*, 1996, p. 479).

⁷ Comme le souligne le Professeur JEAMMAUD, « *la participation s'oppose à l'autogestion parce qu'elle repose sur l'admission de la primauté des représentants du capital* » (loc. cit., 1982, p. 628).

L'interprétation large de la notion de participation effectuée par le Conseil constitutionnel est selon nous critiquable car elle laisse incertaine l'intervention des travailleurs. En effet, le processus de négociation qui implique un certain équilibre des pouvoirs doit se distinguer de la consultation qui favorise au contraire la supériorité de l'employeur. Cette position jurisprudentielle démontre dans tous les cas les réticences du Conseil constitutionnel à reconnaître une portée directe et précise aux droits économiques et sociaux issus du Préambule de 1946. La ligne directrice consiste alors à procéder à une lecture extensive de ces droits et à confier leur mise en œuvre au pouvoir législatif qui se voit attribuer, par conséquent, une grande marge de liberté¹.

La troisième interrogation concernait les sujets visés par ce principe². Nous reviendrons sur cette question lorsque nous aborderons les titulaires du droit à la négociation collective. Notons toutefois qu'aucune référence à la représentation patronale n'apparaît dans le texte qui revêt par conséquent un indiscutable caractère unilatéral. Cette considération est fondamentale et caractéristique du droit français.

Pour conclure, il convient de retenir que le principe de participation s'inscrit fondamentalement comme un droit visant à promouvoir l'association des salariés au processus de détermination des conditions de travail et à réduire le déséquilibre consubstantiel à la relation individuelle de travail en posant certaines limitations au pouvoir patronal. Ce caractère unilatéral conduit néanmoins à exclure toute reconnaissance de l'autonomie collective³ et correspond à l'idée française de l'Etat paternaliste. En définitive, reprenant les propos du Professeur G. LYON-CAEN, « *la formule est remarquable par son unilatéralité et aussi par l'omission complète de toute autonomie ou ce qui pourrait y ressembler. [...]. Tout ce que la Constitution garantit, c'est la possibilité pour les salariés de ne pas se cantonner à un face à face individuel,*

¹ Le Professeur PRETOT souligne dans ce sens que le Conseil constitutionnel procède à une « *interprétation minimaliste des principes énoncés par le Préambule de 1946* » (« Les Sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du Droit du Travail*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, PUF, 1998, p. 161. Voir également J.Y. CHEROT, « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3-5 juill. 1993, p. 2).

Comme le souligne le Professeur G. LYON-CAEN, « *le texte du préambule a valeur constitutionnelle. Mais le législateur est libre de le mettre en œuvre à sa convenance* » (loc. cit., 1996, p. 479).

² Ce principe s'applique également aux fonctionnaires et agents publics (a contrario DC n° 77-83 du 20 juill. 1977, *D.*, 1979, p. 287, note L. HAMON).

³ Contrairement au droit espagnol, n'est pas envisagée directement la faculté partagée des représentants des salariés et des employeurs de déterminer eux-mêmes les conditions de travail.

mais d'agir collectivement ; ce que le législateur a traduit : un droit des salariés à la négociation collective »¹.

B. La portée constitutionnelle de la négociation collective

29. L'interprétation constitutionnelle extensive du principe de participation a permis d'envisager clairement la négociation collective comme une de ses modalités². Reste alors à déterminer la portée constitutionnelle de celle-ci. C'est grâce à la notion polysémique de principe que les juges constitutionnels ont défini la négociation collective, l'insérant dans la catégorie de principes fondamentaux du droit du travail.

1. La polysémie de la notion « de principe » en droit du travail

30. Envisagée comme une sous-catégorie du principe de participation, le droit à la négociation collective ne bénéficie constitutionnellement d'aucune reconnaissance directe et explicite. Déterminer sa portée et sa valeur depuis une perspective constitutionnelle est d'autant plus difficile que le terme de « principe » est polysémique dans le droit français.

Malgré des caractéristiques communes³, le terme de « principe » tel qu'employé dans le langage juridique revêt différentes significations. Depuis une perspective constitutionnelle, peuvent être identifiés les « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la république* », « *les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* » issus du Préambule de la Constitution de 1946 et « *les principes fondamentaux* » évoqués à l'article 34 CF. La jurisprudence administrative a également élaboré une catégorie spécifique de principes qu'elle a dénommé principes généraux du droit. Enfin, la doctrine a tenté d'identifier certains

¹ G. LYON-CAEN, « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouv.*, 2001, p. 3.

² La doctrine évoque la « *filiation entre le droit à la négociation et le principe de participation* » (M.L. MORIN, *op. cit.*, p. 245).

³ Selon le Professeur JEAMMAUD, une règle de droit pour être considérée comme principe, doit présenter une série d'éléments : un élément matériel qui correspond à son caractère général, un élément hiérarchique qui fait référence à sa préférence d'application par rapport à d'autres règles et, enfin, un élément de type idéologique qui renvoie à la volonté de considérer un principe comme tel (*loc. cit.*, 1982, p. 620, note 12). Pour le droit espagnol, A. MARTÍN VALVERDE, « Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos », in *Los Principios del Derecho del Trabajo*, *Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LOPEZ CUMBRE*, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 46.

principes propres au droit du travail, qualifiés également de « principes généraux du droit du travail »¹.

Le principe de participation issu du Préambule de 1946 intègre, on le sait, la catégorie des « *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* ». Il bénéficie d'une valeur constitutionnelle ; les pouvoirs publics y sont par conséquent liés et doivent le faire respecter.

L'article 34 de la Constitution de 1958 traite quant à lui des « *principes fondamentaux* »². Ces derniers correspondent « *au champ de compétence normative du Parlement face au Gouvernement* »³. Ces principes, contrairement aux principes issus du Préambule, ne bénéficient pas d'une valeur supérieure dans la hiérarchie des normes et possèdent une simple valeur législative : seule la loi peut les édicter, les modifier mais également les abroger (ce qu'elle ne peut faire lorsqu'il s'agit d'un principe constitutionnel).

Les principes généraux du droit issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat sont dotés d'une autorité juridique particulière leur permettant de s'imposer face au pouvoir réglementaire et de s'appliquer dans le silence de la loi. Ils présentent par conséquent une valeur législative qui, d'une part permet de limiter l'intervention réglementaire mais qui, d'autre part, empêche leur mise en œuvre lorsque la loi a procédé à la régulation de la question considérée⁴.

Enfin, les principes généraux du droit du Travail évoqués par la doctrine se rapprochent de ceux élaborés par le Conseil d'Etat car ils remplissent les mêmes fonctions tout en présentant néanmoins certaines particularités⁵.

¹¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1974, p. 229 ; du même auteur, « Les principes généraux du droit du travail » in *Les tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLINCK*, Paris, Dalloz, 1978, p. 35 ; A. JEAMMAUD, loc. cit., 1982, p. 619.

² Celui-ci dispose que « *la loi détermine les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ».

³ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1982, p. 619. L'article 34 CF déclare que « *la loi détermine les principes fondamentaux....* ».

⁴ La notion de PGD conçue par le Conseil d'Etat remplit des fonctions essentielles en matière de droit du travail. Nous y reviendrons plus loin spécialement lors de l'analyse de la notion d'ordre public social (voir infra, n° 367).

⁵ Voir infra, n° 57.

2. La conception jurisprudentielle de la négociation collective comme principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 CF

31. Parmi ce *catalogue* de principes, le Conseil d'Etat a tout d'abord énoncé en 1970 que « *le droit de passer des accords (d'établissement) se rattache aux principes fondamentaux du droit du travail* »¹. Deux idées fortes se dégagent de cet avis. D'une part est établie la liberté du choix du niveau de négociation quel qu'en soit le thème². D'autre part, et c'est ce qui nous intéresse ici, est affirmée la compétence législative en matière de négociation collective et la limite de l'intervention réglementaire qui en découle. L'approche opérée par le Conseil d'Etat s'oriente ainsi vers le contrôle de la répartition de compétence issue de l'article 34 CF sans se référer au principe de participation issu du Préambule. L'autorité du droit à la négociation collective reste donc dans le champ légal.

La position adoptée par les juges constitutionnels est alors naturellement allée plus loin³. Dans une décision rendue en 1977, le Conseil constitutionnel énonce que « *l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre* »⁴.

Deux idées fortes se dégagent de cette formule. D'une part, comme le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel rappelle la compétence législative et parallèlement la limitation du Règlement pour mettre en œuvre les principes fondamentaux du droit du travail⁵ et donc du droit à la négociation collective⁶. Mais d'autre part, il se démarque de la position de la Haute Cour administrative en inscrivant l'intervention légale dans le

¹ Cons. Etat, 21 juill. 1970, *Dr. soc.*, 1971, p. 112, note J.C. VENEZIA ; G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey, 1978, p. 119.

² G. LYON-CAEN, loc. cit., 1978, p. 38.

³ De manière générale, malgré une jurisprudence peu abondante en matière de droit du travail, force est de constater que les décisions du Conseil constitutionnel ont favorisé le processus de constitutionnalisation du droit du travail (A. JEAMMAUD, « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA*, 1991, p. 612).

⁴ DC n° 77-83 du 20 juill. 1977, déjà citée et spécialement en matière de négociation collective, DC n° 89-257 du 25 juill. 1989, DC n° 93-328 du 16 déc. 1993, déjà citée.

⁵ Les juges constitutionnels ont opté pour une conception large, extensive du domaine de la loi. Citons par exemple en matière de règles relatives à la fixation du salaire et de ses accessoires, DC n° 63-5 du 11 juin 1963, *D.*, 1964, p. 109, note L. HAMON. Précisons toutefois qu'en matière de sécurité sociale, le règlement retrouve une place beaucoup plus importante, voir X. PRETOT, loc. cit., 1998, p. 156.

⁶ Le Professeur G. LYON-CAEN, estima que « *le principe que dégage le Conseil constitutionnel n'est pas celui du droit à la négociation collective, c'est celui de l'impossibilité pour le pouvoir réglementaire de porter atteinte à la libre négociation des salaires* » (loc. cit., 1978, p. 36).

respect du principe de participation. Alors que la répartition des compétences entre la loi et le règlement est teintée de neutralité quant à l'appréciation qualitative de l'intervention de la loi, le rattachement au principe de participation permet au Conseil constitutionnel de contrôler le contenu de l'intervention légale.

Les juges constitutionnels restent cependant lacunaires et évasifs, ce qui leur permet de garder une marge de manœuvre importante à l'heure d'apprécier la constitutionnalité des lois en matière de négociation collective. Parallèlement, cette attitude permet également au pouvoir législatif de disposer d'une grande liberté pour mettre en œuvre ces principes. La doctrine souligne que cette position libérale, conforme à l'esprit de la Constitution, « *constitue cependant une limite de premier ordre quant à la portée des droits sociaux* »¹.

Pour conclure, reprenant les propos synthétiques de M.L. MORIN, le droit à la négociation collective issu du principe de participation « *apparaît d'abord comme un droit des salariés opposable au pouvoir patronal. Mais comme droit constitutionnellement reconnu, il impose aussi à l'Etat d'en organiser l'exercice, c'est-à-dire de déterminer les conditions dans lesquelles les salariés peuvent participer à la détermination collective de leurs conditions de travail* »².

Conclusion SECTION I

32. L'approche constitutionnelle du droit à la négociation collective en France et en Espagne fait apparaître clairement des points de convergences et de divergences entre les deux systèmes.

En France, le droit à la négociation collective n'est pas reconnu en tant que tel par la Constitution et ne trouve qu'un appui constitutionnel indirect par son rattachement au principe de participation des travailleurs. Il s'inscrit donc dans une perspective unilatérale comme une limite aux pouvoirs patronaux. Au contraire, en Espagne, la reconnaissance explicite du droit à la négociation collective dans la Constitution convertit ce droit en une limitation de l'action de l'Etat qui doit permettre aux acteurs sociaux de déterminer eux-mêmes les conditions de travail. La négociation collective est donc configurée comme un droit reconnu aussi bien aux représentants des salariés qu'à

¹ X. PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.*, 1991, p. 195 ; G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.*, 1989, chron. XLV, p. 293.

² M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 81.

ceux des employeurs. Le caractère bilatéral du droit à la négociation collective marque alors la reconnaissance de l'autonomie collective des acteurs sociaux, en opposition avec la vision paternaliste adoptée en France qui le conçoit comme un droit protecteur des salariés face à leurs employeurs.

Les deux systèmes se rapprochent néanmoins sur un point important : il incombe à la loi de mettre en œuvre le droit à la négociation collective. C'est alors le rôle et les limites de l'intervention légale que nous nous proposons d'aborder dans la prochaine section.

SECTION II : Les rôles et limites de l'intervention légale

33. En Espagne, la Constitution prévoit expressément que la loi « *garantira le droit à la négociation collective* ». En France, le Conseil constitutionnel affirme qu'« *il revient au législateur* » de mettre en œuvre le principe de participation et consécutivement le droit à la négociation collective. Les droits français et espagnol sont de fait largement comparables quant à la prédominance de la loi dans la culture juridique. La majeure partie des dispositions relatives à la négociation collective sont alors regroupées, en Espagne, dans le statut des travailleurs (*Estatuto de los Trabajadores-ET*) et en France, dans le Code du Travail (CT) récemment recodifié¹.

La compétence de la loi n'est cependant pas illimitée. En effet, le rattachement constitutionnel du droit à la négociation collective fournit un cadre établissant des limites et prévoyant des mécanismes de contrôle.

Nous nous proposons donc d'aborder tout d'abord les termes dans lesquels la loi a traduit et défini le droit à la négociation collective avant d'apprécier les limites de son intervention.

¹ Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (voir la décision du Conseil constitutionnel n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008 ; D. LABETOULLE, « Le nouveau Code du travail devant le Conseil constitutionnel », *Actualité Juridique*, ed.dr. adm., 2008, n° 16, p. 851).

Le nouveau Code du travail est entré en vigueur le 1^{er} mai 2008.

Pour approfondir le sujet, voir les débats entourant cette recodification à droit constant : C. RADE, « Recodifier le Code du travail », *Dr. soc.*, 2006, p. 483 et « Le nouveau code du travail et la doctrine : l'art et la matière », *Dr. soc.*, 2007, p. 513 ; Ph. MASSON, « Simplifier, disaient-ils... (propos syndicaux sur la recodification du Code du travail) », *Dr. ouv.*, 2007, p. 409 ; J.D. COMBEXELLE et H. LANOUZIERE, « Les enjeux de la recodification du Code du Travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 517 ; T. GRUMBACH, « Le nouveau Code du travail dans le contexte de la contre réforme », *Dr. ouv.*, 2009, p. 165.

§ 1 : *La traduction légale du droit à la négociation collective*

34. Dans les deux systèmes, l'analyse du cadre constitutionnel dans lequel se situe le droit à la négociation collective nous a permis de constater qu'il incombe à la loi de le mettre en œuvre. Il convient donc de s'attacher aux conceptions légales du droit à la négociation dans les dispositifs français et espagnol.

Leur analyse conduit alors à prêter une attention particulière aux mécanismes institués afin de favoriser la réalisation du droit à la négociation. Leur configuration permettra alors de rendre compte de la traduction légale du droit à la négociation collective. On peut d'ores et déjà annoncer que le droit français a instauré des négociations obligatoires périodiques sur de nombreuses matières centrales. Le droit espagnol a récemment évoqué la nécessité de négocier certaines matières spécifiques directement connectées à des objectifs plus généraux qui transcendent la seule mise en œuvre du droit à la négociation collective. Néanmoins, l'intervention de la loi a traditionnellement consisté à établir un devoir de négocier plus général qui pèse, quel que soit le niveau de négociation, sur la partie réceptrice de la demande de négociation.

Considérant que l'obligation de négocier implique « *une imposition non-réciproque établie par la loi dont l'origine naît précisément de l'imposition de la loi et non d'une obligation contractée par les parties* » et que « *le devoir juridique consiste à la nécessité, conformément à la loi donnée, qu'un comportement déterminé s'adopte ou se réalise* »¹, le choix de l'un des deux termes n'est évidemment pas anodin. Force sera alors de constater que les obligations de négocier instaurées en droit français placent la partie patronale au centre du dispositif, alors que le devoir de négocier établi en Espagne peut peser sur la partie patronale mais également sur la partie salariée. Nous verrons par ailleurs que les dernières orientations légales ne remettent pas en cause cette logique.

Quoi qu'il en soit, ce devoir de négocier ou ces obligations de négocier sont limités par la liberté contractuelle des parties qui peuvent refuser de conclure un accord. Il s'agit en fait d'inciter et de favoriser la mise en route de négociation indépendamment d'un éventuel accord final. En marge de ces deux mécanismes qui constituent, sans nul doute, la manifestation la plus intense et illustrative de l'intervention légale en faveur de la négociation collective, la loi, dépassant la seule phase de l'initiative du processus de

¹ J. GARCÍA BLASCO, « El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el derecho español », *REDT*, 1981, n° 6, p. 209, note 72.

négociation, a également pris en compte, de manière plus qualitative, les modalités de négociation, la manière dont elles doivent être conduites. Cette immixtion de la loi dans la liberté contractuelle se justifie alors par le même objectif: promouvoir et favoriser la négociation collective¹. Elle se traduit par l'application du principe de bonne foi ou de loyauté dans la négociation qui permet de concilier la liberté contractuelle et la nécessaire promotion de la négociation collective². En ce domaine, une divergence importante entre les deux dispositifs apparaît à première vue³. En effet, l'article 89.1 al. 3 ET énonce un principe général selon lequel les parties doivent négocier « *sous le principe de bonne foi* ». En revanche, en droit français, aucun principe général n'est proclamé. La loi envisage alors de manière ponctuelle l'exigence de loyauté dans la négociation, notamment lors des procédures de négociations obligatoires. Malgré des postulats légaux distincts, les deux dispositifs se voient néanmoins confrontés aux mêmes difficultés. Comme l'a parfaitement souligné le Professeur RAMÍREZ, la distinction entre « *une négociation dure et une négociation de mauvaise foi* » s'avère une opération complexe⁴. Afin d'aborder cette matière dans laquelle aucune solution certaine ne peut être avancée, il est opportun de distinguer la double dimension de la bonne foi et de la loyauté: une dimension subjective qui vise à prendre en compte la volonté des parties et une dimension objective qui envisage leur comportement à l'aune de la finalité du processus de négociation, la conclusion d'un accord. Cette distinction permet alors de mettre en exergue que seule la dimension objective de la bonne foi permet à la loi et surtout aux juges de garantir l'exercice du droit à la négociation collective. Néanmoins, une conclusion s'imposera. La portée de leur intervention reste réduite dans une matière profondément révélatrice de la nature contractuelle de la convention collective.

¹ Ce qui traduit également la reconnaissance de la figure conventionnelle comme instrument privilégié de détermination des conditions de travail.

² Nous reviendrons plus loin sur la distinction en les notions de loyauté et de bonne foi. A effet de notre développement, il peut cependant être considéré qu'elles remplissent les mêmes fonctions.

³ Précisons néanmoins que la loyauté ou la bonne foi dans la négociation constitue dans tous les cas une condition de validité de l'accord directement connectée à sa nature contractuelle. Dès lors, la théorie des vices du consentement peut s'appliquer (M.L MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes: validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc.*, 2008, p. 29 ; F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats de travail, Traité des contrats*, Paris, LGDJ, 2001, p. 469 ; E. SÁNCHEZ TORRES, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, Madrid, CES, 1999, p. 339).

⁴ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 70.

A. La promulgation du Statut des Travailleurs et la reconnaissance explicite de la négociation collective comme manifestation de l'autonomie collective

35. Conformément à la prévision de l'article 35 CE, le Statut des Travailleurs (ET) est élaboré en 1980¹. Entré en vigueur au « *moment le plus décisif du complexe et dilaté processus de reconstruction d'un système démocratique de négociation collective* »², l'ET se conçoit comme un instrument « *au service de l'Etat Social de Droit, de l'égalité réelle entre citoyens* » et vise à « *créer un cadre économique raisonnable mais, à la fois, suffisamment protecteur pour le contractant faible, le travailleur* »³.

Son Titre III s'intitule « *de la négociation collective et des conventions collectives* »⁴ et offre le cadre légal régulant le processus d'élaboration et d'application de la convention collective⁵. De manière générale, ce dispositif légal remplit le mandat

¹ L'article 35 CE prévoyait que « *la loi régulera un statut des travailleurs* »..

² F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1990-I, p. 269.

³ C.L. ALFONSO MELLADO, « *Prólogo* », in *Los 25 años del ET*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

L'ET se compose de 92 articles, 18 dispositions additionnelles, 12 dispositions transitoires et 5 dispositions finales. Il est divisé en trois titres : le premier est relatif au contrat de travail et aux relations individuelles. Il comporte la reconnaissance des droits fondamentaux des citoyens dans le cadre des relations de travail. Le titre II se réfère aux modalités de représentation et de participation des travailleurs dans l'entreprise.

⁴ La doctrine espagnole souligna que « *dans une appréciation globale, il s'agit probablement d'une régulation plus obscure et sujette à davantage de problèmes interprétatifs que celles des titres antérieurs de l'ET* » (A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MÚRCIA, *Derecho del Trabajo*, 18^e ed., Madrid, Tecnos, 2009, p. 164). Notons également que le Titre III ET reprend l'essentiel des principes établis dans l'Accord Basique Interconfédéral signé en 1979 par une organisation patronale (CEOE) et une organisation syndicale (UGT) constituant ainsi la première expérience de législation négociée (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1990, p. 271).

⁵ L'ET ne se réfère qu'aux salariés du secteur privé.

Dans le secteur public, la négociation collective des fonctionnaires publics est intimement liée à la reconnaissance de la liberté syndicale. Basiquement, la jurisprudence constitutionnelle reconnaît sur le fondement de l'article 28.1 CE aux fonctionnaires la liberté syndicale et refuse de leur appliquer l'article 37.1 CE. A partir de ces deux considérations, dans le modèle constitutionnel, les fonctionnaires ont la liberté de négocier puisque celle-ci intègre le contenu essentiel de la liberté syndicale (pour approfondir, voir infra, n° 53), sans préjudice de l'article 103.3 CE qui prévoit la faculté de la loi de prendre en compte « *les particularités de son exercice pour les fonctionnaires publics* ». L'inapplication de l'article 37.1 CE écarte néanmoins la garantie institutionnelle d'un système de négociation et ne soumet pas le législateur à l'obligation de le garantir. En droit positif, la loi 7/2007 du 12 avril du Statut Basique de l'employé public reconnaît le droit individuel des employés publics « *à la négociation collective et à la participation dans la détermination des conditions de travail* » tout en distinguant les procédures de négociation des fonctionnaires et des salariés de droit privé travaillant dans une administration publique. Sa spécificité réside dans l'instauration de certains mécanismes permettant une négociation commune sur certaines matières. Pour une analyse complète de ce thème, nous renvoyons à l'ouvrage de R. ROQUETA BUJ, *El derecho de la negociación colectiva en el estatuto básico del empleado público*, Madrid, La Ley, 2007.

Quant aux travailleurs indépendants (*autónomos* en espagnol), l'option législative a consisté à élaborer un système particulier de négociation collective prêtant une attention particulière *au travailleur autonome économiquement dépendant*. Voir le Statut du Travail Autonome (Loi 20/2007 du 11 juill.). Pour une étude globale, *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Dir. J. CRUZ VILLALÓN et F. VALDÉS DAL-RÉ, Madrid, La Ley, 2008 et J.M^a. GOERLICH PESET, A. PEDRAJAS MORENO, T. SALA FRANCO,

constitutionnel et vise à promouvoir la négociation collective comme manifestation de l'autonomie collective. Dans ce cadre, l'instauration d'un devoir de négocier constitue une mesure compréhensible et en phase avec la conception de la négociation collective.

1. Le caractère bidirectionnel du droit à la négociation collective

36. Le premier article du dispositif législatif relatif à la négociation collective et aux conventions collectives, en l'occurrence l'article 82.1 ET, énonce que « *les conventions collectives, comme résultat de la négociation effectuée par les représentants des travailleurs et des employeurs, constituent l'expression de l'accord librement adopté par eux en vertu de leur autonomie collective* ».

Ce précepte, conformément à l'article 37.1 CE, reconnaît de manière explicite l'autonomie collective des acteurs sociaux et fait référence aux représentants des employeurs et des salariés comme acteurs du processus de négociation. Dès lors, le caractère bidirectionnel du droit à la négociation collective reconnu dans la Constitution se retrouve dans l'ET qui, se référant explicitement à l'autonomie collective, envisage la rencontre entre les représentants des antagonismes de la relation de travail. Cette large reconnaissance fait cependant l'objet d'une régulation précise permettant d'identifier, à l'intérieur des possibles représentants, ceux qui pourront négocier et conclure une convention dotée d'effets juridique et personnel spécifiques¹.

Le Tribunal Constitutionnel affirme de plus que l'article 37.1 CE dépasse « *la simple idée de liberté de négociation comme sphère libre d'ingérence des pouvoirs publics* » exigeant de la loi « *un rôle actif dans la concrétisation et le développement du droit* »². Dans ce cadre, l'établissement d'un devoir de négociation répond à la fonction de promotion de la négociation que la Constitution attribue à la loi³.

Trabajo autónomo: nueva regulación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Spécialement quant à l'*accord d'intérêt professionnel*, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, «La regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes », *AL*, 2009, n° 3, p. 261; N. SIRVENT HERNÁNDEZ, « Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes », *RGDTSS*, 2007, n° 15; J. GARCÍA MURCIA, « Los derechos colectivos del trabajador autónomo », *AL*, 2009, n° 9, p. 1015.

¹ Voir infra, n° 99 s.

² STC 73/1984 du 27 juin.

³ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1990, p. 269. Comme le souligne la doctrine, l'impossibilité de fonder l'existence d'un devoir de négocier directement sur la Constitution n'empêche pas de considérer « *son imposition comme opportune pour le législateur* » (J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 45-50 et M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1992-I, p. 50).

2. L'instauration d'un devoir de négocier à la charge de la partie réceptrice de la demande de négociation

37. Aux termes de l'article 89.1 al. 2, « *la partie réceptrice de la communication pourra refuser de commencer les négociations uniquement pour cause légale ou conventionnelle établie, ou quand il ne s'agit pas de réviser une convention arrivée à expiration¹, sans préjudice des dispositions des articles 83 et 84, [...]*². Les commentaires immédiats à l'élaboration de l'article, affirmaient que « *la propre rédaction de la norme ne donne lieu à aucun doute pour affirmer que l'article 89 impose, reconnaît et exige en principe un devoir de négocier pour les parties* »³.

La rédaction confuse de cet article a néanmoins soulevé de nombreuses difficultés et a engendré une controverse importante quant à son interprétation. Afin d'apporter des éléments de réponses, il conviendra d'aborder d'une part, le contenu de ce devoir et, d'autre part, ses limitations.

Deux considérations préalables doivent cependant être formulées. D'une part, conformément au caractère bidirectionnel du droit à la négociation collective, le devoir de négocier vise la « *partie réceptrice de la communication* »⁴. Le devoir de négocier peut donc aussi bien viser la représentation des salariés que la représentation patronale

¹ En espagnol, « *un convenio ya vencido* ». Admettons que l'expression « *el convenio ya vencido* » corresponde à la convention qui est arrivée à expiration, c'est-à-dire au terme initialement fixé par ses signataires, sans préjudice des effets juridiques que celle-ci peut continuer de déployer (voir infra, n° 573 s.).

² Cet article est inapplicable à une procédure de négociation extrastatutaire (STS du 28 mars 1994, Ar/2644 et du 30 sept. 1999, Ar/8395; I. RODRÍGUEZ CARDO, *La comisión negociadora del convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 106).

³ J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1981, p.206; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, *La intervención de la Autoridad laboral en materia de convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, IES, 1981, p.8.

Notons toutefois qu'un devoir de négocier est également établi dans certaines hypothèses. On le retrouve ainsi lors du processus encadrant la mise en oeuvre des décisions patronales dans diverses matières (art. 40, 41,47 et 51 ET, voir infra, n° 772). La doctrine évoque ainsi un devoir de négocier « *particulier* » (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 198 et M. CUENCA ALARCÓN, « *La modificación colectiva de las condiciones de trabajo* », *RL*, 2000-I, p. 859), lors d'un processus de transmission d'entreprise (art. 44.9 ET ; J. MARTÍNEZ RIAZA et M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, « *Sobre el deber de negociar el régimen de condiciones de trabajo aplicable a los trabajadores tras un proceso de subrogación empresarial* », *RDS*, 2001, n° 13, p. 193), lors du déclenchement d'une grève (l'article 8.2 RDLRT de 1977 prévoit dans ce sens que « *dés le moment du préavis et durant la grève, le comité de grève et l'employeur et, à défaut, les représentants désignés par les différents comités de grève et les représentants des employeurs affectés, devront négocier pour arriver à un accord sans préjudice qu'à n'importe quel moment les travailleurs puissent donner pour terminer leur mouvement* » (pour approfondir, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 210).

⁴ Le devoir de négocier présuppose donc l'existence d'une communication qui renvoie à la demande de négociation prévue à l'alinéa 1 de ce même article. Notons également qu'aucune distinction n'est opérée quant au niveau à laquelle la demande a été formulée.

réceptrice de la demande de négociation¹. D'autre part, dans le prolongement de cette idée, les différentes réformes de l'article 85 ET relatif au contenu de la convention collective impliquent désormais que certaines matières ou aspects des relations de travail soient objets de négociation, aboutissant dans certains cas à de véritables obligations². Là encore, il ne s'agit pas d'obliger une partie à négocier mais plutôt à inciter fortement les parties à la négociation à aborder des aspects déterminés, importants aux yeux de la loi.

a) Le contenu du devoir de négocier

38. Afin d'aborder le contenu du devoir de négocier, il est nécessaire d'élargir le cadre d'analyse et de prendre en compte, bien que brièvement, les conditions de mise en route d'un processus de négociation.

Le premier pas consiste pour une partie à formaliser une demande d'ouverture de négociation au travers d'un écrit remis à l'autre partie³. A partir de cette demande, la partie réceptrice de la demande de négociation dispose, aux termes de l'article 89.2 al.1 ET, d'un mois pour y répondre. Il peut alors être avancé que le devoir de négocier intervient alors à ce moment du processus de négociation⁴. Néanmoins, deux aspects à prendre en compte complexifient fortement son analyse. D'une part, durant ce même délai, la loi prévoit que la commission de négociation doit se constituer⁵. Préalablement

¹ E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 69; J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1981, p. 215.

² Deux matières peuvent être distinguées : la promotion de l'égalité effective entre les femmes et les hommes qui peut donner lieu à une véritable obligation de négocier. Aux termes de l'article 85.1 al. 2 ET, « sans préjudice de la liberté des parties pour déterminer le contenu des conventions collectives, dans leur négociation, existera dans tous les cas, le devoir de négocier des mesures dirigées à promouvoir l'égalité de traitement et d'opportunités entre les femmes et les hommes dans les relations de travail, et, le cas échéant des plans d'égalité avec la portée et le contenu prévu dans le Chapitre III du Titre IV de la Loi Organique pour l'égalité effective des femmes et des hommes » (Loi Organique 3/2007 du 22 mars ; pour approfondir, voir par exemple, F. VALDÉS DAL-RE, *Igualdad de Género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Reus, 2010, p. 74 s.).

La prévision de mécanismes extrajudiciaires de résolution des conflits comme contenu minimum des conventions collectives. L'article 85.3 ET dans la rédaction issue de la réforme de 2012 énonce que « [...], les conventions collectives devront exprimer comme contenu minimum : c) des procédures pour résoudre de manière effective les désaccords qui pourront surgir pour la non-application des conditions de travail à laquelle se réfère l'article 82.3, [...] » (pour approfondir, voir infra, n° 356, 615, 777).

³ Art. 89.1 al.1 ET. Cet écrit répond à plusieurs exigences que nous aborderons plus loin. Notons par ailleurs que désormais, cette communication doit être envoyée simultanément avec la dénonciation (voir infra n° 590).

⁴ Le devoir de négocier est virtuel durant cette période d'un mois ; sa matérialisation n'intervient, en fait, que par sa violation que représente l'absence de réponse dans ce délai.

⁵ Art. 89.2 al. 1 ET : « Dans le délai d'un mois à partir de la réception de la communication, se réalisera la constitution de la commission de négociation » (voir également STS du 18 janv. 1993, Ar/94). La commission de négociation, spécificité et originalité du dispositif espagnol, est l'organe chargé de la

à la négociation sur le fond, apparaît ainsi une procédure de négociation dont la finalité est la constitution de la commission de négociation¹. L'article. 89.1 al. 2 ET se réfère laconiquement au commencement des négociations². Au regard du rythme du processus de négociation, les négociations peuvent alors être considérées commencées lorsque la partie réceptrice a répondu à la demande de négociation, lorsque les parties discutent la composition de la commission de négociation ou lorsque la commission de négociation constituée négocie, sur le fond, c'est-à-dire, sur les conditions de travail³.

D'autre part, la deuxième difficulté se réfère à la proclamation du principe de bonne foi qui irrigue l'ensemble du processus de négociation⁴. Il s'agit alors de définir leur domaine d'action respectif.

Un large consensus a admis que le devoir de négocier ne peut se restreindre à la seule réponse à la demande de négociation⁵. Les contours du devoir de négocier se dessinent donc au moment de la négociation relative à la constitution de la commission de négociation. Peut-il s'étendre au commencement des négociations sur le fond.

négociation en tant que telle et de la conclusion de l'accord (voir infra, n° 244). La jurisprudence a cependant considéré que la constitution de la commission en dehors de ce délai ne constituait pas un motif d'annulation des actes de celle-ci (STS du 27 sept. 1997, Ar/8081. Pour la doctrine, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 268). Dès lors, il est possible de considérer que ce délai vise fondamentalement à encadrer la réponse à la demande de négociation (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, op. cit. 1981, p.10).

¹ F.R. LACOMBA PÉREZ, *La negociación del convenio colectivo estatutario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 26.

² Dans ce sens, le TCT affirme que « le devoir de négocier qu'établit l'article 89 se réfère seulement au commencement des délibérations » (STCT du 28 mars 1985, AL, marg. 730, p. 1452).

³ Notons que la réforme de 2011 avait porté une attention spécifique aux rythmes de la négociation en cas de dénonciation qui devait, sauf accord contraire, commencer dans un délai de 15 jours à partir de la constitution de la commission et se terminer dans un délai de 8 ou 14 mois selon la durée de la convention antérieurement applicable (art. 85.3 e) et f) ET et article 89.2 ET). Pour approfondir, voir infra, n° 590.

⁴ Aux termes de l'article 89.1 al. 3 ET, « les deux parties sont obligées de négocier sous le principe de la bonne foi ». La doctrine souligne que « le devoir de négocier de bonne foi englobe tout le processus de négociation, depuis les actes préparatoires à la proposition et la constitution de la table de négociation, en passant par la phase de discussion » (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 113) et qu'il permet d'appréhender « tout comportement des négociateurs durant la préparation de la négociation, son déroulement et au moment d'appliquer la convention » (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 26).

En amont, cette référence directe au principe de bonne foi s'inscrit dans le prolongement du principe général de bonne foi proclamé en droit civil (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 92). Il se retrouve également en matière de relations de travail individuelles (art. 5 a) et 20.2 ET ; J. GARCÍA VIÑA, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, CES, 2001; J.F. ESCUDERO, J. FROGOLA, T. CORBELLÀ, *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1996). Comme le devoir de négocier et conformément à la dimension bidirectionnelle du droit à la négociation collective, les deux parties sont soumises au principe de bonne foi. Les juges ont pu considérer que le devoir de négocier de bonne foi n'est pas respecté lorsqu'un syndicat ne signe pas une convention négociée continuellement dans l'optique d'une signature (STS du 3 fev. 1998, Ar/1428. Pour approfondir, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 172 s.; J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 1995, p. 389).

⁵ Le devoir de négocier ne se limite pas à la seule réponse à la demande de négocier mais appelle « l'adoption des mesures opportunes pour que la négociation se fasse réalité » (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, op. cit., 1981, p. 9).

Pour certains auteurs, le devoir de négocier doit être considéré comme accompli lorsque les parties à la négociation se rencontrent afin de s'accorder sur la composition de la commission de négociation¹. Il vise ainsi à contraindre les parties à « *s'asseoir autour de la table* »². Si ces premières négociations n'aboutissent pas³, le devoir de négocier étant rempli, il doit être invoqué l'exigence de bonne foi⁴. Néanmoins, un courant doctrinal⁵ et les acteurs sociaux⁶ tendent à adopter une position distincte qui aboutit à diluer les frontières de ces deux dispositions. Incontestablement, ces deux règles sont intimement liées. Le principe de bonne foi irrigue l'ensemble du processus de négociation et le devoir de négocier implique une prédisposition à la négociation.

Nous adhérons toutefois à la première interprétation doctrinale qui s'inscrit dans l'idée selon laquelle le devoir de négocier et la bonne foi sont deux dispositions autonomes qui s'appliquent dans des cadres distincts. D'un point de vue systématique,

¹ A fortiori, si la commission est constituée, le devoir de négocier est respecté.

Il convient d'admettre que les négociations sont commencées « quand, suite à la réponse affirmative, claire et manifeste à la proposition de négociation, a commencé matériellement le dialogue avec celui qui les a promues, c'est-à-dire quand se sont réalisées les premières réunions formelles » (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 28).

² A. MUGA ROBLEDO, « El deber de negociar colectivamente. Supuestos de cambio de unidad de negociación », *RL*, 1992-II, p. 1232.

³ Une partie ne pouvant imposer de forme unilatérale une unité de négociation (STS 10 avril 2002, Ar/5321; M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La estructura de la negociación colectiva*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 54-83 ; F. VALDÉS DAL-RÉ, « Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva », *RPS*, 1983, n° 137, p. 401), le désaccord sur le cadre de la négociation peut par exemple bloquer la négociation (J. GARCÍA BLASCO, « Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo », *AL*, 1988-II, p. 2230). Nous reviendrons sur cette question lorsque nous aborderons les causes d'exonération du devoir de négocier (voir infra, n° 39).

⁴ Lorsqu'est formulée la demande de négociation, ou bien, la partie réceptrice se refuse directement à s'asseoir autour de la table, ou bien, participant à la première réunion, elle ne démontre aucune volonté pour faciliter la constitution de la commission. Si la première attitude rentre dans le cadre du devoir légal de négocier, la deuxième correspond certainement à un comportement contraire au principe de bonne foi qui peut être sanctionné sur la base de l'article 89.1 al. 3 ET (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 22).

⁵ Traditionnellement, le devoir de négocier était envisagé de forme unitaire ce qui conduisait à identifier le devoir de négocier au devoir de négocier de bonne foi. La jurisprudence souligna que le devoir de négocier constituait une expression dérivée du principe de bonne foi contractuelle (STCT 19 juin 1987, Ar/14716). Pour J. GARCÍA BLASCO, « *le devoir de négocier doit s'exécuter sous la couverture de l'exigence de bonne foi* » (op. cit., 1981, p.210; loc. cit., 1988, p. 2224; voir également, M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, « La tramitación del convenio colectivo (en torno al artículo 89) », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1568; I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 120). F.R. LACOMBA PÉREZ affirme également que « *le devoir de négocier exige de s'asseoir à négocier non seulement physiquement mais avec une véritable disposition pour le débat afin de s'accorder sur les aspects numériques et personnel de la commission de négociation, sans employer de stratégies contraires à la bonne foi qui empêchent ou rendent illégitime l'accord* » (op. cit., p. 29).

⁶ Ils délimitent un domaine au devoir de négocier qui dépasse la seule initiative des négociations. Par conséquent, ce devoir implique l'appréciation d'une prédisposition au développement des négociations sur le fond (Acuerdo Interconfederal sobre la Negociación Colectiva conclu le 3 juin 1997-AINC-97, pour approfondir sur cet accord, voir infra, n° 676, 728). Dispositions reprise dans les Accords et prorogations de 2002, 2003, 2007. Les deniers grands accords n'ont pas prêté une attention particulière à la matière (Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 et 2012). Sur ces accords, voir infra, n° 397, 448, 676, 728.

cette interprétation permet d'une part, de déterminer sur quel texte une partie doit se fonder pour garantir son droit à la négociation collective, et les cadres d'application respectifs du principe général de bonne foi et du devoir de négocier¹. D'autre part, elle permet de renforcer le devoir légal de négocier en éliminant toute appréciation subjective du comportement de la partie réceptrice inhérent à l'appréciation de la bonne foi. Les carences du dispositif légal pour appréhender les comportements contraires à la bonne foi² et, notamment en matière d'accès aux informations, constitue une question distincte soumis à une logique contractuelle qui limite structurellement la portée du devoir de négocier et de la bonne foi³.

¹ Reprenant les propos de E. SÁNCHEZ TORRES, « *le devoir de négocier et le devoir de négocier de bonne foi sont des devoirs juridiques qui, avec un objet et une cause différente, comprennent des cadres distincts, bien que concurrents et connexes, de manière à ce que l'accomplissement formel du premier donne lieu à sa conversion à travers de l'exigibilité du second* » (op. cit., 1999, p. 52-98).

² Le droit espagnol adopte une démarche volontariste qui consiste à apprécier « *une prédisposition pour la négociation, un effort sincère pour arriver à un accord* » (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2280). Les juges ont ainsi prêté attention à l'« *essai sérieux et réel d'arriver à un accord* » (STSJ de la Rioja du 30 nov. 1993, AS/4725), « *à la loyauté pour obtenir un accord* » (SAN 5 juill. 1994, AS/4641). Les difficultés pour apprécier de manière objective et décontextualisée certains agissements contraires à la bonne foi, pour détecter l'absence de volonté de conclure un accord, résulte toutefois patentes. Dans ce cadre, une appréciation « relative » de la bonne foi est retenue (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 105). Les juges et la doctrine ont ainsi identifié généralement le contenu de la bonne foi a posteriori, en stigmatisant dans un cadre donné, les comportements qui y sont contraires (M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, loc. cit., 2000, p. 1572). Reprenant les propos du Professeur GARCÍA BLASCO, « *la bonne foi, plus que se définir, se vérifie ou se constate dans chaque supposé* » (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2280).

Deux aspects doivent être soulignés : d'une part, l'influence du droit américain est palpable et, d'autre part, les acteurs sociaux ont défini un cadre de référence au devoir de négocier de bonne foi. L'AINC-07 prévoit notamment plusieurs recommandations adressées aux parties à la négociation et constitue « *une règle interprétative* » du principe de bonne foi (M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, loc. cit., 2000, p. 1570 et AINC-07, Chap. IX et les différents AINC conclus à partir de 1997). Cet accord reste néanmoins une simple déclaration de bonnes intentions à la vue de la faible force juridique de l'accord. Il oblige uniquement les signataires de l'accord (pour approfondir, J.M^a GOERLICH PESET, « *El acuerdo Interconfederal sobre Negociación colectiva* », in *La reforma laboral de 1997*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 103).

³ Aucune disposition légale ne régle la question de l'accès à l'information en matière de négociation de conventions collectives (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 128). Très tôt, la jurisprudence avait portant relevé que certaines informations « *peuvent être fondamentales pour la conformation de la plateforme revendicatrice des travailleurs dans l'aspect salarial* » (STCT du 5 juin 1986, Ar/5306). Afin de fonder et d'encadrer cette question, la doctrine a traditionnellement soutenu que le devoir d'information se rattachait à la bonne foi (« *le droit d'information est envisagé comme un présupposé nécessaire et un contenu intégré, intransèque au droit de la négociation et au devoir de négocier de bonne foi* » (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2281 ; voir également, J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, p. 120 pour qu'il s'agit « *d'une manifestation qualifiée du principe de bonne foi dans la négociation* » ; J. CABEZA PEREIRO, op. cit., p. 243. Pour la jurisprudence, voir STCT du 5 juin 1986, Ar/5306, selon laquelle la transmission d'informations est « *une conséquence du principe de bonne foi* »). Au milieu des années 90, un autre secteur doctrinal a néanmoins estimé que le droit d'informations est autonome et s'inscrit dans l'application de la théorie des pouvoirs implicites d'informations des représentants du personnel par rapport à leurs fonctions, en l'espèce, la négociation collective. Dès lors, il se fonde directement sur l'article 37.1 ET qui convertit l'accès à l'information en un moyen de garantir le droit à la négociation collective (pour approfondir, E. GARRIDO PÉREZ, *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, CES, 1995, p. 209, 261,

b) Les limitations du devoir de négociateur

39. Le devoir de négociateur prévu à l'article 89.1 al. 2 ET souffre d'une double limitation. D'une part, son application n'est pas générale et automatique. En effet, la loi prévoit une série de causes permettant à la partie réceptrice de la demande de négociation de s'exonérer du devoir de négociateur et donc de refuser, légitimement, de commencer le processus de négociation. D'autre part, quand bien même le devoir de négociateur doit être respecté, les mécanismes de sanctions à son manquement sont extrêmement limités et ne peuvent garantir la mise en œuvre effective du processus de négociation.

40. En ce qui concerne les causes d'exonération du devoir de négociateur, l'article 89.1 al. 2 ET dispense la partie réceptrice de négociateur « *pour cause légale ou conventionnelle établie, ou quand il ne s'agit pas de réviser une convention arrivée à expiration, sans préjudice des dispositions des articles 83 et 84* »¹. L'analyse de ces causes permet alors d'envisager la portée du devoir de négociateur¹.

286. Dans le même sens, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 126 pour qui le moyen de lier le devoir d'information en matière de négociation collective avec le devoir de bonne foi réside dans les conditions dans lesquelles sont effectivement transmises les informations.

Dans tous les cas, le devoir d'information présente un caractère réciproque, bien qu'imparfait, et vise l'employeur mais également les représentants des salariés (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2282. Ce devoir réciproque « *imparfait dans le sens où, normalement, il affectera dans une plus grande mesure l'employeur* » (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 124).

En ce qui concerne le contenu des informations à transmettre, il importe de souligner qu'une assimilation pure et simple aux dispositions relatives aux informations transmises au comité d'entreprise doit être rejetée (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2281 pour qui les informations en matière de négociation collective viennent compléter celles transmises au comité ; pour E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 123, il s'agit d'une « *requête clairement différenciée de la prévision que les articles 64 ET et 10.3 LOLS* »). Dès lors le devoir d'information en matière de négociation collective doit consister à la fourniture d'informations relatives aux matières objets de la négociation (E. GARRIDO PÉREZ, op. cit., p. 272 s.). Dans ce sens, les juges ont affirmé que « *le contenu de l'information destinée à la partie salariale est exigé par le contenu même de la négociation* » (SAN du 18 avril 1997, Ar/2391).

Enfin, il semble difficile de lier la fourniture d'informations au devoir de négociateur. La transmission d'informations n'est pas nécessaire lors de la négociation relative à la commission de négociation et dépasse donc le domaine du devoir de négociateur.

¹ Aux termes de l'article 89.1 al. 2 ET, la demande de négociation doit faire l'objet « *dans tous les cas* », d'une réponse écrite et motivée. Ce formalisme légal est cependant apprécié largement. Plusieurs auteurs ont en effet souligné que la réponse écrite et motivée n'est pas nécessaire lorsque la partie réceptrice accepte l'ouverture des négociations. Seule l'hypothèse d'un refus de négociateur exige le respect de ces exigences (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 246; J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1981, p. 213). Dans le même sens, il n'est pas recevable de justifier l'absence de réponse à la demande de négociateur par l'affirmation postérieure de l'existence d'une cause éteignant l'obligation de négociateur (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, op. cit., 1981, p.10). Pour un autre secteur doctrinal, considérant l'obligation de réponse comme une obligation de « *qualité inférieure* » à l'obligation de négociateur, l'existence de causes éteignant l'obligation de négociateur entraînerait la disparition de ladite obligation de forme directe et absolue sans

Premièrement, la cause légale renvoie essentiellement aux conditions de forme et de fond qui encadrent la demande de négociation². Tout d'abord quant aux conditions de forme, celles-ci se réfèrent à l'exigence de formuler à l'autre partie³ la demande de négociation par écrit détaillant la légitimation de ses promoteurs, les champs d'application de la convention et les matières objets de négociations et de transmettre une copie pour enregistrement à l'autorité administrative du travail compétente en raison du champ territorial de la convention⁴. Ensuite, quant aux conditions de fond, la partie réceptrice peut refuser de commencer les négociations si les exigences en matière de capacité⁵ et de légitimation ne sont pas remplies⁶ ou si les matières proposées ne s'accordent pas à l'objet de la négociation ou violent les règles de répartition entre conventions de niveaux différents⁷.

Deuxièmement, la cause conventionnelle fait ici référence aux dispositions prévues par les parties de la convention antérieurement négociée. Deux remarques

nécessiter de réponse à la demande de négocier dans les délais et formes établis (P. RABANAL CARBAJO, « Artículo 89. Tramitación », in *Comentarios a las leyes laborales, Tomo XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Ed. Revista de derecho privado, 2001, p. 273). Selon nous, les causes visées à l'article 89.1 al. 2 ET justifient le refus d'initier la négociation et non pas l'indifférence devant la volonté de négocier d'une autre partie. Dans un autre ordre d'idée, cette réponse permet à la partie à l'initiative de la demande de négociation de connaître les motifs invoqués et de pouvoir, le cas échéant, les contester.

¹ Le Professeur RAMÍREZ souligne dans ce sens que « *la problématique posée par la reconnaissance du devoir de négocier se confond, en grande mesure, avec l'analyse de ses exceptions* » (loc. cit., 1994, p. 52).

² Le TS affirme dans ce sens qu'il n'y a pas de cause légale lorsque la légitimation des négociateurs et les formalités de la demande de négociation ne sont pas questionnées (STS du 3 mai 2000, Ar/4258).

³ L'envoi de la communication à une seule organisation représentant l'autre partie est suffisante (voir SAN du 1^{er} juin 1998, AS/2606 relatif à une convention au niveau du groupe).

⁴ Il convient de préciser que la jurisprudence du TS a estimé que l'absence de transmission « *n'affecte pas l'essence du processus de négociation* » et ne peut donc aboutir à l'annulation de la convention conclue (STS du 14 fév. 1996, Ar/1017).

⁵ Au niveau de l'entreprise, si la décision émane du comité d'entreprise et ne respecte pas les conditions d'adoptions des décisions dans cette organe (prise par une minorité de membres), l'employeur peut refuser de négocier (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 33).

⁶ Il ressort de l'article 89.1 al. 1 ET que « *la représentation des travailleurs, ou des employeurs* » doit préciser dans sa demande de négociation, sa légitimation conformément aux articles 87 et 88 ET. Ces articles distinguent la légitimation initiale qui permet d'accéder à la négociation de la convention et la légitimation pleine qui permet la mise en oeuvre effective d'un processus de négociation. Nous reviendrons en détail sur cette notion de légitimation plus loin dans le travail (voir infra, n° 95). Admettons, que la mise en route du devoir de négocier est conditionnée au respect des exigences prévues dans ces deux articles (dans ce sens, voir STS 5 oct. 1995, Ar/8667 et STS 22 nov. 2005, Ar/26/2004 ; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 43. Contre, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 247). Dans tous les cas, la mise en oeuvre du devoir de négocier est une question distincte aux problématiques relatives à la structure de la négociation et à la liberté de négocier aux différents niveaux (voir infra, n° 665, 724).

⁷ J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2227. Précisons de plus, que la loi et les conventions collectives peuvent prévoir que certaines matières sont indisponibles pour la négociation à certains niveaux. Un auteur estime cependant que le caractère illégal de certaines matières n'implique pas automatiquement la disparition du devoir de négocier qui sera maintenu pour les matières légales (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 249).

générales doivent être formulées¹. D'une part, ces dispositions visent généralement à aménager la mise en œuvre du devoir de négocier afin de fluidifier la succession des conventions dans le cadre considéré² ou à prendre en compte les conséquences d'une clause d'indivisibilité de la convention qui, en cas d'annulation partielle de la part des juges ou d'entrée en vigueur d'une loi qui affecte l'équilibre de la convention, conduit les parties à renégocier³. D'autre part, ces clauses appartiennent au contenu obligatoire de la convention et ne peuvent donc être invoquées lorsque la dénonciation de la convention est effective⁴.

La dernière hypothèse prévoit que le devoir de négocier ne joue pas quand « *s'il ne s'agit pas de réviser une convention arrivée à expiration, sans préjudice des dispositions des articles 83 et 84* ». Cette disposition dont la rédaction est à maints égards critiquable, a tout d'abord fait l'objet d'une controverse importante relative au domaine d'application du devoir de négocier. Pour certains auteurs, le devoir de négocier joue uniquement lorsque dans un cadre donné, une convention arrive à son terme initial et qu'une demande de négociation est formulée dans ce même cadre afin de procéder à sa révision ou à son renouvellement⁵. Selon cette interprétation restrictive, le devoir de négocier vise donc fondamentalement à stabiliser l'unité de négociation⁶ et la

¹ La doctrine souligne qu'une analyse approfondie de ces dispositions doit s'effectuer dans « *chaque cas concret* » (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 30).

² Dans ce sens, il n'est pas rare de rencontrer des conventions prévoyant le début de négociation durant le dernier trimestre d'application de la convention en vigueur (entre la dénonciation et l'arrivée du terme final de la convention), élargissant ainsi le domaine d'application initial du devoir de négocier (pour approfondir, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 285).

³ Pour approfondir, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 290; *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Dir. I. ALBIOL MONTESINOS, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 49; STS 22 sept. 1998, Ar/7576.

⁴ Nous adhérons toutefois aux propos du Professeur RAMÍREZ qui estime qu'il serait opportun de considérer que ces clauses continuent de s'appliquer postérieurement à la dénonciation (J.M. MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 58). Pour approfondir sur la dénonciation et sur la distinction entre contenu obligatoire et contenu normatif de la convention, voir infra, n° 611.

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 439 qui estime que le devoir de négocier s'applique uniquement dans les hypothèses de révision d'une convention et « *requiert l'existence préalable d'une relation juridico-collective déjà constituée* ». L'auteur évoque cependant la faculté des accords-cadre pour établir un devoir de négocier visant à une remodelation de la structure de la négociation. Voir également, C. SÁEZ LARA, « Limitación al deber de negociar en los supuestos de cambio de unidad negocial », *RL*, 1993-I, p. 275; F. DURÁN LÓPEZ, « La sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación », *REDT*, 1993, n° 61, p. 680; A. MUGA ROBLEDÓ, loc. cit., 1992, p. 1232. Selon ces auteurs, le devoir de négocier n'existe pas lorsque la demande de négociation aboutit à un changement d'unité de négociation. L'absence de reconnaissance constitutionnelle du devoir de négocier conduit à interpréter strictement l'article 89.1 al. 2 qui évoque littéralement la révision d'une convention qui n'est plus en vigueur. Pour approfondir sur la mise en route du devoir de négocier lors de la dénonciation d'une convention collective, voir infra, n° 590.

⁶ L'unité de négociation correspond au cadre dans lequel se déroulent les négociations et se distingue du champ d'application de la convention qui permet d'identifier les sujets affectés par la convention. En d'autres termes, l'unité de négociation et le champ d'application de l'accord ne coïncident pas nécessairement (voir infra, n° 568).

structure de la négociation¹ et à « éviter des vides dans la régulation autonome des conditions de travail »². Il a alors été souligné « les conséquences transcendantes »³ de limiter le devoir de négocier à la révision ou la rénovation d'une convention. Cela aboutirait en effet à complexifier les négociations *ex novo*. Deux situations doivent alors être distinguées : ou bien, la proposition de négociation intervient dans un cadre non-couvert par une convention antérieurement applicable⁴ ou bien, une convention était antérieurement applicable et la proposition aboutit à un changement d'unité de négociation vers une unité plus réduite ou vers une unité plus large⁵. La doctrine a donc admis majoritairement que le devoir de négocier est applicable tant aux hypothèses de révision d'une convention antérieure comme aux hypothèses de négociation *ex novo*⁶. La précision instaurée dans le RDL 7/2011 et relative à la dénonciation ne fait que renforcer cette interprétation. En effet, la loi en se référant à « l'hypothèse dans laquelle la promotion soit le résultat de la dénonciation [...] », envisage de manière implicite mais indubitable la mise en route du devoir de négocier dans d'autres hypothèses⁷. Dans le même sens, la jurisprudence majoritaire a affirmé qu'une interprétation restrictive « pétrifierait le champ d'application des conventions collectives et empêcherait, de forme irraisonnable, le changement d'unité de négociation »⁸. Dès lors, il est possible de considérer que le devoir de négocier peut jouer lorsqu'une convention ne s'applique

¹ C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1993, p. 273. La notion de « structure de la négociation collective » fera l'objet d'une analyse approfondie (voir infra, n° 570 s.).

² F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 439.

³ P. RABANAL CARBAJO, loc. cit., 2001, p. 276.

⁴ Il s'agit alors d'une négociation *ex novo* au sens strict qui aboutit à la création d'une nouvelle unité de négociation (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 54).

⁵ Entendue ici au sens large (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 53; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, in J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, « Excepciones al deber de negociar: un análisis jurisprudencial », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 284).

⁶ Voir spécialement J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 59-61. L'auteur énonce plusieurs arguments: d'une part, « si le devoir de négocier constitue une mesure de développement de la négociation, il est logique de l'étendre à toutes les hypothèses dans lesquelles il y a une possibilité de négocier et non pas à certaines d'entre elles ». D'autre part, dans le même ordre d'idée, « une limitation restrictive et limitative de la loi qui reconnaît le devoir de négocier n'est pas justifiée ». Enfin, s'il est louable que la loi vise à stabiliser les unités de négociation, cela peut conduire à la pétrification de la structure de la négociation. Voir également J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2229; T. SALA FRANCO, « Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación: el deber de negociar », in *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*, Madrid, MTSS, 1992, p. 28-33; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 54; I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 109; E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 245; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 251.

⁷ Pour approfondir sur la procédure de dénonciation, voir infra, n° 574 s.

⁸ Les juges ont notamment souligné que l'interprétation restrictive provoque une atteinte importante à la liberté des parties de fixer le champ d'application de la convention (STCT 26 avril 1983, Ar/3783 ; STCT du 21 avril 1987, Ar/9079 STCT du 23 déc. 1987, Ar/29685 ; STCT 10 fév. 1988, Ar/68 ; STSJ Andalucía 5 mai 1993, AS/2365 et STSJ Galicia du 7 juin 1995, AS/2305).

plus dans la même unité de négociation¹ mais aussi dans une autre unité pouvant conduire à une transformation de la structure de la négociation antérieurement en vigueur. Nous verrons cependant que l'application du devoir de négocier est fortement liée aux règles de coordination entre conventions collectives. Sans préjudice de développements postérieurs², nous pouvons considérer que le devoir légal de négocier accompagne et renforce les options législatives³ ou conventionnelles⁴ relatives à la structure de la négociation et aux règles d'articulation entre conventions collectives.

En guise de conclusion, il est possible d'affirmer que la prévision légale de causes d'exonération du devoir de négocier conduit à réduire considérablement son champ d'application. Alors qu'un courant doctrinal considère que l'article 89.1 al. 2 ET convertit, malgré certaines exceptions, le devoir de négocier en principe⁵, nous estimons donc, comme le Professeur RAMÍREZ, qu'au regard de la tendance jurisprudentielle en la matière, le devoir de négocier n'est pas une règle générale soumise à des exceptions mais, inversement, un mécanisme applicable à des hypothèses spécifiques dans lesquelles certaines conditions et circonstances sont réunies⁶.

41. En ce qui concerne les mécanismes permettant de sanctionner les manquements au devoir de négocier⁷, force est de constater que l'ET ne prévoit aucune

¹ Positivant la règle légale de l'article 89.1 al. 2 ET, la doctrine énonce que le devoir de négocier n'est donc pas applicable « *s'il s'agit de réviser une convention en vigueur* » (M. ALONSO OLEA y M^a.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 26^e ed., Madrid, Civitas, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 1083).

² Voir infra, n^o 665.

³ Art. 84 ET. Cela aboutira notamment à permettre sa mise en œuvre alors même qu'une convention est toujours en vigueur.

⁴ Il ressort du dispositif légal que les acteurs sociaux peuvent jouer un rôle prépondérant dans l'application du devoir de négocier. Les conventions collectives conclues dans le cadre de l'article 83.2 ET peuvent instaurer ou éliminer le devoir de négocier à certains niveaux et ainsi modeler la structure de la convention collective dans un secteur déterminé (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., 1999, p. 295). Comme le souligne la doctrine, le devoir de négocier présente « *dans une grande mesure, pour ne pas dire pleinement* », un caractère dispositif (J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 52).

⁵ J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1981, p.206.

⁶ « *On passe ainsi d'un devoir de négocier qui admet seulement quelques exceptions à un devoir de négocier qui existe seulement dans des circonstances déterminées* » (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2006, p. 284). Dans le même sens, I. RODRÍGUEZ CARDO évoque « *les conditions qui font naître le devoir de négocier* » (op. cit, p. 110). Le TS a quant à lui énoncé que « *le devoir de négocier se base sur l'existence de situations et conditions déterminées, [...] et par conséquent si ces situations et conditions ne sont pas réunies, il ne peut être soutenu que ce devoir est né* » (STS du 20 oct. 1997, Ar/8083).

⁷ Ou bien la partie réceptrice ne répond pas à la demande de négociation, ou bien, sa réponse négative est injustifiée.

sanction spécifique¹. Ce vide légal a conduit, dans la pratique, à appliquer les mêmes textes qu'il s'agisse d'un manquement au devoir légal de négocier ou au principe de bonne foi. Celui-ci peut alors être sanctionné par voie judiciaire². Deux possibilités sont ouvertes : ou bien, la partie lésée enclenche une procédure de conflit collectif³, ou bien, si ladite partie est de nature syndicale, une action fondée sur une atteinte à la liberté syndicale⁴. Dans les deux cas, force est toutefois de constater que les conditions d'accès sont limitées⁵. Plus loin, la doctrine s'est montrée sceptique quant à l'efficacité du

¹ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 66. L'auteur cite les propos du TCT qui affirmait que l'article 89.1 al. 2 ET ne prévoit pas « *une garantie légale adéquate pour les hypothèses où la proposition de négociation formulé par l'autre partie n'est pas prise en compte* » (STCT du 26 mai 1987, Ar/11678).

² Sur le plan administratif, la doctrine se montre divisée sur la possibilité d'appliquer l'article 7.10 de la Loi d'Infractions et Sanctions d'Ordre Social (LISOS, RD Législatif 5/2000 du 4 Août 2000) qui qualifie d'infraction grave « *les actes ou omissions qui sont contraires aux droits des travailleurs reconnus à l'article 4 ET* » parmi lesquels figure le droit à la négociation collective (art. 4.1.c). Pour un secteur doctrinal, les manquements au devoir de négocier peuvent être inclus dans l'article 7.10 LISOS (J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 73. L'auteur précise que l'ouverture de cette action doit être précédée de la reconnaissance judiciaire de la violation du droit à la négociation). Pour E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 333, peuvent être sanctionnés administrativement des comportements « *extrêmes* » de refus injustifié. D'autres auteurs estiment au contraire que le précepte de la LISOS, s'agissant d'une norme de sanction, ne peut être interprétée de manière extensive (P. RABANAL CARBAJO, loc. cit., p. 281). F.R. LACOMBA souligne, quant à lui, que l'article 4 ET s'applique uniquement aux relations individuelles (op. cit., p. 69).

En matière de bonne foi et, spécialement, de transmission d'informations, un secteur doctrinal évoque l'article 7.7 LISOS, aux termes duquel est considérée comme infraction grave, « *la transgression des droits d'information, d'audience et de consultation des représentants des travailleurs et des délégués syndicaux, dans les termes légaux et conventionnels qui sont établis* », pour permettre l'application de sanctions (E. GARRIDO PÉREZ, op. cit., p. 372 s. Plus nuancée, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 332).

Précisons enfin que l'inspection du travail peut également jouer un rôle de médiateur (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 266).

³ Art. 151 s. Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Cette voie n'est néanmoins ouverte que si préalablement ont été mis en oeuvre sans succès les mécanismes de résolution extra-judiciaire (art. 154.1 LPL).

⁴ Articles 6.3.b et 13 LOLS et 175 s. LPL. Les juges ont rappelé que les syndicats sont libres d'opter pour la voie judiciaire qu'ils considèrent opportune (STS 21 mars 1995, Ar/2175).

Une action sur le plan pénal est également possible sur le fondement de l'article 315.1 du Code Penal relatif à la protection de la liberté syndicale (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 72 ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 73. L'auteur précise toutefois que l'ouverture de l'action doit être précédée de la reconnaissance judiciaire de la violation du droit à la négociation). Sa mise en oeuvre se heurte néanmoins aux mêmes difficultés que celles relevées pour l'action prévues aux articles 175 s. LPL.

⁵ En ce qui concerne la procédure de conflit collectif, la loi limite sa mise en oeuvre aux conflits relatifs « *à l'application et l'interprétation d'une norme étatique ou conventionnelle* » (art. 151 LPL). Deux catégories de conflits collectifs ont alors été distingués : les conflits qualifiés de juridiques ou d'application qui visent à obtenir « *une déclaration judiciaire qui détermine l'application d'une norme préexistente ou qui définit sa signification ou sa portée* » et les conflits économiques ou d'intérêts qui « *ont pour finalité la création d'une nouvelle norme ou la modification d'une existante* » (A. DESDENTADO BONETE, « El objeto del proceso de conflicto colectivo », in *Cuadernos de Derecho Judicial. Conflictos colectivos*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 48. Pour une analyse des difficultés pour distinguer, dans la pratique, ces deux types de conflits, voir C.L. ALFONSO MELLADO, *Proceso de conflicto colectivo. Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993). Les manquements au devoir de négocier et au principe de bonne foi peuvent tous deux permettre de qualifier de juridique un conflit. Néanmoins, alors que le manquement au devoir de négocier peut facilement être établi (en l'absence de réponse à l'issue du délai d'un mois, la copie de la demande de négociation remise à l'autorité administrative pour information et enregistrement constitue un mode de

recours devant les tribunaux soulignant le caractère simplement déclaratif des décisions¹. Ces deux recours s'inscrivent donc essentiellement dans une logique d'indemnisation² et s'avèrent incapables de mettre fin, de manière effective, à des comportements de mauvaise foi qui bloquent le processus de négociation³. Cette conséquence est intimement liée à la nature contractuelle de la convention qui implique la rencontre de volonté⁴.

Face à l'incapacité des mécanismes judiciaires pour débloquer les négociations, la loi et les acteurs sociaux se sont alors orientés vers des mécanismes internes, propres à l'autonomie collective⁵. Prévues dans plusieurs dispositions légales⁶ et conventionnelles⁷, ces procédures de conciliation, médiation ou arbitrage posent

preuve satisfaisant), la doctrine a souligné que l'établissement de la preuve pose des difficultés lorsqu'il s'agit de manquements au principe de bonne foi. Or, si ces manquements ne sont pas établis, le conflit sera qualifié d'économique (E. SÁNCHEZ TORRES op. cit., p. 305 s. ; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 710).

En ce qui concerne l'action fondée sur la liberté syndicale, la doctrine souligne que le cadre d'application matériel et subjectif de cette procédure rend difficile son application (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 71 et E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 336).

¹ La propre jurisprudence a, dans ce sens, reconnu cet « *inconveniente jurídico* » (STCT du 21 oct. 1987, Ar/23670). Si la violation est avérée et reconnue par les tribunaux, la juridiction du travail « *reconnaît uniquement l'existence du devoir de négocier* » et « *l'obligation de l'autre partie de répondre affirmativement à l'initiative de négociation* » (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2278). Le devoir de négocier présente donc un « *caractère simplement programmatique* » (E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 299). Certaines décisions ont cependant été accompagnées de mesures coercitives exécutoires permettant d'assurer l'effectivité de l'obligation de négocier de bonne foi (art. 239.2 LPL ; SAN du 13 oct. 1998, AS/3854 citée par M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, loc. cit., 2000, p. 1574).

² Le premier jugement déclaratif permet à la partie lésée de demander des dommages et intérêts, STCT du 15 sept. 1987 et du 10 nov. 1987 (voir J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2278). Néanmoins, il a été souligné que cette demande résulte problématique « *en raison des sérieux obstacles pour démontrer l'existence du préjudice causé ainsi que pour déterminer sa quantification économique* » (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 264).

³ Plus loin, il ressort de la jurisprudence qu'une partie peut s'exonérer de toute responsabilité par un comportement simplement formel (STCT du 29 oct. 1986, AL marg. 1032, p. 2457 ; STCT du 19 juin 1987, Ar/14716 ; STCT du 21 oct. 1987, AL marg. 1164, p. 2591). Voir également dans ce sens, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 310.

⁴ Sur la controverse relative à la nature de la convention collective, voir infra, n° 66 s.

⁵ La doctrine souligne dans ce sens, qu'au regard de « *la faible efficacité des instruments judiciaires et des limitations dans l'application de sanctions administratives* », les mécanismes extra-judiciaires de solutions de conflits peuvent constituer un moyen pertinent de résolution du conflit (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 267 ; E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 313 ; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 74). Plus généralement, les avantages que présentent ce type de procédés ont été largement soulignés par la doctrine espagnole (voir par exemple, M^a.E. CASAS BAAMONDE, « *La solución extrajudicial de los conflictos laborales* », RL, 1992, n° 16-17, p. 32). Pour approfondir sur ces différents procédés, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1993 et T. SALA FRANCO et C.L. ALFONSO MELLADO, *Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

⁶ Voir art. 17 s. RDLRT de 1977 qui régulent une procédure administrative de conciliation ; art. 89.4 ET qui permet « *l'intervention médiateur durant les délibérations* ». Il ressort néanmoins que ces mécanismes restent largement soumis au commun accord des parties (pour approfondir, E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 315)

⁷ Citons par exemple l'*Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos*. Le premier accord a été conclu le 25 janvier 1996 (ASEC-96). Précisons que plusieurs accords similaires ont été conclus au

néanmoins plusieurs problèmes relatifs à leur application et à leur caractère contraignant¹. Elles constituent dans tous les cas un thème central de la politique légale mise en œuvre dans les dernières réformes légales de 2010, 2011 et 2012².

Enfin, si la mise en œuvre des voies judiciaires et extrajudiciaires n'a pas permis de faire cesser le manquement au devoir de négocier ou à la bonne foi³, il est concevable que les salariés recourent à la grève comme moyen de pression⁴.

Pour conclure sur le devoir de négocier, force est de constater comme le Professeur SALA FRANCO, que sa régulation est « *timide et faible, l'ET n'établit aucun mécanisme en cas de manquement et il se déduit de l'analyse détaillée des causes justifiant sa mise à l'écart d'énormes limitations à son applicabilité* »⁵. Son renforcement pourrait alors passer par son émancipation du principe de bonne foi qui laisse toutefois transparaître les limitations de la loi en la matière et qui renvoie, finalement, à la nature contractuelle de la convention collective.

niveau autonome (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 63 ; E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 324). Les différents accords interconfédéraux en matière de négociation collective se réfèrent expressément à ces accords.

¹ E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 324. Certains accords nécessitent l'accord des parties pour être appliqués alors que d'autres disposent d'une efficacité normative (T. SALA FRANCO et C. L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 76 ; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 63 ; C. L. ALFONSO MELLADO et M. B. CARDONA RUBERT, « La solución extrajudicial de conflictos laborales: Los acuerdos conciliatorios, mediatorios y laudos arbitrales », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 741).

² Voir infra, n° 615, 777.

³ Le recours à la grève est conditionné par la mise en œuvre préalable des mécanismes de conflits collectifs et de résolutions extrajudiciaires de conflits (précisions également qu'un devoir de paix limite également l'exercice du droit de grève, voir infra, n° 68). Or, « *un exercice illégal ou illicite de cette mesure de pression de la part des travailleurs justifierait a posteriori le refus de négocier de l'employeur* » (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 35 s.)

⁴ Le refus injustifié de négocier provient dans son immense majorité des employeurs ou de leurs organisations. Si le refus de négocier provient des représentants des travailleurs, l'employeur ne peut recourir au lock-out qui est autorisé uniquement comme mesure défensive (art. 12 RDLRT de 77 ; I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 122).

⁵ T. SALA FRANCO in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 335.

B. La proclamation légale du « droit des salariés à la négociation collective » en France

42. Nous avons abordé antérieurement comment le dispositif légal issu des lois de 1936 et de 1950 aboutissait uniquement à la reconnaissance d'un produit juridique, la convention collective¹. La loi du 13 juillet 1971 marque une étape importante et proclame le « *droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales* »².

Malgré la généralité de cette proclamation, la doctrine a mis en exergue les carences du dispositif établi par cette loi et a affirmé que celui-ci ne permettait qu'un « *simulacre de négociation* »³. Dès lors, la proclamation du droit des salariés à la négociation allait obliger, à court ou moyen terme, la loi à en définir le contenu et à en assurer l'exercice. Il a fallu attendre plus de dix ans pour que le pouvoir législatif élabore en 1982 un dispositif qui concrétise cette proclamation générale⁴. Tout en transformant profondément l'ensemble du système de négociation collective⁵, cette réforme a concrétisé le droit des salariés à la négociation collective et s'est attachée aux aspects procéduraux de la négociation, en instaurant notamment des procédures de négociations obligatoires de forme périodique aux niveaux de la branche et de

¹ Voir supra, n° 16. Rappelons ici que la loi de 1950 reconnaît la liberté de négociation sur les salaires (confirmé par la jurisprudence, voir DC n° 63-5 du 11 juin 1963, déjà citée) et que le Conseil d'Etat rattache, depuis 1970, la liberté du choix du niveau de négociation aux principes fondamentaux du droit du travail.

² Initialement introduit à l'article L. 131.1 CT (M. DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.*, 1971, p. 530), ce texte figure aujourd'hui à l'article L. 2221-1 CT qui dispose : « *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit 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* ».

³ Le Professeur G. LYON-CAEN estimait même qu'« *ainsi libellée, il faut admettre que la formule ne veut rien dire* » (« Critique de la négociation collective, *Dr. soc.*, 1979, p. 350).

⁴ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982. Cette loi fait suite au rapport de J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, La Documentation Française, 1981. Voir également A. JEAMMAUD, « Les lois Auroux, plus de droit ou un autre droit », *Critique de l'économie politique*, n° 23/24, 1983. L'exposition des motifs de la loi est explicite : « *l'innovation principale du projet est de faire de la négociation collective des conditions de travail, au sens le plus large, un véritable droit des salariés à travers de leurs organisations syndicales représentatives, ce qui implique que des garanties soient apportées pour qu'au-delà de l'affirmation du principe, ce droit puisse être effectivement mise en oeuvre* ».

⁵ Le Professeur LE GOFF souligne que la réforme de 1982 « *coïncide avec une ligne de fracture géologique [...] entre deux époques : l'époque industrielle [...] et l'époque post-industrielle ou d'information [...]* » (« Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. soc.*, 2003, p. 703). Cette loi a essentiellement introduit deux éléments qui ont permis la multiplication des fonctions de la négociation collective : la négociation dérogatoire et l'émancipation de la convention d'entreprise (sur ces questions, voir infra, n° 686 s.).

l'entreprise¹. Ces deux lois ont ainsi permis le passage du droit de la convention collective au droit de la négociation collective.

1. Les éléments structurels de la loi de 1971

43. Deux caractéristiques de la loi de 1971 ont profondément marqué le modèle français de la négociation collective. D'une part, elle aboutit au passage d'une liberté des acteurs sociaux à un droit des salariés. Le dispositif légal se réfère explicitement au droit des salariés de négocier collectivement et le configure donc comme un droit de caractère univoque. D'autre part, tout en prenant mieux en compte le processus de négociation collective et en dépassant la seule régulation de son produit, la convention, cette loi s'inscrit néanmoins dans une certaine continuité et cloisonne la convention dans sa perspective conflictuelle.

a) Le caractère univoque d'un *droit* reconnu aux *salariés*

44. La proclamation du droit des salariés à la négociation a constitué un bouleversement important. Reprenant les propos de M.L. MORIN, « *la négociation collective n'est plus d'abord le moyen d'organiser la profession, elle est un moyen pour les salariés, à tous les niveaux, de participer à la détermination de leurs conditions de travail, à partir de la relation subordonnée qui est la leur dans l'entreprise* »². D'un point de vue objectif, cette loi permet le passage d'une liberté de négocier reconnue par l'Etat au travers de l'intégration à son système juridique de la convention collective, à un droit qu'il est donc responsable de garantir. La particularité du dispositif français apparaît alors du point de vue subjectif et réside dans la reconnaissance univoque de ce droit « aux salariés ». Cette option légale est, sans nul doute, une conséquence du rattachement de la négociation collective au principe de participation des travailleurs³.

Elle a cependant été la source d'une controverse relative à la définition des titulaires du droit à la négociation collective. Le rattachement du droit à la négociation collective au principe de participation n'apporte pas d'éléments de réponse. En effet, en

¹ Comme le souligne la doctrine, l'obligation de négocier « *prolonge et réalise* » le droit des salariés à la négociation collective (M.A. SOURIAU, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in *Etudes offertes à J. PELISSIER*, Paris, Dalloz, 2004, p. 490 ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 68).

² Op. cit., 1994, p. 245.

³ Sur ce point, voir supra, n° 28 s.

énonçant que « *tout travailleur* » participe « à la *détermination collective des conditions de travail* » « *par l'intermédiaire des délégués* », ce principe évoque à la fois l'individu, le collectif et la représentation collective et « *traduit des données et des hésitations fondamentales du système français de relations professionnelles* »¹.

L'expression de « *tout travailleur* » conduit toutefois à écarter l'idée d'une titularité de caractère syndical². Dans ce sens, la doctrine, confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, affirme que les syndicats ne peuvent se prévaloir d'un monopole en matière de négociation collective³.

Reste alors à déterminer s'il s'agit d'un droit individuel qui s'exerce collectivement par l'intermédiaire de représentants ou d'un droit reconnu à une collectivité de salariés. La doctrine est divisée sur ce point. Pour certains auteurs, à partir de la distinction entre la reconnaissance du droit et son exercice, il s'agit d'un droit individuel exercé collectivement⁴. La négociation collective permet de négocier collectivement, par l'intermédiaire des représentants, le contrat de travail. L'accord collectif, en réalité le contrat collectif, serait alors un équivalent du contrat de travail⁵.

D'autres auteurs soutiennent par contre, le caractère collectif du droit à la négociation collective. On envisage alors la « communauté », « la collectivité » des travailleurs dont les représentants sont chargés d'élaborer un statut collectif auquel le contrat de travail doit se plier⁶. La détermination collective des conditions de travail

¹ M.L. MORIN, op. cit., p. 74.

² Pour tous, M.L. MORIN, op. cit., p. 75. Il s'avère en effet difficile de réduire sa titularité à une dimension syndicale, sachant d'autant plus que le droit à la négociation collective n'est qu'une des composantes du principe de participation. Dans ce cadre, la mise en œuvre légale a distingué les modèles de représentation en fonction de la déclinaison du principe de participation considéré (on retrouve ici la distinction entre consultation et négociation).

³ Dans ce sens, DC n° 96-383 du 6 nov. 1996. Voir M.L. MORIN, « Le Conseil Constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 26 et G. LYON-CAEN, loc cit., 1996, p. 479. Nous reviendrons plus loin dans le travail sur cette question, lorsque nous aborderons les négociations conduites par les représentants du personnel de l'entreprise (voir infra, n° 206 s.).

⁴ A. SUPLOT, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 64 ; « Déreglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195 ; « Pourquoi un droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 485 ; *Critique du droit du travail*, 2^eed., Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 147. Pour l'auteur, l'individu est au cœur du dispositif. C'est parce que le salarié est dans une position de subordination qu'il a le droit de négocier et, non pas, parce qu'il appartient à une collectivité de salariés qui n'est donc prise originellement en compte. Dès lors, il s'agit d'un droit individuel dont l'exercice est néanmoins collectif de manière comparable au droit de grève.

⁵ Conséquence mise en œuvre par M.L. MORIN, op.cit., p. 75.

⁶ M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, p. 114.

Dans ce sens, il est intéressant de souligner que la loi de 1919 parle de « *groupement d'employés* » (pour approfondir, C. DIDRY, loc. cit., p. 1253. Cette loi, abordée d'un point de vue sociologique, permet de saisir « *une autre approche de la collectivité à côté de la réalité collective institutionnalisée du syndicat professionnel* »). La doctrine a écrit que cette loi différencie le collectif de négociation qui renvoie à la

permet l'homogénéisation des conditions de travail tout en permettant au contrat de travail de conserver une sphère d'action propre. Cette collectivité est constituée par l'existence de conditions de travail semblables, « *des facteurs d'identifications communs* »¹ et se voit favorisée par l'existence d'une représentation des travailleurs².

Indépendamment de son caractère collectif ou individuel, ce droit vise, dans tous les cas, à permettre à tous les salariés de bénéficier d'une couverture conventionnelle et de se voir appliquer des conditions de travail négociées collectivement. Ce processus de négociation passe néanmoins par l'intervention de représentants, « *de délégués* », qui impliquent une organisation préalable³ et excluent l'intervention directe des salariés en leur propre nom. Il importera par la suite de s'attacher au cadre législatif qui concrétise ce « *droit des salariés* »⁴.

b) Le maintien de la dimension conflictuelle de la convention collective

45. La loi de 1971 a été élaborée au lendemain des mouvements sociaux de mai 1968⁵ et n'est donc pas dénuée de connotations politiques. Elle visait fondamentalement à convertir la convention collective en moyen de pacification sociale. Consécutivement, sans préjudice de la proclamation du droit des salariés à la négociation collective, le dispositif demeurait centré sur la convention collective. Reprenant les propos du Professeur DESPAX, le droit français se caractérisait ainsi par « *une conception de la convention collective plus proche du « constat » (traduisant un rapport de forces à un moment donné) que du classique « contrat » (source, pendant un certain temps, de sécurité juridique)* »⁶. La convention perdurait ancrée dans sa dimension conflictuelle et

collectivité qui peut négocier, et le syndicat (M.L. MORIN, op.cit., p. 199). Précisons toutefois que dans l'esprit de cette loi, ces groupements renvoient spécialement au comité de grève.

¹ M.L. MORIN, op.cit., p. 75. Dans ce cadre, il s'agit d'« *un droit d'action collective fondé sur l'intérêt collectif des salariés d'une même entreprise, d'une même branche qui partagent la même situation* » (de la même auteur, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1988, p. 13 ; 29).

² Plus généralement sur le rôle de l'idée de représentation qui permet que « *s'établissent des rapports privilégiés entre les employeurs et les collectivités de travailleurs* » (G. BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.*, 1991, p. 687).

³ La différence entre délégués et représentants conduit à estimer qu'il s'agit plutôt d'une structure stable (M.L. MORIN, op.cit., p. 75).

⁴ Le cadre légal permet alors de distinguer les titulaires du droit à la négociation et ses agents (voir infra, n° 99).

⁵ On retrouve ici une des caractéristiques fondamentales du processus de construction du système français de négociation collective, selon laquelle la majorité des lois novatrices et importantes sont adoptées à la suite d'accords professionnels mettant fin à des conflits sociaux. Par exemple, les accords de Matignon de 1936 et la loi du 24 juin 1936 ou les accords de Grenelle et la loi du 27 décembre 1968 en matière de droit syndical.

⁶ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 360.

constituait ainsi le point final d'un conflit collectif qui se matérialisait généralement par une grève¹.

46. Il est alors intéressant de s'attacher aux rapports entre la convention collective et l'exercice du droit de grève, notamment au travers de la question du devoir de paix. Ce dernier implique le compromis de ne pas recourir à la grève durant l'application d'une convention collective et peut revêtir diverses modalités. Il peut être implicite² ou explicite³ et absolu⁴ ou relatif⁵. La doctrine majoritaire rejette l'idée d'un devoir de paix implicite, inhérent à la convention collective⁶. Bénéficiant tous deux

Pour le Professeur JAVILLIER, « nul doute que le temps possède des versus foro différentes pour les unes et pour les autres: pour les unes (la partie patronale), il sera perçu comme réductible, comme intégré dans un mécanisme conventionnel dont la sécurité devrait être le produit. Pour les autres (la partie ouvrière), il sera, à l'opposé, l'allié qui fait du présent vécu un passé immédiat, et qui dès lors ne peut que relativiser l'engagement pris, dès la signature. Mais ce facteur n'agit point seulement sur les parties à la convention. « La base », quand bien même elle est consultée, n'ayant pas vécu le mécanisme contractuel, ne nous semble nullement intégrer l'avenir dans la confirmation qu'elle a pu donner de l'engagement de ses représentants » (« La partie « obligatoire » de la convention collective », *Dr. soc.*, 1971, p. 264).

¹ La Professeur M.A. SOURIAU affirme qu'avant les réformes de 82 « le droit des salariés à la négociation collective, reconnu sans autre précision, a en vérité une seule vraie sanction, sous la forme de la menace ou du déclenchement d'un conflit pour obtenir l'engagement de pourparles » (« Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects » *Dr. soc.*, 2001, p. 706).

² Il s'agit « de l'engagement inhérent à toute convention, de ne mener aucun type d'action collective, spécialement la grève, durant l'application de la convention. [...] La signature d'une convention par les syndicats implique par elle-même d'accepter des conditions de travail pour et durant une certaine période de temps » (M.I. RAMOS QUINTANA, *El deber de paz laboral*, Madrid, Civitas, 1993, p. 23).

³ Le devoir de paix explicite a comme postulat de départ « une séparation radicale entre droit de grève et droit à la négociation collective, et dans ce cadre, à une déconnexion absolue entre convention collective et paix sociale [...]. Ne sont donc pas admises les présomptions de paix tacitement accordées, mais, au contraire, il est nécessaire qu'une norme ou clause en rende compte » (M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 33).

⁴ Le caractère absolu du devoir de paix aboutit à étendre ses limites à des matières qui ne sont pas expressément traitées dans la convention. Il conduit à « la disparition complète de mesures conflictuelles durant toute l'application de la convention » (M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 27).

⁵ Au contraire, dans ce cas, les limitations demeurent centrées aux matières qui ont fait l'objet de négociations et qui sont traitées dans la convention sans préjudice de mesures conventionnelles plus restrictives (ibidem).

⁶ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 129 ; J.C. JAVILLIER, loc. cit., 1971, p. 271 ; M.L. MORIN, op. cit., p. 492. Favorable au devoir de paix inhérent à la convention, certains auteurs ont mis en exergue l'existence de procédures de révision de la convention. Selon eux, « alors que la convention prévoit légalement une procédure de dénonciation et de révision, n'y aurait-il pas abus de la part de l'un des co-contractants à déclencher un conflit collectif tendant à obtenir une révision en dehors de la procédure normale ? » (M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 361). Suivant une logique contractuelle, un secteur de la doctrine se montre également favorable à une obligation de paix sociale (J. BARTHELEMY, « Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », *Dr. soc.* 2003, p. 832 ; B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives*, 6^e ed., Paris, Litec, 2009, p. 468).

d'une reconnaissance constitutionnelle, le droit de grève et le droit à la négociation collective sont autonomes et indépendants l'un de l'autre¹.

La question de l'existence d'un devoir de paix explicite nous conduit à aborder le cadre légal relatif au droit de grève puis la pratique conventionnelle².

En ce qui concerne le cadre légal, le droit de grève est reconnu à l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose qu'il « *s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* »³. Dans le secteur privé, il ressort que la grève n'est pas régulée par la loi⁴. Par ailleurs, aucun devoir de paix explicite de portée générale ne se dégage des apports jurisprudentiels en matière de grève et du dispositif légal relatif à la convention⁵. En définitive, si la figure du devoir de paix « *contribue, dans une grande mesure, à*

¹ Reprenant les propos de la Professeur M.A. SOURIAU, le droit français « *n'établit pas de coordination étroite entre les deux droits. Conflit et négociation coexistent plus qu'ils ne sont articulés* » (loc. cit., 2001, p. 705).

² Pour approfondir sur le droit de grève, *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Antonio Marzal y otros, Barcelona, Bosch, 2005 ; A. SUPIOT, « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. soc.* 2001, p. 687.

³ Il s'agit donc d'un droit fondamental. La Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît que « *le droit de grève est un principe à valeur constitutionnelle* » (Cass. soc. 2 fév. 2006, *RDT*, 2006, p. 42, obs. O. LECLERC).

⁴ G. LYON-CAEN, « Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.* 1988, p. 709 ; M. MOREAU, *La grève*, Paris, Economica, 1998.

En droit positif, l'intervention de la loi reste très ponctuelle en la matière et se centre essentiellement sur la question du maintien des services publics (Loi du 31 juill. 1963, pour approfondir, *Dr. soc.*, 1988, p. 619. En 2007, une loi partielle est venue se superposer et encadrer le droit de grève par des systèmes de dialogue et d'échange d'information obligatoires et par la mise en place d'un service minimum afin de prévenir les conflits ; loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. Pour approfondir, J.E. RAY, « A propos d'une modeste loi censée assurer « la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs » », *Dr. soc.* 2007, p. 1205 ; V. OGIER-BERNAUD, « La « nature particulière » du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie », *Dr. soc.*, 2007, p. 1221 ; R. VATINET, « Un nouveau droit des conflits collectifs ? », *Dr. soc.* 2008, p. 671, spéc. p. 678).

Le contrôle du Conseil Constitutionnel en la matière, a alors constamment consisté à apprécier les limites du droit de grève au travers de la nécessaire compatibilité avec un autre droit ou principe reconnu constitutionnellement. Il ressort que la continuité des services publics, la sauvegarde de l'intérêt général, l'égalité et la responsabilité civile et la protection de la santé sont des principes ou droits de valeur constitutionnelle qui peuvent justifier une restriction du droit de grève. En outre, les juges ont également veillé au caractère proportionnelle de l'atteinte au droit de grève. L'ensemble de la jurisprudence en la matière est reprise par S. NERON (*L'obligation de paix sociale aux Etats-Unis et en France : étude de droit du travail comparé*, Thèse, Toulouse-I, 2008, p. 515 s.).

⁵ Il est admis que « *la grève peut intervenir avant, pendant ou après une négociation* » (M.A SOURIAU, loc. cit., 2001, p. 706). La convention s'entend alors comme « *un contrat (succesif) de droit commun* » dont la modification est possible (N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 135). Voir également M.L. MORIN, op. cit., p. 493.

Plusieurs auteurs ont toutefois avancé qu'un devoir de paix relatif pourrait se fonder sur l'article L. 2262-4 CT (anc. art. 135-3) qui prévoit que « *les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord* » (pour approfondir sur la controverse, J.P. CHAUCHARD, *La conception française de la négociation collective et de la convention collective*, Thèse Paris I, 1984, p. 356 ; M. DESPAX, op. cit, 1989, p. 361 ; M.A. SOURIAU, loc. cit., 2001, p. 708 ; N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 131).

définir le modèle des relations de travail »¹, force est de constater que le droit français reconnaît à la grève un champ d'action général, conformément à la configuration de la convention comme constat².

En ce qui concerne la pratique conventionnelle, les négociateurs ont depuis fort longtemps intégré des clauses aménageant le recours à la grève³. Plusieurs remarques doivent alors formulées pour comprendre la portée et la logique de ce type de clauses. D'une part, il ne s'agit pas de clauses de paix sociale au sens strict puisque les négociateurs prévoient en réalité différentes procédures de concertation préalable⁴. La négociation et l'accord collectif se conçoivent donc comme des « *outils de prévention ou de canalisation du conflit* »⁵. D'autre part, elles déploient une efficacité doublement réduite. Elles n'obligent que les organisations signataires de la convention⁶ et ne peuvent aboutir à une limitation absolue du recours à la grève, présentant ainsi un caractère relatif⁷.

¹ M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 11.

² Certains auteurs ont souligné qu'en droit français, le conflit ne se conçoit pas « *comme une anomalie ou un dysfonctionnement mais comme une composante de la négociation sociale* » (M.A. SOURIAC, loc. cit., 2001, p. 710).

³ G. LYON-CAEN, « La convention sociale d'E.D.F et le système français des relations professionnelles », *Dr. Soc.*, 1970, p. 166. Un autre auteur souligne que « *les syndicats ont, en principe, compétence à traiter le sujet « grève » dans la convention collective* » (N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 145). Dès lors, l'existence de ces clauses démontre qu'il est difficile de fonder une obligation de paix inhérente à la convention.

⁴ On les retrouve essentiellement dans le secteur public (voir note 2 supra). Dans le secteur privé, certains accords prévoient une limitation à l'exercice du droit de grève durant une phase d'information préalable à la négociation (accord Axa de 1990) ou durant les négociations prévoyant des mécanismes de conciliation (accords Photo Service Color France de 1998 ou Exel Logistic de 1999), cités par M.A. SOURIAC, loc. cit., 2001, p. 710. Pour approfondir sur les procédures de conciliation, médiation et arbitrage, N. CAMART, *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, Thèse, Toulouse-I, 2007.

⁵ M.A. SOURIAC, loc. cit., 2001, p. 705.

⁶ Pour les juges, ces clauses n'engagent que les parties signataires qui renoncent de manière temporaire et volontaire à recourir à la grève. Concernant une clause de préavis avant le déclenchement de la grève, la jurisprudence rappelle qu'« *une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu; seule la loi peut créer un préavis de grève s'imposant à eux* » (Cass. Soc. 7 juin 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 835; Cass. Soc. 12 mars 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 541; C. RADE, « Exercice du droit de grève et négociation collective », *Dr. soc.*, 1996, p. 37). Dans ce cadre, un auteur a affirmé que la reconnaissance d'une dimension uniquement collective, représente « *l'arrêt de mort des clauses conventionnelles de préavis, ou plus généralement d'attente avant grève* » (J. E. RAY, obs. Cass. Soc. 7 juin 1995, déjà cité). D'autres auteurs ont également limité l'application de ces clauses aux seuls signataires en se fondant sur la distinction entre clauses obligatoires et clauses normatives (N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 157). Sur cette distinction, voir infra, n° 611.

La consécration de l'exigence majoritaire lors de la conclusion de l'accord pourrait-elle justifier l'application d'une clause de paix sociale aux salariés ? Sur cette exigence, voir infra n° 240 s.

⁷ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 148. Les juges ont dans ce sens affirmé que le droit de grève « *ne doit pas être entravée par des clauses imprécises qui équivalent à le prohiber* » (Cass. Soc. 27 fév. 1974, *Bull. civ. V*, n° 140) et que ces clauses ne peuvent restreindre la grève qui a pour objet d'exiger l'application de l'accord (Cass. Soc. 18 janv. 1995, *Jurisprudence soc. UIMM*, n° 584, p. 37).

Pour conclure il semble encore possible de reprendre les propos du Professeur DESPAX¹ même si, comme l'a récemment mis en exergue un auteur, plusieurs conditions propices à l'instauration d'un devoir légal de paix explicite sont réunies².

2. Les procédures de négociations obligatoires instaurées par la loi de 1982

47. Directement connectée au droit des salariés à la négociation collective, l'instauration de procédures de négociations obligatoires a constitué une des innovations majeures de la loi de 1982³. Elles constituent incontestablement un instrument fort qui permet le développement de la négociation collective et plus loin, d'un système de négociation périodique, à défaut de permanente, afin de pacifier les relations de travail⁴. Le domaine de ces procédures est dans tous les cas réduit à certaines matières fixées par la loi ce qui conduit à affirmer qu'il n'existe pas d'obligation générale de négocier⁵. Néanmoins, force est de constater que la loi n'a eu de cesse de multiplier les matières

¹ Qui affirmait que le droit français est caractérisé par « une conception de la convention collective plus proche du « constat » (traduisant un rapport de forces à un moment donné) que du classique « contrat », source, pendant un certain temps, de sécurité juridique » (op.cit., 1989, p. 360).

² Selon S. NERON, un devoir de paix légal explicite serait conforme à la Constitution et se fonderait sur le respect à la liberté d'entreprendre (pour l'auteur, la liberté d'entreprendre, comme prolongement naturel de la liberté du commerce et de l'industrie reconnue par le Conseil constitutionnel « pourrait très bien justifier les atteintes au droit de grève [...] au motif que le conflit collectif constitue en soi une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard du contexte de concurrence économique globale », op. cit., p. 529). Outre la loi de 2007 qui justifie les atteintes au droit de grève en se fondant notamment sur la liberté du commerce et de l'industrie (préc.), force est de constater, dans le même sens que l'auteur, que la liberté d'entreprendre connaît un traitement préférentiel incontestable dans l'actualité notamment au niveau communautaire (voir infra, n° 473).

³ Voir notamment R. SOUBIE, « L'obligation de négocier et sa sanction », *Dr. soc.*, 1983, p. 58 ; A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 95.

Précisons que ce dispositif légal se déploie parallèlement à l'intervention des acteurs sociaux qui peuvent prévoir conventionnellement d'autres obligations de négocier (voir dans ce sens, Cass. Soc. 27 mars 2007, *Dr. ouv.* 2008, p. 301. Dans cet arrêt, les juges rappellent l'efficacité des clauses conventionnelles instaurant une obligation de négocier et affirment que l'organisation patronale est tenue d'ouvrir les négociations sur le travail de nuit prévues par un accord-cadre étendue). Dans tous les cas, le dispositif légal est impératif et ne peut être aménagé ou modifié par les acteurs sociaux.

⁴ En marge de ces procédures de négociation obligatoires, d'autres dispositions légales favorisent largement l'ouverture de négociations. Par exemple, de manière comparable au droit espagnol, lors de la dénonciation de la convention, la loi prévoit qu'une nouvelle négociation doit s'engager (voir infra, n° 590). La jurisprudence a également prévu que la dénonciation des normes d'entreprises (usages, accord atypique, engagement unilatéral de l'employeur) implique l'ouverture de négociation (M.L. MORIN, op. cit., p. 486). La loi prévoit également qu'en cas de licenciements collectifs pour motif économique, une négociation doit s'ouvrir dans l'entreprise. Elle peut aussi inciter la négociation sur des thèmes particuliers liant par exemple des déductions fiscales à la conclusion d'un accord collectif ou prévoyant directement que les acteurs sociaux « sont invités à négocier » (M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 497).

Notons enfin que des procédures de négociations obligatoires relatives aux modalités d'expression des salariés sont également prévues. Ce thème de négociation est toutefois soumis à des règles spécifiques (voir articles L. 2281-5 CT s.) et est tombé en désuétude dans la pratique.

⁵ Une auteure considère que le dispositif représente un « *conglomérat d'obligations spéciales séparé par des espaces béants de négociation facultative* » (M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 507).

concernées qui se révèlent, de plus, être consubstantielles à la négociation collective. La configuration légale de ces procédures démontrent toutefois une grande hétérogénéité qu'il s'agisse de l'entreprise ou de la branche d'activité¹.

Ces procédures de négociation ont par ailleurs constitué le terrain de prédilection des manifestations légales de l'exigence de loyauté qui constitue un autre élément promotionnel de la négociation auquel il conviendra de s'attacher brièvement.

a) La négociation obligatoire au niveau de la branche

48. Le dispositif légal distingue, au niveau de la branche, trois procédures de négociations obligatoires selon l'objet traité et la périodicité.

D'une part, aux termes de l'article L. 2241-1 CT, « *les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires* »². Le dispositif accompagne cette négociation sur les salaires de « *l'examen* » de plusieurs points relatifs à la situation économique et de l'emploi dans la branche, aux mesures futures à adopter en fonction de cette situation et à l'évolution des salaires par catégories et par sexe³. Cette notion d'examen « *renvoie au jeu de discussions, non à une négociation* »⁴. Pour l'Administration, elle appelle « *l'analyse et réflexion* » et se situe entre l'information et la négociation⁵. Dans ce cadre, la loi prévoit expressément que des informations doivent être transmises par les associations d'employeurs aux syndicats afin que ces derniers puissent négocier « *en toute connaissance de cause* »⁶.

¹ Le dispositif légal envisage uniquement les niveaux de la branche et de l'entreprise. Dès lors, une procédure de négociation au niveau du groupe ne peut substituer les procédures de négociation obligatoire au niveau de chaque entreprise (Cass. Soc. 30 avril 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 740 ; B. GAURIAU, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.*, 2003, p. 737 et M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 493).

² En matière de salaires, « *la formulation est large et ambiguë, sans doute volontairement* » (A. MAZEAUD, *Droit du Travail*, 8^e ed., Paris, Montchrestien, 2012, p. 217). Les parties peuvent négocier sur les salaires minima ou les salaires effectifs.

³ Art. L. 2241-2 CT : « *La négociation sur les salaires est l'occasion, pour les parties, d'examiner au moins une fois par an au niveau de la branche les données suivantes : 1° L'évolution économique, la situation de l'emploi dans la branche, son évolution et les prévisions annuelles ou pluriannuelles établies, notamment pour ce qui concerne les contrats de travail à durée déterminée et les missions de travail temporaire ; 2° Les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions ; 3° L'évolution des salaires effectifs moyens par catégories professionnelles et par sexe, au regard, le cas échéant, des salaires minima hiérarchiques* ».

⁴ B. TEYSSIE, op. cit., p. 461.

⁵ Note technique 14 fév. 1994, SSL, 1994, n° 688. Cité par M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 496.

⁶ Dernier alinéa de l'article L. 2241-2 CT : « *Les informations nécessaires à la négociation sont déterminées par voie réglementaire* » (art. D. 2241-1 : « *Pour la négociation sur les salaires prévue à*

D'autre part, ces mêmes organisations doivent se réunir tous les trois ans afin de négocier 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* »¹, sur les matières visées aux articles L. 2242-15 et L. 2242-16 CT relatifs à la négociation triennale au niveau de l'entreprise², sur les conditions de travail et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des salariés âgés, sur la prise en compte de la pénibilité au travail³, sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés⁴ et « *sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés* »⁵. Dans certaines de ces procédures, de manière similaire à la négociation annuelle sur les salaires, la loi prévoit expressément que les associations d'employeurs doivent transmettre aux syndicats les informations nécessaires⁶.

Enfin, au moins une fois tous les cinq ans, ces organisations se réunissent « *pour examiner la nécessité de réviser les classifications* »⁷ et « *pour engager une négociation* » sur l'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite collectifs interentreprises⁸. Notons qu'en matière de classification, la loi n'évoque pas une négociation mais l'examen des classifications en vue d'une éventuelle révision⁹. Gageons qu'un examen qui souligne la nécessité de réviser les classifications conduira à l'ouverture d'une négociation.

Ces trois modalités de négociations nous conduisent à formuler quatre remarques.

Premièrement, il ressort du dispositif légal que l'initiative de l'ouverture des négociations est laissée à chacune des parties. Aucune obligation n'est donc directement

l'article L. 2241-1, un rapport est remis par les organisations d'employeurs aux organisations syndicales de salariés au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation. Au cours de l'examen de ce rapport, les organisations d'employeurs fournissent aux organisations syndicales de salariés, les informations nécessaires pour permettre de négocier en toute connaissance de cause »).

¹ Art. L. 2241-3 CT.

² Art. L.2241-4 al.2 CT. Il s'agit essentiellement des modalités de consultation et d'information des comités d'entreprise et de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

³ Art. L.2241-4 al.1 CT.

⁴ Art. L.2241-5 CT.

⁵ Art. L.2241-6 CT.

⁶ En matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (D.2241-7) et d'insertion des travailleurs handicapés (D.2241-8)

⁷ Art. L.2241-7 CT

⁸ Cette négociation est mise en route lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière (art. L.2241-8 CT).

⁹ Reprenant les propos de M.A. SOURIAC, « *le texte prévoit sinon une obligation de négocier du moins une obligation de se réunir* » (loc. cit., Dalloz, 2004, p. 498).

imposée à la partie patronale¹. Néanmoins, celle-ci est tenue de donner suite à une initiative syndicale et de convoquer les autres organisations syndicales². Si les organisations d'employeurs ne donnent pas suite à la demande des syndicats, ces derniers peuvent alors solliciter aux juges des référés l'ouverture des négociations et agir au plan civil contre la violation de l'obligation de négocier afin d'obtenir des dommages et intérêts³.

Deuxièmement, malgré la lettre du texte qui évoque « *les organisations liées par une convention de branche* », les juges ont estimé que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans ladite branche doivent être conviées à la négociation⁴.

Troisièmement, aucune obligation de négociation n'est prévue dans les branches dépourvues de convention. La doctrine a souligné que cette option « *se comprend dans la mesure où le découpage de la branche professionnelle n'est pas prédéfini et résulte de la négociation elle-même* »⁵.

Quatrièmement, plusieurs dispositions prévoient expressément la transmission d'informations et de rapports aux organisations syndicales de salariés afin que celles-ci puissent négocier en toute connaissance de cause. Dès lors, l'idée de loyauté dans la négociation apparaît en toile de fond⁶. A l'occasion de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires⁷, « *les informations nécessaires à la négociation sont déterminées par voie réglementaire* »⁸. On retrouve la même formulation en matière de négociations triennales relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁹, aux travailleurs handicapés¹⁰. Les dispositions réglementaires prévoient alors la fourniture de rapport établi par les associations d'employeurs aux syndicats de salariés dont le contenu varie selon l'objet de négociation¹¹.

¹ Une exception doit cependant être relevée en matière d'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Aux termes de l'article L.2241-10 « *à défaut d'initiative de la partie patronale dans l'année suivant la promulgation de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, la négociation s'engage dans les quinze jours suivant la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative au sens de l'article L. 2231-1* ».

² J. PELISSIER, « La négociation sur les salaires. Problèmes juridiques », *Dr. soc.*, 1984, p. 679.

³ J. PELISSIER, loc. cit., 1984, p. 679.

⁴ Cass. Soc. 12 sept. 2007, *JCP S*, 2008, 1325, note C. NEAU-LEDUC.

⁵ M.L. MORIN, op. cit., p. 461.

⁶ Pour approfondir sur cette notion, voir infra, n° 50.

⁷ Prévue à l'article L. 2241-1 CT.

⁸ Art. L. 2241-2 al. 2 CT.

⁹ Art. L. 2241-3 CT in fine.

¹⁰ Art. L. 2241-5 al. 3 CT.

¹¹ En matière de salaire, ce rapport doit être « *remis par les organisations d'employeurs aux organisations syndicales de salariés au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation. Au cours de l'examen de ce rapport, les organisations d'employeurs fournissent aux organisations syndicales de*

En définitive, au regard des matières abordées, « *la négociation obligatoire de branche débouche sur une administration paritaire de la profession par des procédures d'information, d'examen ou de prévisions et la définition d'orientations générales. Elle est bien le lieu de définition des « règles du jeu » dans la profession, en fonction des objectifs communs négociés* »¹.

b) La négociation obligatoire dans l'entreprise à la charge de l'employeur

49. De manière similaire aux négociations obligatoires au niveau des branches, le dispositif légal distingue plusieurs procédures de négociations selon les matières abordées et la périodicité². Les similitudes s'arrêtent toutefois là. En effet, les procédures de négociations obligatoires dans l'entreprise présentent une physionomie particulière qui place l'employeur au cœur du dispositif.

Afin d'aborder ces négociations, il convient de s'attacher à leur cadre, aux matières traitées, à leur mise en route, à leur contenu et enfin aux mécanismes permettant d'en sanctionner les manquements.

En ce qui concerne le cadre de la négociation, il ressort du dispositif légal que ces négociations doivent être mises en route dans les entreprises « *où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives* ». La création de sections syndicales n'est soumise à aucun seuil d'effectif³ ce qui devrait permettre à l'obligation de négocier de jouer dans toutes les entreprises comptant sur cette

salariés, les informations nécessaires pour permettre de négocier en toute connaissance de cause » (art. D. 2241-1 CT).

En ce qui concerne la négociation relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'article D. 2241-7 CT prévoit que « *la négociation triennale sur l'égalité professionnelle se déroule à partir d'un rapport présentant la situation comparée des femmes et des hommes dans les domaines mentionnés aux 1° et 2° de l'article L.2241-3. Elle s'appuie également sur des indicateurs pertinents, reposant sur des éléments chiffrés, pour chaque secteur d'activité* ».

En ce qui concerne la négociation relative aux travailleurs handicapés, l'article D. 2241-8 CT prévoit que « *la négociation triennale sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés se déroule à partir d'un rapport établi par l'employeur présentant, pour chaque secteur d'activité, la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L.5212-1 et suivants* ».

¹ M.L. MORIN, op. cit., p. 463. Dans le même ordre d'idée, M.A. SOURIAU affirme que le dispositif « *incite à l'édiction de règles communes, facteurs de cohésion et d'identités professionnelles dont l'importance intéresse la société tout entière* » (loc. cit., Dalloz, 2004, p. 509). Il convient alors de relever l'attention particulière portée au thème de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

² Art. L. 2242-1 al. 1 CT.

³ Pour approfondir sur les conditions de constitution des sections syndicales, de désignation des délégués syndicaux et sur les parties à la convention, voir infra, n° 172.

représentation syndicale. Un élément doit cependant être pris en compte. Sachant que la négociation doit être conduite et que la convention doit être conclue par un ou plusieurs délégués syndicaux¹, le domaine d'application de l'obligation de négocier est-il en pratique limitée aux entreprises qui, en plus de compter sur des sections syndicales de syndicats représentatifs, sont pourvues de délégués syndicaux qui conduiront concrètement la négociation². En droit positif, l'ouverture de négociations dans les entreprises dépourvues de délégué syndical reste cantonnée à certaines matières qui ne correspondent qu'en partie avec les matières soumises à la négociation obligatoire³. Dès lors, il est possible d'affirmer que la présence d'un délégué syndical constitue une condition nécessaire pour mettre en œuvre ces procédures⁴.

L'application de cette obligation de négocier dans l'hypothèse d'une entreprise composée de plusieurs établissements a donné lieu, dans le silence de la loi⁵, à une controverse doctrinale relative au niveau auquel devait se réaliser la négociation et à la marge de décision de l'employeur⁶. La jurisprudence a alors considéré que la

¹ Voir infra, n° 172.

² Selon une circulaire ministérielle du 5 mai 1983, la présence de délégués syndicaux conditionne la mise en œuvre de l'obligation de négocier (dans ce sens, le projet de loi initial n'instituait l'obligation de négocier que pour les entreprises dépassant le seuil de 50 salariés). Un secteur doctrinal a cependant considéré que « l'existence d'une section syndicale (et non d'un délégué syndical) est une condition nécessaire et suffisante pour que l'employeur soit tenu d'engager la négociation. Dans les entreprises possédant une section, mais pas de délégué syndical, la négociation doit être engagée selon les modalités dérogatoires, c'est-à-dire avec des élus du personnel ou des salariés spécialement mandatés par une organisation syndicale » (J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, 23^eed, Paris, Dalloz, 2006, p. 967. Sur ces modalités dérogatoires, voir infra n° 174 s.). Dans ce sens, les juges ont estimé que dans les entreprises où ne peuvent être désignés de DS, les accords d'entreprise peuvent être négociés par les salariés titulaires d'un mandat donné par le syndicat représentatif (Cass. Soc. 25 janv. 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 274, obs. G. BORENFREUND). Pour approfondir sur cette controverse, S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective*, Répertoire Travail, Paris, Encyclopédie Dalloz, 2008, n° 262 s.

³ Voir infra, n° 227.

⁴ La réforme des conditions de conclusion des conventions collectives intervenue en 2008 pose une nouvelle difficulté. En effet, si l'entreprise compte sur un seul délégué syndical mais que celui-ci est désigné par un syndicat dont l'audience électorale ne permet pas de remplir les conditions de validité des conventions (pour approfondir, voir infra n° 172), il peut être soutenu que l'employeur n'est pas soumis à l'obligation de négocier étant impossible de conclure une convention valide. Néanmoins, considérant que l'employeur est soumis à certaines obligations d'informations, il a été souligné que cette négociation « est génératrice de droits pour les syndicats. Elle a donc un objet » (J.F. CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2009, p. 668). Dès lors, ces obligations d'informations comme l'intérêt de promouvoir le dialogue et la communication entre représentants des salariés et employeur, qui peut, par ailleurs, adopter de manière unilatérale certaines mesures si la négociation n'aboutit pas, conduisent à affirmer que l'employeur reste soumis à l'obligation de négocier si l'entreprise compte sur des sections syndicales d'organisations représentatives et sur un délégué syndical quand bien même celui-ci ne peut conclure une convention dans le respect des règles de validité.

⁵ Une exception doit cependant être relevée. Aux termes de l'article L. 2242-11 CT en matière de régime de prévoyance maladie, dans les entreprises « comportant des établissements ou groupes d'établissements distincts, cette négociation peut avoir lieu au niveau de ces établissements ou groupes d'établissements ».

⁶ Pour certains auteurs, la négociation obligatoire se réfère à l'entreprise (J.P. MURCIER, « Procédure et structure de la négociation collective au niveau de l'entreprise et de l'établissement », *Dr. soc.*, 1985, p.

négociation au niveau des établissements est possible sous conditions. D'une part, si l'employeur envisage de négocier au niveau des établissements, il devra le faire dans tous les établissements¹. Consécutivement, la négociation au niveau de chaque établissement est possible si chacun d'eux compte sur des délégués syndicaux². D'autre part, les juges ont également affirmé « *qu'en principe, la négociation annuelle doit être engagée au niveau de l'entreprise, et que l'employeur ne peut exercer la faculté de l'engager par établissement ou par groupe d'établissements, qu'autant qu'aucune des organisations syndicales représentatives dans l'établissement ou le groupe d'établissements où la négociation doit s'ouvrir ne s'y oppose* »³. Quoiqu'il en soit, si l'employeur ouvre les négociations au niveau de l'entreprise, la circulaire du 5 mai 1983 dispose qu'« *il s'exonère de l'obligation de négocier au niveau des établissements* ».

En ce qui concerne les matières sujettes à négociation, la négociation annuelle obligatoire abordait originellement les salaires effectifs⁴ et à la durée et à l'organisation du temps de travail⁵. La période de négociation met alors entre parenthèse le pouvoir de décision de l'employeur sur ces matières⁶. L'article L. 2242-9 CT prévoit désormais que

107 ; Ph. LANGLOIS, « La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1990, p. 603 ; Y. CHALARON, « La conduite de la négociation », *Dr. soc.*, 1990, p. 586 ; M.L. MORIN, *op. cit.*, p. 296). D'autres estiment au contraire qu'il appartient à l'employeur de déterminer le niveau de plus adéquat. Une position contraire porterait une atteinte importante au pouvoir de direction du chef d'entreprise (J. PELISSIER, *loc. cit.*, 1984, p. 680 ; F. HUMBERT, « La mise en oeuvre des dispositions de la loi du 13 novembre 1982 relatives à l'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. soc.*, 1984, p. 628 ; M. DESPAX, « Négociation annuelle obligatoire, choix du niveau de négociation dans les entreprises à établissements multiples », *RJS*, 6/1988, p. 275 ; J. PELISSIER, A.SUPIOT, A. JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 968).

¹ Cass. Crim. 4 déc. 1990, *CSBP*, fév. 1991, p.35.

² Si un établissement est dépourvu de délégué syndical, la négociation doit alors être ouverte au niveau de l'entreprise.

³ Cass. Soc. 21 mars 1990 *RJS*, 1990, n° 350. Voir Ph. LANGLOIS, *loc. cit.*, 1990, p. 603.

⁴ Art. L. 2242-8 1° CT. En revanche, il n'est pas obligé de donner des informations sur les salaires individuels pour lesquelles l'accord préalable des salariés concernés est nécessaire (CA Paris, 9 fév. 1996, *RJS*, 4/96, n° 427 et Circ. 5 mai 1983, *JCP E*, 1983, III, p. 54411). De manière générale, la Cour de cassation retient une conception large de la notion de salaires effectifs comme objet de la négociation annuelle obligatoire (P.H. ANTONMATTEI, « Négociation annuelle obligatoire », *Dr. soc.*, 2001, p. 252). Sachant que la négociation obligatoire au niveau de la branche concerne également les salaires, la doctrine a souligné qu'afin de concilier ces deux négociations, il est opportun de mettre en oeuvre la négociation d'entreprise postérieurement à la négociation de branche (M. DESPAX, *op. cit.*, 1989, p. 530). La négociation sur les salaires doit, de plus, prendre en compte le développement de l'égalité entre les femmes et les hommes (art. L. 2242-6 CT).

⁵ Art. L. 2242-8 2° CT

⁶ La doctrine a souligné que « *le pouvoir de décision unilatérale des chefs d'entreprise [sur ces matières] n'était pas remis en cause mais soumis à une condition de procédure, la recherche préalable d'un compromis acceptable par les organisations syndicales représentatives* » (R. SOUBIE, *loc. cit.*, 1983, p. 55). La fin des négociations permet à l'employeur de retrouver son pouvoir de décision (Cass. Soc. 29 juin 1994, déjà cité et J. SAVATIER, *loc. cit.*, 1995 (a), p. 45). La question de la fixation du calendrier des négociations est ici une question centrale.

« la négociation annuelle est l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise »¹. Comme au niveau de la branche, procéder à un examen ne signifie pas négocier. Cette disposition vise alors à contraindre les parties à prendre en compte la question de l'emploi lors de la négociation sur les salaires et le temps de travail. Au fil du temps se sont ajoutées d'autres matières telles que la prévoyance maladie², la participation l'épargne d'entreprise ou l'intéressement³, le développement de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁴ et la prise en compte des travailleurs handicapés⁵. Dans tous les cas, il n'est pas obligatoire de traiter l'ensemble de ces matières lors d'une même négociation⁶.

En ce qui concerne la mise en route, l'employeur est placé au centre du dispositif. En effet, il lui incombe de mettre en œuvre « chaque année » ces négociations⁷. Il est admis que la périodicité des négociations correspond à une année civile⁸. Ne commettra donc pas de faute, l'employeur qui prendra l'initiative des négociations en janvier de 2009 puis en décembre de 2010, même si presque deux ans se sont écoulés entre ces deux initiatives. Néanmoins, le précepte prévoit que si l'employeur n'a pas pris d'initiative « depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation », une organisation syndicale représentative peut alors en demander l'ouverture⁹. Dans ce cas, l'employeur doit, dans les huit jours suivant la réception de la demande, la transmettre pour information aux autres organisations représentatives dans l'entreprise et doit, dans les 15 jours, convoquer l'ensemble des syndicats

¹ Sont traités l'évolution « du nombre des contrats de travail à durée déterminée, des missions de travail, du nombre des journées de travail effectuées par les intéressés » et sont établies des « prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise ».

² Art. L. 2242-11 issu de la loi n° 99-641 du 27 juill. 1999.

³ Art. L. 2242-12 issu de la loi n° 2001-152 du 19 fév. 2001. Dans cette hypothèse comme dans celle relative à la prévoyance maladie, cette négociation s'ouvre dans les entreprises dans lesquelles n'existe pas d'accord d'entreprise ou de branche relatif à ces matières applicable.

⁴ Art. L. 2242-5 issu de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001. Si un accord portant sur cette matière est conclu, l'obligation de négociation sur ce thème aura alors une période de trois ans (al.2). Pour approfondir, A. CHEVILLARD, « Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes », *Dr. soc.*, 2009, p. 923.

⁵ Art. L. 2242-13 CT issu de la loi n° 2005-102 du 11 fév. 2005. Comme en matière d'égalité entre femmes et hommes, la négociation devra se dérouler tous les 3 ans si est déjà conclu un accord sur cette matière.

⁶ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 532. Précisons également que la négociation annuelle obligatoire peut être l'occasion pour les parties d'aborder de leur propre volonté d'autres matières. Il est en revanche impossible d'exclure une catégorie du personnel (Cass. Crim. 28 mars 1995, *RJS*, 10/1995, n° 1033).

⁷ Art. L. 2242-1 al.1 CT.

⁸ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÉS, *Droit du travail*, 27° ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 1362.

⁹ Art. L. 2242-1 al.2 CT.

représentatifs¹. La doctrine souligna que l'intervention des syndicats vise à « *provoquer le début des négociations avant que le délai ouvert à l'employeur pour engager celles-ci soit expiré* »². Notons que les juges ont estimé que le point de départ des négociations correspond à la convocation à la première réunion adressée par l'employeur aux organisations syndicales³.

En ce qui concerne leur contenu, il est intéressant de relever que le dispositif légal a intégré à l'intérieur de ces obligations de négocier la transmission d'informations. Une série de dispositions similaires au niveau de la branche prévoit, dans des procédures de négociation obligatoire déterminées, la remise d'un rapport établi par l'employeur aux organisations syndicales⁴. L'article L. 2242-9 CT relatif à la négociation annuelle sur les salaires et la durée du travail prévoit que doit être remis un rapport en vue d'un examen de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise⁵. Une auteure considère dans ce sens que ces rapports « *peuvent être comprises comme de simples obligations d'information* »⁶.

En ce qui concerne les mécanismes de sanctions, plusieurs voies sont envisageables. La spécificité du dispositif français réside toutefois dans la prévision de sanctions pénales en cas de manquements aux obligations de négocier au niveau de l'entreprise⁷. Ces manquements peuvent revêtir différentes formes. En effet, ils peuvent

¹ Art. L. 2242-1 al. 3 et 4 CT.

² J. PELISSIER, loc. cit, 1984, p. 680.

³ M.L. MORIN, op. cit., p. 518.

⁴ L'article L.2242-5 CT (anc. art. L. 132-27 al. 7 et 8) prévoit que la négociation annuelle relative à l'égalité professionnelles entre les hommes et les femmes « *s'appuie sur les éléments figurant dans le rapport de situation comparée prévu par l'article L. 2323-57* » relatif à l'information annuelle remise au comité d'entreprise.

L'article L. 2242-14 CT (anc. art. L. 132-27, al. 11 CT) prévoit que la négociation annuelle relative à « *l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés se déroule sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue par les articles L. 5212-1 et suivants* ».

⁵ Anc. art. L. 132-27 al. 1.

La loi de 2008 introduit de manière spécifique une disposition prévoyant que « *la négociation annuelle donne lieu à une information sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1* » (art. L. 2242-9-1 CT).

⁶ M.L. MORIN, op. cit., p. 515.

⁷ Les manquements patronaux constituent des délits d'entraves à la liberté syndicale. La doctrine souligna que l'instauration d'une obligation de négocier à la charge de l'employeur transforme le droit à la négociation collective en un droit sanctionné (M.A. SOURIAU, « Le droit à la négociation collective et sa sanction », *Dr. soc.*, 1982, p. 729). Précisons que l'article L. 2283-1 CT prévoit de manière spécifique des sanctions pénales applicables aux employeurs qui se soustraient à l'obligation de négocier sur les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés.

directement se manifester par le refus d'initier la négociation obligatoire¹ mais peuvent également être constatés par une mauvaise exécution des modalités de sa mise en œuvre prévues par les obligations connexes².

En marge de ces sanctions pénales, l'employeur peut être déclaré civilement responsable des préjudices subis par les salariés et par les organisations syndicales³. Il est également envisageable de recourir aux articles 808 et 809 du Code de Procédure Civile permettant aux organisations syndicales d'introduire une demande en référé devant le Tribunal de Grande Instance⁴.

c) Les contours de l'exigence de loyauté

50. Il ne s'agit pas ici d'aborder de manière détaillée la mise en œuvre de l'exigence de loyauté dans la négociation⁵ mais de se limiter à définir ses traits caractéristiques afin de dégager les éléments de divergences et de convergences avec le droit espagnol.

¹ Aux termes de l'article L. 2243-1 CT, « le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ». Ce texte a fait l'objet du controverse doctrinale relative au moment auquel le manquement de l'employeur est constaté. En effet, sachant que l'article L. 2242-1 CT impose deux obligations à l'employeur, il s'agissait de savoir si le texte incriminait uniquement le fait pour l'employeur de ne pas donner suite à la demande d'une organisation syndicale ou visait également l'absence d'initiative. La majorité de la doctrine estime que l'ensemble des obligations de l'employeur est sanctionnable pénalement y compris celle de ne pas prendre l'initiative des négociations. Le Professeur CHALARON estime notamment qu'une interprétation contraire « est difficilement compatible avec la lettre et l'esprit » de la disposition légale (loc. cit., 1990, p. 592 et « La sanction pénale du droit conventionnel », *Dr. soc.*, 1984, p. 505). Dans le même sens, M. DESPAX considère que « les peines applicables le sont à l'employeur qui se soustrait à cette obligation indépendamment du comportement des organisations syndicales » (op. cit., 1989, p. 548). D'autres auteurs ont cependant estimé que l'absence d'initiative n'est pas sanctionnable pénalement (M. PUECH, « L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1984, p. 51). Il est aujourd'hui admis que l'employeur pourra être sanctionné pénalement dès le moment où il n'engage pas de négociation annuelle sur l'une des matières où cette négociation est obligatoire (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1365).

² Lorsque l'employeur initie les négociations de manière imparfaite ou partielle, il ressort de l'article L. 2243-2 CT que peuvent être sanctionnés pénalement les manquements aux obligations « relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire », notamment quant aux matières concrètes à aborder et en matière d'informations préalables à la négociation. Concrètement, il s'agit des « obligations prévues aux articles L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9, L. 2242-11 à L. 2242-14 et L. 2242-19 ». Les peines prévues sont également d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

³ S'il n'engage pas la négociation ou s'il ne respecte pas les différentes obligations qui lui sont imposées durant la négociation.

⁴ Le juge des référés, reconnaissant l'existence d'un « trouble manifestement illicite », peut alors faire cesser immédiatement ce trouble que représente le refus de négocier. Ces mesures peuvent éventuellement être prise sous astreinte (Cass. Soc. 13 juill. 1988, *Bull. civ.* V, n° 454).

⁵ Pour une approche de la loyauté dans les relations individuelles de travail, A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Thèse, Paris-II, 1997.

Les divergences entre les deux dispositifs se manifestent fondamentalement sur trois points.

D'une part, le dispositif légal français se distingue de son homologue espagnol de manière substantielle sur un point : le Code du travail ne contient aucune obligation générale de négocier loyalement ou de bonne foi. La doctrine a néanmoins affirmé qu'un principe de loyauté ou de bonne foi guide le processus de négociation. Certains se basent sur un raisonnement analogique à partir du principe civiliste de bonne foi¹, d'autres estiment qu'il s'agit un principe général guidant l'ensemble de l'ordre juridique². Quoiqu'il en soit, la transposition du droit civil a suscité un vif débat doctrinal. Certains auteurs ont mis en exergue la particularité du droit du travail et, en l'espèce le caractère univoque du droit à la négociation collective qui conduit à faire peser l'exigence de loyauté essentiellement sur l'employeur³. Plus loin, un auteur considère qu'« *une organisation syndicale dont l'objet est la défense des droits et*

¹ Il est admis que l'article 1134 C. civ. qui dispose que « *les conventions... doivent être exécutées de bonne foi* », puisse se transposer à la phase de l'élaboration du contrat. En matière de négociation collective, l'article L. 2262-4 CT (anc. art. L.135-3) qui prévoit que les parties liées par une convention « *sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale* » reprend le sens premier de l'article 1134 C. civ. Considérant qu'aucune disposition ne fait référence au moment de la formation du contrat, la doctrine travailliste a alors effectué la même opération que celle réalisée en droit civil et a estimé que cette obligation de loyauté dans l'exécution de la convention s'appliquait également lors de la négociation (J.P. CHAUCHARD, op. cit., p. 522). Le concept de loyauté de la négociation a donc émergé dans le prolongement du concept civiliste de la bonne foi des parties au contrat (M. PUECH, loc. cit., p. 52 ; B. TEYSSIE, « Les aspects juridiques de la négociation collective d'entreprise », *JCP E*, 1985, n° 8, p. 17).

² Pour le Professeur PELISSIER, le recours au droit civil est inutile. « *Il existe dans notre société un devoir général de loyauté qui s'impose à toutes les personnes juridiques, personnes morales ou individus, dans toutes les branches du droit, aussi bien en droit du travail ou en droit commercial qu'en droit civil* » (« La loyauté dans la négociation », *Dr. Ouv.*, 1997, p. 497). Depuis cette perspective, un auteur considère que « *la bonne foi apparaît finalement comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré peut être défini par le législateur ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence à partir des usages et plus généralement des bonnes pratiques contractuelles* » (J. GHESTIN, *Traité du droit civil, Formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1993, n° 186). On perçoit d'ores et déjà le rôle fondamental que les juges sont destinés à jouer en la matière.

³ Le concept civiliste de bonne foi qui sous-entend l'application du principe de réciprocité, doit donc être aménagé (M.A. SOURIAC, « Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise », *Dr. Soc.*, 1988, p. 738 ; J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 497.). Comme le souligne le Professeur MAZEAUD, « *le synallagmatisme a mauvaise presse dans une culture de confrontation* » (op. cit., p. 216). Par conséquent, « *la notion de loyauté est préférée des travaillistes pour une raison textuelle puisque le code du travail fait une référence à la loyauté (art. L. 135.3 CT, nouvel article L. 2262-4 CT) mais ignore le terme de bonne foi, peut-être aussi pour une raison culturelle. La loyauté serait utilisée pour éviter une filiation trop directe avec le droit des obligations. Ainsi le concept de bonne foi serait intégré en droit du travail, par une appropriation spécifique de la notion par celui-ci. La loyauté permettrait de mieux tenir compte des situations sociales saisies par le droit du travail qui se caractérisent par une inégalité des parties* » (M. MINE, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, 2000, n° 84, p. 49). L'absence de lien entre la négociation et la grève illustre également la faible portée de cette obligation sur la partie salariale (J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 497 ; M. MINE, loc. cit., p. 57 ; M.A. SOURIAC-ROTSCHILD, op. cit., p. 519).

Il importe de préciser que les représentants des salariés restent néanmoins soumis au principe de bonne foi en matière de vices du consentement.

intérêts des salariés pourrait semble-t-il avec légitimité ne pas manifester de volonté d'aboutir à un accord dont l'issue pourrait, à son sens, s'avérer négative pour les salariés »¹. Il est possible d'affirmer que « *la loyauté devient alors un instrument de contrôle du comportement de l'employeur* »².

D'autre part et dans la continuité, les procédures légales de négociation obligatoire particulièrement à la négociation d'entreprise, dégagent des « *manifestations de l'exigence de bonne foi* »³.

Premièrement, la loi prévoit qu'une réunion « *purement préparatoire* »⁴ doit avoir lieu en vue de la conclusion d'un accord dit de méthode dans lequel « *sont précisés le lieu et le calendrier des réunions [et] les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les matières prévues par le présent chapitre et la date de cette remise* »⁵. Cet accord n'aborde donc pas les questions de fond et se limite à favoriser l'établissement d'un cadre propice à la loyauté dans la négociation⁶. Pour cela doivent y être « *précisés* » les informations⁷, le lieu et le calendrier des négociations¹. En cas de désaccord, il revient à l'employeur de fixer unilatéralement ces trois questions².

¹ Notamment si la négociation vise à adopter un accord dérogatoire (M. MINE, loc. cit., p. 55).

D'autres auteurs affirment dans le même ordre d'idée que « *le caractère unilatéral de l'obligation de négocier a au moins une signification ultime et presque désespérée. Le refus de négocier de la part des représentants salariés reste en toute hypothèse un droit, même si le pluralisme et la concurrence syndicale en atténuent grandement la portée* » (M.A. SOURIAU et G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusion et illusion », in *Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2001, p. 221).

² M. MINE, loc. cit., p. 48. Dans ce cadre, la configuration légale de la loyauté « *prend en compte l'originalité de la situation respective des employeurs et des salariés dans le droit de la négociation collective pour déterminer le rôle qu'il convient d'attribuer à la loyauté dans ce domaine* » (J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 497. Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 594) et s'interprète à l'aune de la conception du droit à la négociation comme un droit des salariés (M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 521 ; M.L. MORIN, op. cit., p. 511).

³ J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 497.

⁴ Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 592.

⁵ Article L. 2242-2 CT (anc. art. L. 132-28, al. 2 à 4).

⁶ Cet accord contemple l'ensemble du processus de négociation collective.

⁷ La doctrine a unanimement souligné que la fourniture d'informations agit directement sur l'exigence de loyauté et constitue une condition nécessaire à l'équilibre dans la négociation. Comme l'écrit le Professeur JAVILLIER, « *à l'évidence, il ne peut exister de négociation sans informations préalables et suffisantes* » (« Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. soc.*, 1988, p. 76). Voir également, M.L. MORIN, op. cit., p. 525 ; M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 479 ; B. TEYSSIE, loc. cit., 1990, p. 578 ; A. SUPIOT, loc. cit., 1983, p. 69.

Quant à leur contenu, elles doivent permettre d'aborder les questions « *concernant les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail* » (art. L. 2242-2 2^o CT. Pour une interprétation de cet article, Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 593). Des circulaires ministérielles ont alors concrétisé le contenu de ces informations sur les salaires (circ. du 5 mai et du 25 oct. 1983, *Dr. ouv.* 1983, p. 253), sans toutefois emporté l'unanimité des organisations syndicales et de la doctrine (pour approfondir, M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 476). Une

Deuxièmement, durant les négociations, la loi matérialise l'exigence de loyauté au travers de comportements objectifs, spécialement de l'employeur³. Concrètement l'employeur ne peut prendre unilatéralement de décisions collectives sur les matières de négociations⁴. Lorsque les négociations n'aboutissent pas à un accord, la loi prévoit

auteure souligne que la loi, sans s'attacher au contenu de ces informations, définit leur objectif : elles doivent permettre de faire apparaître « *les raisons des situations* » (Art. L. 2242-2 2° CT ; M.L. MORIN, op. cit., p. 515). Les juges devront donc, en cas de litige, apprécier le contenu des informations transmises à l'aune de cette finalité. On décèle toutefois un principe d'adéquation entre le thème de la négociation et le contenu des informations. (M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 500). Comme en droit espagnol, la doctrine considère qu'il s'agit d'une exigence autonome par rapport aux informations transmises au comité d'entreprise et regrette alors l'absence d'articulation entre la régulation légale exhaustive relative aux informations transmises au comité d'entreprise et celle lacunaire en matière de négociation collective (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 593 ; J.C. JAVILLIER, loc. cit., 1988, p. 76. Pour approfondir, M.L. MORIN, op. cit., p. 516. Une exception doit cependant être mentionnée en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes puisque le rapport remis lors de ces négociations fait référence à celui transmis au comité d'entreprise).

¹ Les questions du lieu mais surtout du calendrier des réunions revêtent une importance considérable. Il est certain que « *la connaissance de la durée, du nombre, de la périodicité des réunions permet à chaque parties de doser ses efforts et de mesurer ses effets dans la négociation* » (J. BARTHELEMY, « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? », *Dr. soc.*, 1988 (a), p. 402).

² Quel est le sens de ce terme « *précisés* » ? Prenant en compte l'esprit général du dispositif de négociation collective, la concrétisation des informations à fournir devrait s'opérer par un accord entre l'employeur et la délégation syndicale. Cette situation idéale peut ne pas se produire si un désaccord subsiste entre les parties (soulignons que le désaccord entre les parties est, dans une certaine mesure, favorisé par l'absence de définition de la loi sur le contenu de ces informations). Considérant que la fourniture de ces informations intervient dans le cadre d'une procédure de négociation obligatoire dont l'organisation et la correcte préparation pèsent sur l'employeur, la majorité de la doctrine admet que l'employeur peut établir de manière unilatérale les informations à fournir (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 592 ; M.L. MORIN, op. cit., p. 516).

L'employeur peut également fixer unilatéralement la date de fin de négociation. Les syndicats, sur le fondement du droit des salariés à la négociation collective, ne sont pas liés par cette décision et peuvent saisir le juge à qu'il appartiendra de déterminer l'existence d'un comportement déloyal (M.L. MORIN, op. cit., p. 516). Un comportement de mauvaise foi peut alors se caractériser par l'établissement d'une durée de négociation manifestement courte ou par le refus de modifier la date unilatéralement prévue à la demande des salariés.

³ Cette option légale permet alors de dépasser les difficultés d'appréciation subjective, voire morale, de la bonne foi (R. SOUBIE, loc. cit., 1983, p. 58 ; J.P. CHAUCHARD, op. cit., p. 522. Pour aller plus loin, M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 515 s.).

⁴ Aux termes de l'article L. 2242-3 CT, « *Tant que la négociation est en cours conformément aux dispositions de la présente section, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie* » (anc. art. L. 132-29, al. 1 CT. Voir Cass. Soc. 29 juin 1994, *Dr. soc.*, 1995 p. 47 et J. SAVATIER « L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise », *Dr. soc.*, 1995 (a), p. 43. Sur la notion d'urgence, M.L. MORIN, op. cit., p. 518 ; M. DESPAX op. cit., 1989, p. 545). Pour la doctrine « *cette interdiction est consubstantielle au concept même de négociation qui implique la volonté d'aboutir à un accord* » (M.L. MORIN, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2008, p. 30 ; M. MINE, loc. cit., p. 48). Selon une opinion doctrinale minoritaire, « *il serait logique d'interdire également aux salariés de faire grève, pendant la période de négociation, sur les thèmes traités* » (B. TEYSSIE, op. cit., p. 522, note 274).

Une autre difficulté a cependant été exposée par la doctrine. Entre deux phases de négociation, l'employeur peut-il prendre une décision unilatérale sur un thème de la négociation obligatoire ? Pour un auteur, cette faculté pourrait aboutir à vider de son sens les prochaines négociations (Ph. LANGLOIS, « La technique juridique et la réforme des conventions collectives », *Dr. soc.*, 1982, p. 284). Un autre secteur doctrinal semble reconnaître une marge de liberté importante à l'employeur (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2001, p. 253). Une dernière position, selon nous la plus satisfaisante, propose d'interdire à l'employeur d'adopter durant cette période des mesures unilatérales si la matière n'a pas été traitée lors de négociations précédentes (M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 500, note 47).

qu'un procès-verbal de désaccord doit être rédigé¹. Celui-ci offre un instrument objectif d'appréciation de loyauté dans la négociation², notamment quant au champ temporel du processus de négociation³, aux dernières propositions avancées⁴ et aux mesures adoptées unilatéralement par l'employeur⁵.

Troisièmement, de manière transversale, une loi de 2006 prolonge l'édifice législatif et énonce, bien que de manière limitée à des procédures de négociations obligatoires déterminées⁶, que « *l'engagement sérieux et loyal des négociations implique que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* »⁷. Les dispositions introduites par la loi de 2006 visent exclusivement la

¹ Art. L. 2242-4 al. 1 CT (anc. art. L. 132-29, al. 2). D'une part, ce procès-verbal démontre que l'obligation de négocier a été remplie et d'autre, il permet aux travailleurs d'apprécier la responsabilité de chaque partie dans l'échec des négociations (M.A. SOURIAU, loc. cit., 1988, p. 737). Notons qu'au niveau de la branche, il ressort de l'article L. 2241-11 CT (anc. art. L. 132-12-3 al. 4) que l'absence d'accords instaurant des mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, doit faire l'objet d'un procès-verbal de désaccord.

² L'ensemble de la doctrine a affirmé qu'il appartient à l'employeur de le rédiger. En raison de son caractère informatif, il n'a donc pas à être signé par les négociateurs.

³ Sa rédaction peut constituer un comportement déloyal si l'employeur utilise cette faculté comme un moyen de mettre un terme à la négociation de manière unilatérale si aucune date de finalisation n'avait été fixée ou contre la proposition de continuer les négociations des syndicats si la période de négociation arrive à échéance.

⁴ Aux termes de l'article L. 2242-4 al. 1 CT, le procès-verbal doit énoncer « *en leur dernier état, les propositions respectives des parties [...]* ».

⁵ Aux termes de l'article L. 2242-4 al. 1 CT, le procès-verbal doit énoncer « *[...] les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement* ». Le contenu et à la portée des engagements unilatéraux pris par l'employeur par rapport à ses dernières propositions permet certainement d'apprécier la loyauté de son comportement. Pour certains auteurs, l'employeur ne peut adopter des mesures moins favorables que celles contenues dans ses dernières propositions (B. TEYSSIE, op. cit., p. 522). D'autres, au contraire, estiment qu'il lui est loisible d'annoncer des mesures en retrait (M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 546). Inversement, afin de discréditer les syndicats, l'employeur peut adopter des mesures plus favorables que les dernières propositions avancées. Sans préjudice de leur application, il demeure toutefois souhaitable que les syndicats puissent engager une action en dommages et intérêts (M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 546 ; Ph. LANGLOIS, loc. cit., 1982, p. 284). Pour approfondir sur la portée des engagements de l'employeur, J. PELISSIER, loc. cit., 1984, p. 682 et infra, n° 655.

⁶ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Plusieurs auteurs ont toutefois affirmé que la généralité des dispositions issues de la loi de 2006 la convertie en « *une sorte de mode d'emploi de la négociation loyale* » (M.F. MAZARS, « Le juge qui s'invite à la négociation », *Dr. ouv.* 2008, p. 282), en une grille d'interprétation pour le juge. Il pourrait donc « *servir de référence à une définition générale de la négociation loyale* » (M.L. MORIN, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2008, p. 29). Antérieurement, un secteur doctrinal avait déjà proposé l'extension de l'article L. 213-4 CT relatif aux travailleurs de nuit, qui prévoyait déjà l'exigence de négocier de manière loyale et sérieuse (M.A. SOURIAU, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 500).

⁷ Au niveau de la branche, lors des négociations obligatoires annuelles et quinquennales (art. L. 2241-12 al. 2 CT et lors de la négociation annuelle d'entreprise en matière de salaires effectifs dans laquelle l'employeur doit de plus convoquer « *à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions* » (L. 2242-10 al. 2 CT).

partie patronale qui reste le sujet principal de l'exigence légale de loyauté dans la négociation¹.

Enfin, le dispositif légal français opte de manière générale pour renvoyer aux négociateurs la responsabilité d'établir un cadre objectif à la négociation² au travers d'un processus de négociation préalable dont l'objet est la conclusion d'un accord de méthode³. Cette option légale est, sans nul doute opportune et permet d'éviter et de prévenir des comportements déloyaux. Néanmoins, deux aspects doivent être pris en compte. D'une part, la régulation légale de ces accords est pour le moins lacunaire⁴ et, d'autre part, cette négociation préalable peut s'avérer « *dangereuse si elle conduit à l'enlisement prématuré ou à la dérivation des discussions sur le fond* »⁵.

¹ M.L. MORIN, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2008, p. 29.

Notons également que l'article L. 2232-27-1 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 concernant la négociation entre employeur et les élus ou les salariés mandatés énumère plusieurs règles qui sont de nature à garantir la bonne foi des négociations (voir infra, n° 224).

² La doctrine écrit ainsi que « *le législateur a fait le choix de confier aux acteurs sociaux eux-mêmes la responsabilité de bâtir ces règles* » (J. BARTHELEMY, loc. cit., 2003, p. 833). Dés lors, « *une base existe pour que dans les entreprises les mieux organisées, un véritable code de la négociation soit élaboré par les parties elles-mêmes* » (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 585). Précisons que l'intervention des négociateurs peut également se traduire lors des processus de révision et de dénonciation auquel seront liés les négociateurs (Cass. Soc. 27 oct. 2004, *Bull. civ. V*, n° 277).

³ Aux termes de l'article L. 2232-20 CT (anc. art. L.132.22) relatif aux procédures de négociation dans l'entreprise, « *l'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, sans préjudice des dispositions prévues aux articles L. 2242-1 et suivants relatives à la négociation annuelle obligatoire en entreprise* ». Ces accords sont également dénommés « *accord de programmation* » (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 585) ou « *accord-cadre* » (B. TEYSSIE, « *La négociation collective, loi n°82957 du 13 novembre 1982* », *JCP E*, 1983, II, 14065). Cette négociation préalable à la négociation sur le fond implique par conséquent que tous les processus de négociation, obligatoire ou facultative, donnent lieu à la célébration d'au moins deux réunions (M. MINE, loc. cit., p. 54). Pour approfondir sur ces accords, M.L. MORIN, op. cit., p. 515 s. ; J. BARTHELEMY, loc. cit., 2003, p. 835.

Il convient de préciser que les négociateurs au niveau de la branche peuvent conclure ce type d'accord qui s'appliquera aux entreprises comprises dans son champ d'application. On retrouve également ce type d'accord lors de négociations au niveau du groupe (J.F. CESARO, « *La négociation collective dans les groupes de sociétés* », *Dr. soc.* 2010, p. 780).

⁴ Contrairement aux processus de négociations obligatoires dans lesquels cette réunion préalable permet de *préciser* certains points, il résulte de cette disposition que ces points doivent être fixés par accord. D'une part, aucune précision n'est donnée quant à la nature de cet accord qui ne peut s'assimiler à une convention collective. D'autre part, si tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise doivent participer à cette négociation, les modalités de conclusion sont laissées à la disposition des parties. La doctrine a écarté l'exigence d'unanimité mais considère que le caractère majoritaire de cet accord constitue une exigence minimum (J. BARTHELEMY, loc. cit., 1988 (a), p. 403). Enfin, en vertu du principe de liberté contractuelle, il convient d'admettre que sa conclusion n'est pas acquise et que son absence n'affecte pas la validité de la convention (dans ce sens, M.A. SOURIAC, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 504 ; M. MINE, loc. cit., p. 54. J. BARTHELEMY estime quant à lui que « *le simple défaut d'accord donne matière à annulation de la convention conclue ensuite* » considérant qu'il s'agit de règles substantielles, loc. cit., 1988 (a), p. 403 ; loc. cit., 2003, p. 833-835).

⁵ M.A. SOURIAC, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 504.

En marge de ces deux divergences notables, il est alors intéressant de souligner que, paradoxalement, les deux dispositifs se rejoignent sur plusieurs aspects et sont confrontés aux mêmes difficultés.

Tout d'abord, la jurisprudence et la doctrine ont complété et entendu le cadre légal. La convocation de l'ensemble des organisations représentatives dans l'entreprise¹, l'interdiction de mener des négociations séparées², l'interdiction d'adopter des mesures unilatérales³, les échanges d'informations et de propositions⁴, le respect des phases de négociation et de consultation⁵ et le refus de négocier des matières facultatives¹ sont

¹ Il s'agit d'une condition de validité de l'accord (Cass. Soc. 9 fév. 2000, *Dr. ouv.*, 2001, p. 265). Elle est exigée à tous les niveaux tant pour la négociation que pour la révision de l'accord collectif (Cass. Soc. 2 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 200, note G. BELIER ; Cass. soc. 17 sept. 2003 *JCP E*, 2004, p. 566, obs. Ph. DARMAISIN; Cass. soc. 12 sept. 2007, déjà cité). L'employeur est également tenu d'inviter tous les syndicats quand bien même ils auraient exprimé leur refus de participer (Cass. soc. 25 oct. 2006, n° 04-20413).

Afin d'éviter tout litige et en l'absence de disposition légale en la matière, il est souhaitable que l'employeur convoque les différents syndicats de forme écrite (voir également Cass. Soc. 1^{er} juin 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 715. Par exemple, par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise en mains propres contre décharge).

² Au niveau de l'entreprise, une décision récente énonce que « *la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à mêmes de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévues pour celle-ci* » (Cass. Soc. 10 oct. 2007, *RDT*, 2008, p. 188, note M.A. SOURIAU. Pour approfondir sur cette question, M.L. MORIN, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2008, p. 28 ; J. BARTHELEMY, loc. cit., 1988 (a), p. 402 ; J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 499 ; M. MINE, loc. cit., p. 52). Certains auteurs ont néanmoins relativisé la portée de cette jurisprudence. Reprenant les propos du Professeur ANTONMATTEI, « *on comprend qu'une pratique de la négociation séparée ne soit pas admise, encore que la prohibition ne concerne que la négociation séparée qui exclut au moins une organisation syndicale représentative : des négociations séparées avec l'ensemble des organisations devraient être à l'abri de la sanction* » (« Négociation collective: moisson jurisprudentielle d'automne », *Dr. soc.*, 2008 (a), p. 185). Plus loin, d'autres auteurs distinguent ce principe qui « *doit être appliqué avec rigueur* » et « *une pratique constante disposant à l'évidence d'un effet utile : l'organisation des discussions bilatérales entre les organisations qui souhaitent en tenir et l'employeur* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008 : nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Paris, Ed. Liaisons, 2009, p. 204).

Au niveau de la branche, lorsque la convention est susceptible d'extension, le cadre légal offre les instruments garantissant la participation de tous les syndicats représentatifs. Aux termes de l'article L.2261-19 CT (anc. art. L.133-1), les conventions susceptibles d'être étendues doivent être négociées et conclues en commission paritaire ce qui implique que toutes les organisations représentatives dans le champ d'application considéré soient présentes durant les négociations et lors de la conclusion (J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 498. Voir également Cons. Etat 26 oct. 1988, *Dr. soc.*, 1989, p. 237, obs. AUFRERE PHILBERT).

³ La doctrine avait admis que l'interdiction pour l'employeur de prendre des mesures unilatérales durant les négociations s'applique de façon générale à la négociation d'entreprise facultative ou obligatoire (J. PELISSIER, loc. cit., 1984, p. 682).

⁴ La doctrine affirme que la loyauté implique de « *faire connaître une information décisive, faire des propositions, ne pas les présenter comme intangibles, examiner les contre-propositions, motiver les refus, ne pas rompre alors que les chances d'accords sont encore sérieuses, ne pas déconsidérer les partenaires* » (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 594).

⁵ Les juges ont, conformément à l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle, rappelé que la mise à l'écart des organisations syndicales au bénéfice de la représentation élue constitue un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. On décèle toutefois que le droit syndical déplace à un second plan l'appréciation de la loyauté (Cass. Crim. 18 nov. 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 409, obs. M. COHEN; *D.*, 1998,

d'autant de matières abordées par les juges et la doctrine. Il ressort de ces apports que le nécessaire caractère sérieux de la négociation vise à apprécier de manière objective les comportements des parties, essentiellement de l'employeur, dans la perspective de la conclusion d'un accord sans prise en compte de leur volonté sous-jacente².

Ensuite, les mécanismes de sanctions aux manquements de l'exigence de loyauté présentent, comme en droit espagnol, certaines carences et renvoient largement à une logique indemnitaire³. Un élément différenciateur par rapport au système espagnol doit néanmoins être souligné. Le caractère objectif des comportements visés par la loi facilite grandement la tâche des juges qui peuvent imposer des obligations de faire ou paralyser les effets de certains comportements⁴.

somm. comm., p. 260, note M.A. SOURIAIC ; J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 499 ; M. MINE, loc. cit., p. 59).

¹ Une procédure de négociation facultative implique que « *le lien de négociation se lie librement, à la suite d'une initiative non formalisée de l'une des parties, acceptée par l'autre* » (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 590). La loi reconnaît, d'une part, aux syndicats de salariés représentatifs dans la branche ou l'entreprise « un droit de saisine » qui leur permet de voir leurs revendications relatives à d'autres sujets, prises en compte à l'occasion des négociations obligatoires. Sa régulation est toutefois renvoyée à la convention de branche qui en définit les modalités d'exercice (art. L.2222-3 CT ; M.A. SOURIAIC, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 506). L'étendue des objets visés par la négociation annuelle d'entreprise, notamment les salaires effectifs et l'organisation du temps de travail, permet, d'autre part, d'y intégrer la quasi-totalité des matières pouvant faire l'objet de négociations (dans ce sens Cass. Soc. 28 nov. 2000, *Dr. soc.*, 2001, p. 212, obs. Ch. RADE. Voir également, M. MINE, loc. cit., p. 53 ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 68).

² J.P. MURCIER, loc. cit., p. 107 ; B. TEYSSIE, op. cit., p. 468. L'influence du droit américain est ici, comme en droit espagnol, importante. Notons également que le caractère sérieux de la négociation apparaissait antérieurement dans la jurisprudence (M.F. MAZARS, loc. cit., p. 282).

³ Les organisations syndicales peuvent demander des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé. Il appartient alors au juge d'apprécier ces comportements au regard des preuves facilitées par la partie salariale. Il s'agit d'une « *démarche délicate* » (M.L. MORIN, op. cit., p. 520) qui amène le juge à « *tenir compte d'une sorte de coutume de la négociation sociale plus souvent que de la jurisprudence du droit civil des contrats* » (Y. CHALARON, loc. cit., 1990, p. 594). La fixation d'une réparation significative est, selon nous, une nécessité afin d'envoyer un message clair à l'employeur et ainsi attribuer une valeur dissuasive à la condamnation. L'administration par l'intermédiaire de l'inspection du travail peut par ailleurs tenter d'influencer les comportements de l'employeur (selon la circulaire du 5 mai 1982, *D.*, 1983, p. 330, « *le rôle attendu de l'inspection du travail est d'inciter et d'aider à la négociation* »).

⁴ La doctrine souligne que les « *critères de la bonne pratique des négociations sont relativement précis. Ils ont un caractère objectif, n'appelant aucune appréciation à connotation morale ou psychologique. Ils sont contruits en termes d'obligations mises à la charge de l'employeur* » (M.A. SOURIAIC, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 500).

L'interdiction d'adopter des mesures unilatérales durant les négociations constitue un exemple illustratif. La solution retenue par la Cour de cassation est la nullité (Cass. Soc. 29 juin 1994, déjà cité. Pour une critique de cette solution qui pénaliserait les salariés lorsque l'engagement de l'employeur leur est favorable, J. SAVATIER, loc. cit. 1995 (a), p. 43).

L'articulation entre les obligations de négocier les accords de GPEC et la mise en oeuvre d'une procédure de licenciement économique représenterait un autre champ d'action pour les juges (pour approfondir sur cette question, P.H. ANTONMATTEI, « GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires », *Dr. soc.* 2007 (a), p. 289 ; G. BELIER, S. GUEDES DA COSTA, « GPEC/PSE : deux dispositifs autonomes », *SSL*, 22 janvier 2007, n° 1291, p. 8 ; S. BEAL et M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP S*, 2006, p. 1002.

Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'une attitude passive, voire hostile de l'employeur n'est pas pénalement répréhensible¹.

Conclusion § 1

51. Pour conclure ce paragraphe, il est important de souligner que les traductions légales française et espagnole sont en cohérence avec les conceptions constitutionnelles du droit à la négociation collective. Le statut des travailleurs reconnaît ainsi explicitement la négociation collective comme une manifestation de l'autonomie collective des acteurs sociaux pour déterminer leurs conditions de travail alors que le Code du travail proclame le droit des salariés de négocier collectivement face à leur employeur conformément au principe de participation des travailleurs².

L'instauration d'obligations ou d'un devoir de négocier s'inscrit alors dans le prolongement de cette distinction. Le devoir de négocier espagnol se caractérise par son objectivité s'imposant à la partie réceptrice de la demande de négociation. Les procédures de négociations obligatoires instituées en droit français visent, au contraire, la partie patronale. Cette considération prend une ampleur supplémentaire au niveau de l'entreprise dans lequel l'employeur est soumis à une obligation d'initiative. La prise en compte des spécificités de la négociation à ce niveau est, selon nous, satisfaisante et opportune³. Dans ce cadre, le caractère pénal des sanctions imposées constitue une spécificité du dispositif français qui résulte satisfaisante contraignant l'employeur à s'asseoir périodiquement autour de la table pour enclencher un processus de négociation.

¹ En effet, les sanctions pénales se réfèrent uniquement à la phase d'initiation des négociations et ne peuvent être appliquées aux abstentions et agissements de l'employeur au cours de la négociation (Cass. Crim. 4 oct. 1989, *Dr. soc.*, 1990, p. 212 ; J. SAVATIER, « L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ? », *Dr. soc.* 1990, p. 154 et A. LYON-CAEN, *D.*, 1990, somm. comm., p. 166. Voir également M. PUECH, loc. cit., p. 52, R. SOUBIE, loc. cit., 1983, p. 59). Une fois le processus de négociation correctement lancé, les agissements de l'employeur sont appréciés à travers de l'exigence de loyauté (M. MINE, loc. cit., p. 56). Les limites de la loyauté sont alors patents puisque comme l'a souligné un auteur, l'employeur « a le droit de proposer le statu quo » (J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 501).

Précisons toutefois qu'il s'expose à des sanctions pénales en cas de comportements graves portant atteinte au droit syndical (art. L.481-3 CT et L. 481-2 CT).

² Le Professeur RAMÍREZ a néanmoins justement souligné que « la reconnaissance d'un devoir de négocier suppose de dépasser une conception « classique » de la négociation comme liberté pour une conception de celle-ci comme droit » (loc. cit., 1994, p. 43).

³ Comme le souligne le Professeur RAMÍREZ, le devoir ou l'obligation de négocier trouve une plus grande importance en matière de négociation d'entreprise puisqu'il entre directement en conflit avec le libre exercice du pouvoir de direction de l'employeur (loc. cit., 1994, p. 44). Autrement dit, au niveau de la branche, « il existe moins d'opposition à une reconnaissance valide pour la négociation » qu'au sein de l'entreprise ce qui justifie que « le devoir au sein de la branche est moins important que quand il se fait au niveau de l'entreprise » (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1981, p. 200).

Elle met dans tous les cas « *en relief l'importance du droit en cause et conserve une certaine force dissuasive* »¹. Il convient cependant de prendre en compte son caractère partiel. En effet, l'obligation de négocier ne vise que certaines matières qui, bien que substantielles, ne permettent pas aux procédures de négociations obligatoires d'aborder l'ensemble des conditions de travail.

Enfin, la configuration de la bonne foi en droit espagnol et de la loyauté en droit français est également largement influencée par la conception légale du droit à la négociation collective. Dans ce sens, alors que le droit espagnol prévoit une obligation générale de négocier sous le principe de bonne foi applicable aux deux parties à la négociation, le droit français vise essentiellement, dans plusieurs dispositions légales ponctuelles, les comportements de l'employeur prêtant une attention particulière à la fourniture d'informations.

En définitive, en raison du principe de liberté contractuelle et de la complexité de trouver des mécanismes de sanctions efficaces², la bonne foi ou de la loyauté dans la négociation s'inscrit largement dans la fonction de la loi de promouvoir la négociation³ et renvoie à la dimension contractuelle de la convention collective⁴.

§ 2 : *La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective*

52. Les développements antérieurs nous ont permis de mettre en exergue la compétence de la loi à mettre en œuvre le droit à la négociation. Cette compétence est-elle néanmoins illimitée ? Peut-elle conduire à la disparition du droit à la négociation collective, à le vider de son sens ? A première vue et aux termes des développements antérieurs, la Constitution espagnole semble catégorique en employant le terme *garantir*. Elle implique l'obligation pour le pouvoir législatif d'élaborer un cadre permettant l'exercice de ce droit. En France, au contraire, dans le silence des textes, la jurisprudence constitutionnelle est restée plus laconique se limitant à rappeler la

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1982, p. 732.

² Comme le souligne la doctrine, « *sanctionner une simple obligation de moyen, obligation de négocier et non de conclure, tout en ménageant les meilleures chances d'aboutir à un accord, suppose un maniement très délicat des ressources qu'offre l'art juridique* » (M.A. SOURIAC, loc. cit., 1982, p. 732).

³ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1982, p. 732. L'intervention de la loi s'avère ici souhaitable et pertinente puisque, comme l'affirmait le Professeur DESPAX, « *la stabilité juridique étant de toute évidence avantageuse, pour le groupe économiquement dominant, c'est le plus souvent le patronat qui refusera de négocier* » (op. cit., 1989, p. 207).

⁴ M.L MORIN, loc. cit., *Dr. soc.*, 2008, p. 29; J. PELISSIER, loc. cit., 1997, p. 496. Pour approfondir, voir infra, n° 66.

compétence législative en la matière. Cependant, dans les deux systèmes, il ressort finalement que le droit à la négociation collective bénéficie d'une valeur constitutionnelle garantissant son existence¹. C'est alors l'intensité de cette protection qui varie. En Espagne, la protection dont bénéficie le droit à la négociation collective est importante et s'exerce de manière directe à travers la notion de *contenido esencial*. En France, en l'absence de reconnaissance constitutionnelle explicite, le Conseil constitutionnel a suivi l'empreinte libérale de la Constitution de 1958 et n'opère qu'un contrôle restreint de l'intervention législative.

A. Le rôle de la notion de *contenido esencial* en droit espagnol

53. L'article 53.1 CE constitue d'une part, comme nous l'avons abordé antérieurement, un argument décisif en faveur de l'applicabilité directe de l'article 37.1 CE². Cet article prévoit d'autre part que l'exercice des droits visés doit être régulé par la loi « *qui dans tous les cas doit en respecter le contenido esencial* »³. Dès lors, il s'agit de définir cette notion de contenu essentiel afin de limiter l'intervention de la loi.

L'article 53 contient néanmoins un deuxième paragraphe relatif à d'autres mécanismes de garantie et de protection des libertés et droits fondamentaux. Le droit à la négociation collective en est a priori exclu. Cependant, les juges constitutionnels ont rattaché, dans certaines hypothèses, le droit à la négociation collective au contenu essentiel du droit de liberté syndicale afin de permettre la mise en œuvre de ces mécanismes.

¹ La doctrine française a eu l'occasion de rappeler qu'« *il ne suffit pas en effet [...] d'inscrire un droit au nombre des droits fondamentaux reconnus par la Constitution pour qu'en soit assurée positivement la constitutionnalisation ; il importe que soit clairement précisée la portée du principe constitutionnel en termes de droit positif, s'agissant plus particulièrement de l'exercice par le législateur de ses compétences normatives* » (X. PRETOT, loc. cit., 1991, p. 194).

² Voir supra, n° 25.

³ Le mécanisme permettant le contrôle du contenu de l'intervention légale est prévu dans ce même article et renvoie à l'article 161.1.a) CE, relatif au recours en inconstitutionnalité contre les lois et les dispositions normatives ayant force de loi (voir sur cet article, M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *El recurso de inconstitucionalidad (prologue de J. ALMUNIA)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001).

1. Le contenu essentiel comme limite de l'intervention légale

54. Le droit à la négociation collective constitue une réserve de loi qui implique l'intervention de la norme légale afin d'assurer sa mise en oeuvre et son effectivité¹. Cette intervention doit néanmoins être compatible avec la reconnaissance de l'autonomie collective. La doctrine a souligné que la réserve de loi ne pouvait alors être interprétée que dans un sens, celui du « *compromis formel de la part de la norme étatique de respecter ce pouvoir de régulation* », de respecter son « *espace vital pour son développement* »². En d'autres termes, la loi est placée au service de l'autonomie collective. Le texte constitutionnel reprend alors cette idée au travers de la notion de contenu essentiel.

Cette notion demeure néanmoins difficile à cerner. La liberté syndicale a constitué une matière dans laquelle ont pu être définis certains éléments clefs pour sa compréhension. La doctrine et la jurisprudence ont alors tenté d'en définir les contours. Pour la doctrine, le contenu essentiel correspondrait ainsi aux « *facultés et possibilités d'actions nécessaires pour que ce droit soit reconnu comme pertinent au droit décrit et sans lesquelles celui-ci ne correspond plus au droit décrit* »³. Il permet d'identifier les limitations qui peuvent le rendre inapplicable, qui l'affectent d'une manière déraisonnable et qui le privent de toute efficacité. Dans ce cadre, comme le souligne le Professeur CAMPS, le contenu essentiel « *suppose l'interdiction d'ingérences injustifiées des pouvoirs publics, du pouvoir législatif inclus. [...]. Les lois doivent constituer un développement ou une concrétisation en accord avec la CE et, comme règle générale, seront seulement des options de politiques législatives admissibles celles qui établiront des limitations au contenu contractuel des conventions collectives qui seront raisonnablement orientées à la sauvegarde des droits et biens constitutionnellement protégés* »⁴.

¹ Aux termes de l'article 53.1 CE, la réserve de loi implique que la mise en oeuvre d'un droit reconnu constitutionnellement ne peut pas s'effectuer par voie réglementaire. La notion de « *réserve de loi* » se rapproche donc fortement de celle de « *domaine réservé* » en droit français et de la répartition de compétence entre loi et le règlement prévue aux articles 34 et 37 de la Constitution française.

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 28.

³ S. M. CARDELUS MUÑOZ-SECA, « Estudio del derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional en recurso de inconstitucionalidad, de 8 de abril de 1981 », *REDT*, 1982, n° 11.

⁴ L.M. CAMPS RUIZ, « El contenido normativo de los convenios colectivos », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 278.

Pour le Tribunal Constitutionnel, le contenu essentiel d'un droit n'est plus respecté lorsque la loi aboutit à soumettre le droit « *à des limitations qui le rendent impraticable* »¹. C'est donc une protection indirecte, a posteriori qui est établie. Le contenu essentiel ne se définit pas a priori, il constitue un cadre d'appréciation de la réalité et de la pratique légale d'un droit qui doit permettre son effectivité².

La définition du « contenu essentiel » élaborée par le TC marque ainsi une limite à l'action législative dans la mise en œuvre des droits fondamentaux et des libertés publiques et spécialement pour ce qui nous intéresse, du droit à la négociation collective. En définitive, le respect du *contenu essentiel* du droit aboutit à limiter qualitativement mais également quantitativement l'intervention légale qui ne pourra être exhaustive et porter sur tous les objets. La doctrine espagnole dégagait ainsi la double limite de l'intervention légale : négative, limitant l'ingérence des pouvoirs publics et préservant un *espace vital* à la négociation collective et positive en obligeant la loi à garantir l'effectivité de ce droit³.

2. La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective comme contenu essentiel de la liberté syndicale

55. En réaction à la répression franquiste, l'Espagne constitutionnelle et démocratique a attaché une importance particulière à la protection des droits et libertés fondamentaux de tous les citoyens. Le texte constitutionnel rend compte de cette préoccupation et prévoit à l'article 53.2 CE que « *tout citoyen pourra réclamer la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre II devant les tribunaux ordinaires, selon une procédure prioritaire et abrégée et, le cas échéant, au moyen du recours en garantie des droits devant le Tribunal constitutionnel. Ce dernier recours sera applicable à l'objection de conscience,*

¹ STC du 8 avril 1981. La distinction opérée par les juges entre *contenu essentiel* et *contenu additionnel* constitue également une clef méthodologique intéressante. Selon le Tribunal constitutionnel, le contenu additionnel correspond à l'ensemble des facultés légales ou conventionnelles dont *peuvent profiter* les syndicats pour remplir leur fonction. Le contenu essentiel doit alors permettre au droit de remplir sa finalité alors que le contenu additionnel correspond aux moyens établis pour le mettre en œuvre. La finalité du droit demeure constante alors que les moyens pour le mettre en œuvre peuvent varier (STC du 25 janvier 1988).

² Il constitue « *le noyau minimum et indispensable sans lequel le propre droit de liberté syndicale ne serait reconnaissable* » (STC 31 mars 1986 et 25 janvier 1988).

³ F. VALDÉS DAL-RÉ, « El paradigma legal en la negociación colectiva », *RL*, 1990-I, p. 271.

reconnue à l'article 30 »¹. Deux procédures de recours en cas de vulnération des droits ou libertés sont prévues. Le premier permet à tous les citoyens de saisir les tribunaux ordinaires au travers d'une procédure prioritaire et abrégée. Le deuxième est le recours en garantie des droits² devant le Tribunal Constitutionnel. Ces deux mécanismes peuvent être mis en œuvre uniquement lorsque les droits et libertés en question correspondent à l'article 14 CE (principe d'égalité) ou à ceux compris dans la section première du chapitre II intitulée « *des droits fondamentaux et des libertés publiques* ». En matière de droit du travail, bénéficient directement de ces mécanismes le droit de grève et la liberté syndicale. La protection de la négociation collective serait par conséquent assurée par un simple recours devant les tribunaux ordinaires sans aucune particularité.

Tout en rappelant que le droit à la négociation collective n'est pas un droit fondamental au sens propre³, le Tribunal constitutionnel a cependant admis certains recours visant à sa protection. C'est alors de manière indirecte et à travers la notion de contenu essentiel que les juges constitutionnels admirent la mise en œuvre du recours en garantie des droits. Le raisonnement des juges consiste alors à considérer que le droit à la négociation collective intègre le contenu essentiel de la liberté syndicale et doit, à ce titre et dans cette hypothèse, bénéficier d'une protection constitutionnelle⁴. Une interprétation combinée des articles 7 et 28.1 CE permet de dégager le contenu essentiel de la liberté syndicale⁵ qui inclut tout d'abord l'activité syndicale conformément au

¹ Il convient également de citer la protection spécifique prévue à l'alinéa 3 relative aux principes recteurs de la politique sociale et économique énumérés dans le chapitre III du même titre. Aux termes de cet alinéa, « *la reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre III inspirent la législation positive, la pratique judiciaire et l'activité des pouvoirs publics. Ils ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent* » (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1988, p. 55).

² En espagnol, « *recurso de amparo* ».

³ STC 98/1985 du 29 juill.

La notion de droits fondamentaux demeure toutefois difficile à cerner. La CE ne donne aucune définition des droits fondamentaux ce qui ajoute évidemment un degré supplémentaire de confusion. Nous pouvons cependant considérer qu'il s'agit de droits qui « *présentent une supériorité sur les autres et augmentent leur condition de droit subjectif c'est à dire directement applicable devant les juges et les tribunaux et doté d'une protection juridictionnelle déterminée* » (E. ÁLVAREZ CONDE, op. cit., p. 353).

⁴ STC 10/1982 et 23/1983. La doctrine souligna que le traitement par la jurisprudence constitutionnelle du droit à la négociation collective a presque en totalité été en connexion avec d'autres droits constitutionnels et notamment la liberté syndicale, conditionnant par conséquent son analyse, voir J. GARCÍA BLASCO, « *La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva* », *TL*, 2004, n° 76, p. 69. Voir également, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1990, p. 13.

⁵ Selon le TC, « *le droit constitutionnel de liberté syndicale comprend non seulement les droit des individus à fonder des syndicats et de s'affilier à celui de leur choix mais également le droit à ce que les syndicats fondés [...] réalisent les fonctions qui sont possibles d'attendre de leur part, en accord avec le caractère démocratique de l'Etat et avec la place qui doit être reconnu à cette institution* » (STC 70/1982 du 29 nov.).

mandat de l'article 7 CE¹. Le TC envisage également la double dimension de l'article 28.1 CE qui se déploie non seulement au niveau individuel en permettant la création de syndicats et l'affiliation syndicale mais aussi au niveau collectif en garantissant aux syndicats la liberté de leur action. Au fil des sentences, le TC va alors en définir les moyens et les instruments qui permettront aux syndicats de remplir les fonctions qui leur sont attribuées constitutionnellement². Par rapport au droit à la négociation collective, le TC affirma en 1984 que « *la négociation collective constitue sans aucun doute le moyen primordial* » de l'activité syndicale³. Le recours devant le TC pour protection du droit à la négociation collective est donc admis lorsque celui-ci implique également une vulnérabilité de la liberté syndicale⁴.

En guise de conclusion, il est important de souligner que la notion de contenu essentiel constitue une notion clef afin d'envisager la protection dont bénéficie le droit à la négociation collective. Celle-ci se déploie ainsi sur deux dimensions : directement, en limitant l'action de la loi et indirectement, en permettant le rattachement du droit à la négociation collective à la liberté syndicale et, par conséquent, l'intervention du Tribunal constitutionnel lors de litiges étrangers à toute action étatique.

B. Les implications de la proclamation légale du droit des salariés à la négociation collective en France

56. La négociation collective envisagée comme une des modalités de mise en œuvre du principe de participation demeure incontestablement dans le domaine de la loi laissant en suspens la question de sa protection constitutionnelle. Dans ce cadre peu propice, la doctrine a alors élaboré plusieurs raisonnements permettant d'assurer à la négociation collective un traitement particulier. Le concept de Principe Général du Droit du travail (PGD) rend compte de la place accordée au droit des salariés à la négociation

¹ La protection de l'activité syndicale permet ainsi aux syndicats de remplir leur « *fonction de défense des intérêts professionnels* » (STC 23/1983, 14 déc. 1983, STC 121/2001).

² C'est tout d'abord le droit de grève qui fut intégré dès 1981, dans le contenu essentiel de la liberté syndicale STC du 8 avril 1981. Rapidement le TC va également évoquer le droit d'adopter des mesures de conflits collectifs, STC 70/1982 du 29 nov, STC 37/1983 du 11 mai.

³ STC 73/1984 du 27 juin. Plusieurs fois confirmée, voir par exemple : STC 98/1985 du 29 juill., 39/1986 du 31 mars, 104/1987 du 17 juin ou 9/1988 du 25 janv.

⁴ STC 208/1993 du 28 juin. Inversement, toute atteinte au droit de la négociation ne constitue donc pas une atteinte au droit de liberté syndicale (STC 118/1983), notamment lorsqu'il s'agit du comité d'entreprise, STC 134/1994; STC 74/1996.

collective. Plus loin, plusieurs auteurs ont défendu le principe même de la négociation collective en marge de sa configuration comme droit des salariés.

Distinguer le droit à la négociation collective comme PGD ou comme droit protégé dans son principe présente dans l'actualité un intérêt important. En effet, cette distinction permet selon nous de saisir l'évolution du dispositif légal régulant le droit à la négociation collective.

1. Le droit des salariés à la négociation collective comme PGD

57. La notion de PGD à laquelle nous nous référons ici est le fruit d'une construction doctrinale qui s'inscrit dans une démarche d'identification des originalités du droit du travail par rapport aux mécanismes classiques du droit civil, permettant de l'envisager comme un droit autonome¹. Se situant par conséquent dans une « *perspective essentiellement doctrinale* »², il doit être distingué du PGD au sens de la jurisprudence administrative³.

L'intérêt de cette construction doctrinale est d'offrir une grille d'analyse pertinente du droit à la négociation collective⁴. Afin d'envisager l'apport de cette notion, nous aborderons donc successivement sa construction et ses fonctions ce qui nous amènera à mettre en exergue ses particularités par rapport aux autres principes présents dans le droit français et notamment par rapport aux principes fondamentaux au sens de l'article 34 CF.

Se fondant sur la généralité de la proclamation légale du droit des salariés à la négociation collective et sur la jurisprudence⁵, ce secteur doctrinal le qualifie de

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1974, p. 229 et loc. cit., 1978, p. 36. Dans ces deux articles, l'auteur insiste fortement sur la dimension collective du droit du travail.

² M.L. MORIN, op. cit., p. 242.

³ Dans la matière qui nous intéresse, le principe de la libre conclusion d'accords d'entreprise ou d'établissement constitue un principe général du droit invoqué par le Conseil d'Etat en 1970 (Cons. Etat, 21 juill. 1970, déjà cité).

⁴ Selon M.L. MORIN, cette notion « *permet de rendre compte de trois dimensions différentes qui, les unes et les autres, contribuent à caractériser le droit des salariés à la négociation collective. D'une part, ce droit est une application de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution et réalise aussi le droit de négocier collectivement reconnu par la convention 98 de l'OIT (place hiérarchique du droit) ; d'autre part, par sa généralité, ce droit gouverne tout le droit de la négociation collective (étendue matérielle du droit). C'est enfin un droit qui consacre, dans le système juridique, le rôle économique et social de la négociation collective (représentations qui animent ce droit)* » (op. cit., p. 242).

⁵ En référence à l'arrêt du Conseil d'Etat de 1970, la doctrine estime que même si la Haute Cour administrative « *a surtout fait appel à la notion de « principes fondamentaux du droit du travail » au sens de l'article 34 de la Constitution pour souligner que l'autorité réglementaire ne disposait pas de la compétence* », elle a « *entendu surtout souligner l'autorité propre du principe dégagé, bien plus que*

principe général du droit du travail. Dès lors il irradie et guide l'interprétation de l'ensemble du dispositif relatif à la négociation collective¹. Cette qualification permet de rendre compte de la construction progressive du droit à la négociation collective et marque aussi le passage du droit de l'accord, fruit de la liberté conventionnelle des acteurs sociaux, à la négociation conçue comme un droit des salariés dont la procédure doit être organisée². Comme tout principe, le PGD présente une triple généralité : « *une généralité logique en tant que normes, une généralité d'extension en tant que règles « principe » et surtout une généralité par l'intensité correspondant à une autorité singulière dans la hiérarchie, qui est le trait distinctif de cette catégorie de normes* »³.

Dès lors, cette triple généralité permet aux PGD de remplir diverses fonctions. Selon le Professeur G. LYON-CAEN, les PGD servent de guide aux juges pour interpréter les règles d'origine légale ou conventionnelle notamment en cas de vide normatif, permettent l'application d'une règle dans un domaine où elle est inapplicable et « *délimitent les exigences minimales d'une harmonisation ou d'une unification du droit du travail dans l'ordre international* »⁴.

D'un point de vue hiérarchique, la qualification de PGD permet également au droit des salariés à la négociation collective de bénéficier d'une intensité particulière les plaçant entre la loi et le règlement⁵. Face au Règlement, le droit à la négociation collective est ainsi doublement protégé, qualifié à la fois de principe fondamental du droit du travail et de PGD⁶. Ce rapport de supériorité avec le règlement constitue de fait

l'appartenance de son objet au domaine législatif délimité par l'article 34 » (A. JEAMMAUD, loc. cit., 1982, p. 623).

¹ Citons ici principalement les Professeurs G. LYON-CAEN, (loc. cit., 1978) et M.L. MORIN, op. cit.

² M.L. MORIN, op. cit., p. 3.

³ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1982, p. 623.

⁴ Loc. cit., 1978, p. 36.

A partir de là, les PGD ont vocation à être interprétés et appliqués sans aucun texte permettant leur fondement. Cette caractéristique permet de mettre en avant une double caractéristique à la fois contradictoire et complémentaire. Ils permettent d'assurer la cohérence globale du système garantissant une interprétation uniforme des lois et un large contrôle de la validité des règlements. Dans ce cadre, le PGD se convertit en un facteur de stabilité et de sécurisation du système juridique, « *de conservation sociale* » intervenant à la fois sur la substance et sur l'objet de la norme mise en question. D'autre part, agissant sans fondement textuel, le PGD constitue une notion permettant au système juridique d'évoluer et de se transformer. Il représente alors l'instrument juridique pour adapter le droit à la réalité sociale ou au contraire la modeler ou l'influencer (A. JEAMMAUD, loc. cit., 1982, p. 627).

⁵ Comme le souligne le Professeur JEAMMAUD, les PGD constituent une « *catégorie de principes-normes de valeur supérieure aux règlements* » (loc. cit., 1982, p. 627).

⁶ Reprenant les propos du Professeur JEAMMAUD : « *en clair : le pouvoir réglementaire ne peut déroger ou porter atteinte à certaines règles positives qualifiées de principes généraux, parcequ'elles appartiennent au domaine des « principes fondamentaux du droit du travail » soustraites à sa compétence par la Constitution ; mais leur appartenance à ce domaine tient à ce qu'elles sont d'abord des « principes généraux du droit » au sens de la jurisprudence classique du Conseil d'Etat. Elles s'imposent donc à double titre au pouvoir réglementaire : par leur substance qui menace d'annulation*

l'élément rapprochant les PGD et les principes fondamentaux au sens de l'article 34 CE. Le Professeur G. LYON-CAEN estima dans cet ordre d'idée qu'« *entre principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution et principe général, la différence ne paraît que verbale* »¹. Une différence apparaît néanmoins lorsque sont envisagés les rapports de ces principes avec la loi. En effet, alors que la loi est compétente pour mettre en œuvre les principes fondamentaux ce qui suppose qu'elle ne peut les marginaliser, elle peut remettre en cause les PGD. Dès lors, nous estimons comme le Professeur JEAMMAUD que leur distinction est nécessaire² puisque si l'expression « principes fondamentaux » peut renvoyer à des principes à valeur constitutionnelle³, les PGD n'ont aucun effet à ce niveau⁴. En définitive, le contrôle de l'intervention législative s'opère grâce à la qualification du droit à la négociation comme principe fondamental au sens de l'article 34 CF et à la valeur constitutionnelle du principe de participation auquel il est rattaché.

Pour conclure, deux dimensions doivent être distinguées : d'une part, le droit des salariés à la négociation collective constitue une option législative qui peut donc être remise en cause et qui est qualifiée par la doctrine de PGD. D'autre part, le droit à la négociation collective se conçoit comme modalité du principe de participation qui doit faire l'objet d'une mise en œuvre légale dans le respect dudit principe de valeur constitutionnelle.

pour contrariété à la légalité tout acte par lequel ce pouvoir poserait des normes incompatibles avec elles, et par leur objet, tel que cet acte serait affecté d'un vice d'incompétence » (loc. cit., 1982, p. 624).

¹ Loc. cit., 1978, p.36, note 2.

² Pour justifier la confusion, l'auteur souligne que « *c'est souvent parce qu'elle s'ordonne autour d'une disposition majeure qui fait figure d'authentique principe-norme (principe général du droit ou principe de nature constitutionnelle) qu'une matière se trouve réservée à la compétence législative en vertu de l'article 34* » (loc. cit. p. 619).

³ M.L. MORIN procède dans une certaine mesure à la même constatation estimant que la notion de principe fondamental « *comprend certainement la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels des salariés* » tout en soulignant qu'elle renvoie, « *dans l'économie de la Constitution de 1958, à tout ce que le législateur ne peut abandonner au pouvoir réglementaire* » (loc. cit., CNRS, 2000, p. 88).

⁴ En d'autres termes, la qualification de principe fondamental au sens de l'article 34 CF attribuée à la loi la compétence de mettre en œuvre le droit à la négociation collective dans le respect des principes constitutionnels, en l'occurrence du principe constitutionnel de participation tandis que la qualification de PGD laisse le droit à la négociation collective à la disposition de la loi sans y opérer de contrôle limitant uniquement l'action du pouvoir réglementaire.

2. Les limites au contenu de l'intervention légale : le noyau dur du droit à la négociation collective

58. Comme nous l'avons déjà souligné, il incombe au législateur de mettre en œuvre les principes fondamentaux du droit du travail dans le respect du principe constitutionnel de participation¹. Se basant sur l'article 34 CF, le Conseil constitutionnel estime que « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en œuvre* »². Or la jurisprudence constitutionnelle estime que le principe de participation est réalisé par une « *concertation appropriée* »³. La négociation n'est ainsi qu'une modalité de sa mise en œuvre. On peut alors se demander si le dispositif légal peut aboutir à vider de son sens le droit à la négociation collective. Serait-il recevable que le principe de participation soit légalement mis en œuvre au travers de procédures de concertation appropriée dans lesquelles ne figure pas la négociation collective ?

L'ensemble de la doctrine estime que la loi ne peut aboutir à la disparition du droit à la négociation collective⁴ et lui reconnaît, dans son principe, une valeur constitutionnelle. Selon le Professeur ALIPRANTIS, la négociation collective doit être protégée dans son *noyau*⁵. Autrement dit, le pouvoir législatif pourrait restreindre ou favoriser le droit à la négociation collective mais ne pourrait pas supprimer la négociation collective⁶ ni la remettre en cause substantiellement⁷. Certaines garanties légales doivent donc être prévues afin de garantir la réalité du principe de participation et corrélativement du droit à la négociation collective⁸.

¹ DC n° 77-79 du 5 juill. 1977, déjà citée.

² Par exemple, DC n° 93-328 du 16 déc. 1993, déjà citée ou DC n° 94-348 du 3 août 1994.

³ DC n° 89-257 du 25 juill. 1989, *Dr. Soc.* 1989, p. 627.

⁴ Mentionnons également les conventions et traités internationaux ratifiés et spécialement ceux de l'OIT qui constituent une protection supplémentaire. Sur ce point, nous renvoyons au développements de M.L. MORIN (op. cit., p. 113).

⁵ N. ALIPRANTIS, op. cit., p.100.

⁶ M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 68 ; M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 87 ; G. LYON-CAEN, loc. cit., 1989. L'auteur estime que la loi ne peut que le restreindre.

⁷ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^e ed., 2008, p. 720.

⁸ Citons par exemple, un statut protecteur pour les négociateurs qui « *est le garant de l'indépendance des délégués des salariés, sans laquelle les personnes conduites à conclure des accords collectifs ne peuvent exercer leurs fonctions* » (DC n° 96-383 du 6 nov. 1996 qui poursuit : « *la protection touche à l'exercice même de leur mission de négociation* » et « *doit assurer la nécessaire indépendance du négociateur à l'égard de l'employeur* »).

3. Vers une transformation de la conception de la négociation collective: de la proclamation d'un droit des salariés à la reconnaissance de l'autonomie collective?

59. Les considérations antérieures ont permis de souligner que la conception du droit à la négociation collective comme droit des salariés constitue la traduction légale du principe constitutionnel de participation des travailleurs que la doctrine a qualifié de PGD.

Selon nous, ce postulat semble pourtant aujourd'hui sujet à une profonde remise en cause. En effet, l'évolution actuelle du droit positif appelle à s'interroger sur la vigueur de cette conception. Sans entrer ici dans un développement détaillé, il convient d'identifier certains éléments clefs permettant d'argumenter en faveur de cette position.

Les rapports entre la loi et la négociation collective ont tout d'abord opéré une profonde transformation. La loi du 31 janvier 2007 sur « *la modernisation du dialogue social* » marque incontestablement une transformation du rôle de l'Etat¹. Alors que celui-ci tendait à considérer essentiellement les relations entre représentants des employeurs et représentants des salariés, cette nouvelle loi change incontestablement de perspective, envisageant les relations entre l'Etat et les acteurs sociaux, c'est-à-dire entre la loi et la négociation collective. Dans le même ordre d'idée, la négociation collective remplit dorénavant une fonction de mise en œuvre de la loi, une fonction réglementaire d'exécution des lois². Consécutivement, la convention collective s'est émancipée du carcan légal et dispose aujourd'hui d'une liberté normative importante. La conception traditionnelle du droit des salariés à la négociation collective s'appuyait en effet principalement sur la logique de l'ordre public social. Dans ce cadre, la négociation collective comme droit des salariés permettait à ces derniers de négocier

¹ Article L. 1 CT (anc. art. L. 101-1) : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* ».

² V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Paris, Economica, PU Aix-Marseille, 2003, p. 126.

Le Conseil constitutionnel admet en effet qu'« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations de travail, de laisser aux employeurs et salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (DC n° 89-257 du 25 juill. 1989, *Dr. soc.*, 1989, p. 701. Lors de cette décision de 1989 le Conseil Constitutionnel consacra le pouvoir normateur des interlocuteurs sociaux et refusa de voir en l'Etat le détenteur du monopole de la création de normes (X. PRETOT, « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.*, 1989, p. 701).

collectivement des conditions de travail plus favorables que les dispositions légales et réglementaires. Au fil des transformations politiques, économiques et sociales, les fonctions de la négociation collective se sont cependant multipliées aboutissant à l'attribution d'une capacité normative en dehors de toute limitation légale¹.

Parallèlement les règles d'articulation entre conventions collectives de niveaux différents ont également connu de profonds bouleversements. Si traditionnellement, la convention d'entreprise régulaient les conditions de travail dans le cadre défini par les conventions de branche², une évolution amorcée en 1982 et fortement renforcée en 2008 conduit à une émancipation de la convention d'entreprise³

Ces mouvements se voient alors accompagnés d'une volonté de légitimation des accords collectifs. La récente loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a profondément transformé le régime de représentativité syndicale et les conditions de conclusion des conventions et constitue une parfaite illustration de ce tendance⁴. La traditionnelle défiance du droit français face à l'autonomie collective voit alors peut-être dans la démocratie sociale un euphémisme tranquilisateur⁵.

En fin de compte, l'ensemble de ces mouvements a provoqué l'essor de conventions collectives qui aboutissent à une régression ou, dans le meilleur des cas, à une modification des conditions de travail des salariés. Or, il est cohérent de penser que la négociation collective conçue comme un droit des salariés implique nécessairement une dimension positive pour ces derniers⁶. Dans le cas contraire, ne serait-il pas plus juste de considérer que la négociation collective correspond de manière plus objective à une manifestation de l'autonomie collective⁷. Même si le cadre constitutionnel ne semble pas propice à une telle vision⁸, l'historique caractère univoque du droit à la

¹ Pour approfondir, voir infra, n° 368 s.

² Voir infra, n° 638 s.

³ Voir infra, n° 703 s.

⁴ Pour approfondir, voir infra, n° 95 s.

⁵ Sur cette idée, P.Y VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 649.

⁶ Le Professeur DOCKES note justement que les sources du droit promues par les réformes légales (conventions face à la loi et conventions d'entreprise face aux conventions de branche) se déplacent où le pouvoir de l'employeur est le plus fort (loc. cit., 2004, p. 628).

⁷ Il est alors intéressant de noter qu'au niveau européen, « le droit à la négociation se bilatéralise » (A. MAZEAUD, op. cit., p. 216). En effet la charte des droits fondamentaux de l'union européenne dispose que « les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, [...] le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ». Dans le même sens, la directive européenne du 11 mars 2002 relative à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise traite de « l'esprit de coopération » dans le but de trouver un accord.

⁸ La filiation de la négociation collective avec le principe de participation des travailleurs confère en effet au droit à la négociation collective un caractère univoque rendant difficile la reconnaissance de l'autonomie collective qui implique au contraire le caractère bilatéral du droit à la négociation collective.

négociation collective conçu dans l'esprit paternaliste et protecteur du droit français se voit aujourd'hui confronté à une réalité distincte à laquelle la reconnaissance de l'autonomie collective rendrait plus fidèlement compte. Nous aborderons alors tout au long du devoir comment le droit espagnol propose une grille de lecture intéressante pour saisir l'évolution actuelle du droit français.

CONCLUSION CHAPITRE I

60. Au terme de ce chapitre, il apparaît clairement que les droits espagnol et français optent pour deux conceptions différentes du droit à la négociation collective. En Espagne, la négociation collective se conçoit constitutionnellement comme un droit de liberté, comme une garantie institutionnelle assurant, face à l'Etat, l'existence d'un système de négociation collective permettant aux acteurs sociaux de déterminer eux-mêmes les conditions de travail. En France, le droit à la négociation collective, issu du principe de participation des travailleurs, se présente comme un droit reconnu aux salariés face à leur employeur. Indéniablement les facteurs historico-politiques expliquent cette différence.

Les transformations de l'économie mondiale, la construction de l'Union Européenne et l'apparition des nouvelles technologies favorisent néanmoins le rapprochement des deux législations. En effet, l'avènement du système de négociation collective espagnol au début des années 80 est intervenu dans un moment de crise économique. Dès lors, la configuration du modèle a pris en compte cette réalité qui influença largement le modèle adopté. En France, au contraire, le modèle traditionnel s'est construit peu à peu tout au long des trente glorieuses. L'ensemble des réformes amorcées au début des années 80 démontre toutefois la prise en compte d'une réalité économique dans laquelle les salariés ne peuvent plus prétendre à un système de négociation uniquement destiné à l'amélioration de leurs conditions de travail. Dans un monde guidé et aveuglé par la dimension économique, le modèle espagnol élaboré en tenant compte de cette dimension, devient incontestablement un modèle auquel le dispositif français tend à se rapprocher.

Depuis une perspective strictement juridique, il est important de souligner que dans les deux systèmes, il appartient à la loi de mettre en œuvre du droit à la négociation collective. Afin d'assurer l'effectivité des processus de négociation collective, celle-ci s'est alors logiquement attachée à attribuer et garantir aux fruits de ces processus des effets juridiques et personnels spécifiques. Nous nous proposons donc d'aborder dans le prochain chapitre la délicate question de l'efficacité de la convention collective de travail.

CHAPITRE II : L'EFFICACITE DE LA CONVENTION COLLECTIVE

61. L'apparition de la figure conventionnelle trouve, on l'a vu antérieurement, sa raison d'être dans l'élévation au niveau collectif des négociations relatives à la détermination des conditions de travail. Ce déplacement de l'individuel au collectif permet de compenser le déséquilibre consubstantiel à la relation individuelle de travail¹. Les ordres juridiques français et espagnol se sont alors naturellement attachés aux conditions d'application de la convention collective de travail sur le contrat de travail des salariés compris dans son champ d'application. Cette question nous conduit par conséquent à s'attacher à l'efficacité juridique et personnelle de la convention collective de travail. L'efficacité juridique et l'efficacité personnelle sont deux notions distinctes² et autonomes³.

Une approche générale des deux dispositifs permet d'affirmer que l'ET s'est incliné pour l'attribution d'une efficacité normative et générale et que le Code du Travail a également attribué une efficacité normative à la convention mais a opté, a priori, pour une efficacité personnelle limitée.

Cette différence s'explique incontestablement par la rigueur des exigences légales espagnoles relatives à la validité de la convention collective, notamment quant à la détermination des parties à sa négociation et aux conditions de sa conclusion. Nous aborderons plus loin dans le travail ces questions⁴. Les développements qui suivent, visent alors à démontrer, d'une part, que le caractère normatif évoqué nécessite la prise en compte des spécificités de la figure conventionnelle pour être correctement apprécié et, d'autre part, que les divergences en matière d'efficacité personnelle de la convention doivent être en réalité fortement nuancées.

¹ Dans tous les cas, compenser ne signifie pas éliminer.

² La première permet de savoir comment s'applique la convention et la seconde à qui elle s'applique (pour approfondir, I. ROJAS MIÑO, *La eficacia jurídica de los convenios colectivos*, Madrid, CES, 1998).

³ Le Professeur SALA a souligné qu'il n'y a pas de correspondance automatique entre une catégorie d'efficacité juridique et une autre d'efficacité personnelle (in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 302). Par conséquent l'efficacité de la convention collective peut présenter quatre combinaisons : la convention peut avoir un effet normatif général ou limité ou bien, un effet contractuel général ou limité. En droit français, une distinction est opérée entre la force juridique en intensité et la force juridique en extension (A. LYON-CAEN, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, Paris, Cereq, 1993, Etude n° 65, p. 57).

⁴ Voir infra, n° 95 s.

SECTION I : L'application impérative et automatique au contrat de travail comme manifestation de l'effet normatif de la convention collective

62. Les débats doctrinaux relatifs à l'efficacité juridique de la convention collective se sont traditionnellement basés sur la distinction classique entre effet contractuel et effet normatif. En Espagne, la controverse juridique porte sur l'ambiguïté de l'expression constitutionnelle de « *force contraignante* »¹ prévue à l'article 37.1 CE². Même si une interprétation semble, selon nous, pouvoir être dégagée, les débats doctrinaux ne sont pas aujourd'hui totalement apaisés, spécialement en ce qui concerne les produits de la négociation collective non-régulés par l'ET. En France, au contraire, ces débats n'ont pas dépassé le cadre légal et aboutissent à une solution unanime et incontestée : la convention collective régulée par la loi jouit d'un effet juridique normatif.

Les débats sur l'effet normatif ou contractuel de la convention se sont essentiellement focalisés sur son application au contrat individuel de travail. Dans les deux systèmes, il est possible d'affirmer que la convention régulée par la loi s'applique de manière impérative et automatique au contrat de travail³. L'effet impératif de la convention lui permet de s'imposer aux contrats de travail. D'une part, les clauses conventionnelles ne peuvent être modifiées *in peius* et, d'autre part, les droits reconnus dans la convention sont indisponibles⁴. L'effet impératif exprime la supériorité hiérarchique de la convention collective par rapport au contrat de travail⁵. L'effet automatique de la convention conduit à la substitution des clauses contractuelles contraires. Le sort des clauses contractuelles contraires peut cependant varier. Elles

¹ Dans sa version espagnole, l'article 37.1 CE évoque « *la fuerza vinculante* » des conventions collectives. L'expression de « *force contraignante* » nous paraît être la traduction la plus adéquate permettant d'éviter l'utilisation des expressions de « *force obligatoire* » ou de « *force normative* » et de maintenir ainsi l'ambiguïté inhérente à ce précepte. Le terme contraignant est ici entendu « *dans un sens abstrait et signifie juridiquement obligatoire, doté de force obligatoire* » (*Vocabulaire juridique*, Dir. G. CORNU, Association H. CAPITANT, Paris, PUF, 2007, p. 230).

² Le Professeur VALDÉS DAL-RE souligne alors que le premier problème auquel la doctrine espagnole s'est confrontée est justement l'appréciation de l'efficacité juridique de la convention (loc. cit., 2006, p. 57).

³ Un troisième effet peut être relevé, l'effet immédiat, selon lequel la convention collective s'applique, dès son entrée en vigueur, aux contrats de travail en cours d'exécution et à ceux conclus postérieurement (pour la France, Cass. Soc. 17 juill. 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 1071, obs. C. RADE; pour l'Espagne, M. ALONSO OLEA y M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1106).

⁴ Nous reviendrons en détail sur ces questions, voir infra, n° 526.

⁵ M.L. MORIN, « Le dualisme de la convention collective de branche : aperçu historique », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau*, Paris, Cereq, 1993, Etude n° 65, p. 137.

peuvent être déclarées nulles¹ ou être seulement écartées provisoirement au profit des clauses conventionnelles².

L'application automatique et impérative de la convention permet dans tous les cas de rejeter la théorie de l'incorporation du contenu conventionnel au contrat individuel de travail puisque la convention s'applique comme la loi sans qu'aucune manifestation de volonté ne soit exigée³.

Un secteur doctrinal propose alors de dépasser la distinction classique entre effet normatif et effet contractuel et considère que la convention collective possède un effet réel sur le contrat de travail qu'il incombe à la loi de garantir conformément aux orientations constitutionnelles⁴. Cette position est selon nous pertinente à plusieurs niveaux et permet de saisir les enjeux auxquels sont confrontés les systèmes de négociation français et espagnol.

§ 1 : *Le fondement légal en France*

63. L'absence de référence constitutionnelle directe et explicite à la négociation ou à la convention collective a naturellement limité les débats à l'analyse des dispositions légales. Si aujourd'hui, le droit positif consacre l'application impérative et automatique de la convention collective aux contrats de travail, une analyse de l'évolution des dispositions légales en la matière s'avère pertinente.

64. Le premier texte à prendre en considération est la loi de 1919 qui, comme nous l'avons abordé antérieurement, est fortement guidée par la logique contractuelle. Le Professeur DESPAX tout en affirmant que « *sous le régime de la loi de 1919, la convention collective demeure pour l'essentiel un contrat de droit privé* », soulignait toutefois que ce texte « *comporte sous divers aspects un germe de réglementation de*

¹ C'est le cas du droit espagnol (art. 3.1 c et 9.1 ET)

² C'est le cas en droit français (Cass. Soc. 17 juill. 2001, déjà cité). Dans ce dernier cas, lorsque la convention cesse de s'appliquer, les clauses contractuelles redeviennent applicables. Nous verrons plus loin que le sort des conventions dénoncées expliquent dans une grande mesure cette divergence (voir infra, n° 609).

³ Pour approfondir, voir infra, n° 518 s.

⁴ Cette thèse est impulsée en Espagne, par le Professeur VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1988 p. 67; « La eficacia jurídica de los convenios colectivos », *TL*, 2004, n° 76 p. 47; « Eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales: la perspectiva constitucional (II) », *RL*, 2005, n° 23, p. 1 s.

droit public »¹. Les conditions d'application de la convention aux contrats de travail qui lui sont soumis, constituent alors un de ces aspects. En effet, selon l'article 31-q CT, « lorsqu'un contrat intervient entre un employé et un employeur qui doivent, aux termes de l'article 31-k, être considérés comme soumis l'un et l'autre aux obligations résultant de la convention collective de travail, les règles déterminées en cette convention s'imposent, nonobstant toute stipulation contraire, aux rapports nés de ce contrat de travail »². L'application de la convention aux contrats de travail implique alors que les clauses du contrat de travail contraires à celles de la convention sont réputées non écrites et remplacées automatiquement par les dispositions correspondantes de la convention collective³. Ce mécanisme convertit, sans nul doute la convention collective en un véritable contrat collectif de travail. La particularité de la loi de 1919 réside toutefois dans les nombreuses facultés offertes aux salariés et aux employeurs, en principe soumis à la convention, de s'y soustraire par le jeu des démissions⁴.

Il ressort de l'article 31-k que « sont considérés comme liés par la convention collective de travail : 1° Les employés et les employeurs signataires de ladite convention ainsi que ceux qui leur ont donné individuellement, par écrit, mandat spécial pour traiter en leur nom ; 2° Ceux qui, au moment où la convention est conclue, sont membres d'un groupement partie à cette convention [...] ; 3° Ceux qui sont membres d'un groupement adhérant ultérieurement à cette convention [...] ; 4° Ceux qui, postérieurement au dépôt de la convention, entrent dans un groupement partie à la convention ; 5° Les employeurs n'appartenant pas à un groupement partie à la convention, qui adhèrent directement à celle-ci [...] ».

Cette loi permet, comme nous l'avons vu antérieurement, à une représentation d'employés spontanée et éphémère, comme un comité de grève, de conclure une convention. Il convient cependant de s'attacher à l'intervention des représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement. Aux termes de l'article 31-B CT, ces représentants « peuvent contracter au nom de la collectivité, en vertu : soit des stipulations statutaires de ce groupement ; soit d'une délibération spéciale de ce groupement ; soit des mandats spéciaux et écrits qui leur sont donnés individuellement

¹ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 38.

² Code du Travail de 1920. De plus, un autre mécanisme vise également à permettre l'application des clauses conventionnelles lorsque seul l'employeur ou le salarié est lié par la convention. Sauf stipulations contraires, une présomption simple d'application est en effet instituée (Art. 31 r. CT. La disposition conventionnelle s'assimile alors à un usage de la profession ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 39).

³ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 39.

⁴ Art. 31 k et n CT. M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 40. L'auteur affirma que « le jeu des démissions individuelles aboutissait à priver la convention de toute efficacité pratique ».

par tous les adhérents à ce groupement. A défaut, pour être valable, la convention collective de travail doit être ratifiée par une délibération spéciale de ce groupement. Les groupements déterminent eux-mêmes leur mode de délibération »¹.

Une appréciation globale nous conduit en définitive à affirmer que cette loi prévoit que les dispositions conventionnelles auxquelles sont soumis les salariés et employeurs liés par la convention, « s'imposent » au contrat de travail de manière impérative dans le sens où elles prévalent sur les clauses contractuelles différentes. La supériorité juridique du collectif sur l'individuel est ainsi consacrée par la loi, sous réserve, paradoxalement que la volonté individuelle accepte cette supériorité. Dès lors, il a pu être affirmé que cette loi « revient à consacrer, pour la première fois, la supériorité de la convention sur le contrat individuel »².

65. L'introduction par la loi de 1936 de la convention collective de branche étendue aboutit à l'existence de deux modèles de conventions distincts. Le régime juridique établi en 1919 continue de s'appliquer pour les conventions ordinaires. Par contre la convention étendue, tout en demeurant un contrat, se voit dotée d'une efficacité juridique normative. L'article L.2261-15 CT dispose en effet que « *les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, [...], peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail [...]* »³. Nous verrons toutefois que ce texte est en réalité directement lié à l'efficacité personnelle de la convention.

Le saut qualitatif relatif à l'application de la convention au contrat de travail est toutefois intervenu à l'occasion de la loi de 1950 aux termes de laquelle « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus*

¹ On retrouve ces formes d'habilitation en droit positif qui sont alors relatives aux organisations patronales et syndicales. (art. L. 2231-2 CT : « *Les représentants des organisations mentionnées à l'article L. 2231-1 sont habilités à contracter, au nom de l'organisation qu'ils représentent, en vertu : 1° Soit d'une stipulation statutaire de cette organisation ; 2° Soit d'une délibération spéciale de cette organisation ; 3° Soit de mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation. Les associations d'employeurs déterminent elles-mêmes leur mode de délibération* »).

² J. LE GOFF, op. cit., 2004, p. 281 ; M.L. MORIN considère également que cette loi consacre l'effet normatif de la convention sur le contrat (op. cit., p. 226).

³ Anc. art. L. 133-8 al 1 CT.

favorables »¹. La convention collective trouve alors, indépendamment des affiliations syndicales, à s'appliquer aux salariés qui entretiennent une relation de travail avec un employeur lié par une convention. Réside ici l'originalité du dispositif français : l'efficacité impérative et automatique de la convention sur les contrats de travail s'effectue par l'intermédiaire de l'employeur². Dès lors qu'un employeur est signataire d'une convention ou membre d'une organisation signataire, il se voit obligé d'appliquer cette convention à l'ensemble de ses travailleurs indépendamment de leur affiliation syndicale. On retrouve ici la logique de la conception de la négociation collective comme droit des salariés. Ces derniers doivent bénéficier des engagements pris au niveau collectif par l'employeur. De plus, les démissions sont sans effet. En effet, s'il s'agit des salariés, en raison de l'inopérativité du lien affiliatif, leur démission du syndicat signataire sera sans effet. S'il s'agit d'un employeur, le Professeur DESPAX a souligné que les travaux préparatoires de la loi font apparaître clairement que « *la qualité de sujet de la convention collective est attachée de façon indélébile dès le moment de la signature de l'accord, à tout membre d'une organisation syndicale signataire* »³.

Sur le plan jurisprudentiel, la Cour de cassation a, dans un arrêt de 1988, mis en évidence l'effet impératif de la convention collective énonçant que « *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par un accord particulier [...] aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent* »⁴. L'effet automatique de la convention se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui réaffirme la substitution de plein droit des dispositions

¹ Aujourd'hui codifié à l'article L. 2254-1 CT (anc. art.L.135-2). Comprendons « *sauf disposition plus favorable du contrat individuel* ». Le Professeur Y. CHALARON propose quant à lui une appréciation plus large estimant qu' « *en visant en termes très généraux les dispositions plus favorables, ce texte n'interdit pas d'y voir un principe général de solution des concours, même ceux qui impliquent la loi* » (« L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243). Sur cette question, voir infra, n° 380.

² Dans cet ordre d'idée, dans l'hypothèse d'application volontaire d'une convention de la part de l'employeur, celle-ci s'impose au travailleur qui ne pourra renoncer à son application (Cass. Soc. 13 mars 1987, *Bull. civ.*, V, n° 154).

³ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 367. Depuis la loi du 13 novembre 1982, il est expressément prévu que « *l'employeur qui démissionne de l'organisation ou du groupement signataire postérieurement à la signature de la convention ou de l'accord demeure lié par ces derniers* » (art. L. 2262-3 CT ; anc. art. L. 135-1, al. 3).

⁴ Cass. Soc. 3 mars 1988, *D.*, 1988, somm. comm., p. 324, obs. Ph. LANGLOIS ; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, E. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 741.

conventionnelles plus favorables à celles des contrats de travail dans les entreprises relevant de son champ d'application¹.

66. Afin de comprendre la logique globale du droit positif français, trois remarques importantes doivent être formulées : premièrement, la jurisprudence a clairement affirmé la nature contractuelle de la convention². Cette position affirmée et unanimement reconnue n'a pas suscité, comme en Espagne, de débats importants. Il a été très tôt admis que la convention collective est un contrat de droit privé qui produit des effets normatifs.

Deuxièmement, on voit bien que la loi s'est attachée expressément et en priorité à l'application impérative de la convention au contrat de travail, sans reconnaissance explicite de l'autonomie individuelle. Comme l'a écrit M.L. MORIN, en droit français, « *de la même façon que la loi d'ordre public assure la protection d'un intérêt supérieur, l'effet impératif assure la protection de l'intérêt collectif* »³. Proposons alors de dater à la loi de 1919 la première intervention légale qui reconnaît la supériorité du collectif sur l'individuel.

Troisièmement, l'existence d'un dispositif légal qui définit deux modèles de conventions collectives ne peut que réguler partiellement l'ensemble des actes issus de processus de négociation collective. Cet état de fait renvoie alors au régime juridique de l'ensemble des actes conclus collectivement en marge des dispositions légales. Une jurisprudence établie et constante leur attribue alors une efficacité simplement contractuelle en les assimilant à des engagements unilatéraux des employeurs⁴.

§ 2 : *L'ambiguïté de l'article 37.1 de la Constitution Espagnole*

67. Aux termes de l'article 37.1 CE, « *la loi garantira [...] la force contraignante des conventions collectives* ». Les débats relatifs à ce précepte tournent essentiellement autour de la signification et de l'interprétation de l'expression « *force contraignante* ».

¹ Cass. Soc. 19 nov. 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 12, obs. J. SAVATIER; *Dr. soc.*, 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, E. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 747 ; Cass. Soc. 17 juill. 2001, déjà cité.

² Les juges ont notamment affirmé que la nature contractuelle de la convention n'est pas affectée par l'acte d'extension, voir Cons. Etat, 4 mars 1960, *Dr. soc.*, 1960, p. 274, concl. M. NICOLAY.

³ M.L. MORIN, op. cit., p. 562.

⁴ Voir infra, n° 655.

Cette expression a ouvert le champ à deux discussions : d'une part implique-t-elle un devoir de paix parallèle à l'existence d'une convention collective et, d'autre part, préfigure-t-elle des effets des conventions collectives et plus loin, de leur nature.

68. L'intensité de la première discussion s'est fortement réduite. Elle portait sur une interprétation de l'article 37.1 CE, selon laquelle la Constitution établissait le principe « *pacta sunt servanda* »¹. Dès lors, la convention impliquait en elle-même et au niveau constitutionnel, un devoir de paix implicite qui limitait le droit de grève². La doctrine majoritaire a cependant rejeté cette interprétation et considère qu'aucun devoir de paix n'est constitutionnellement établi³. Par contre, il est majoritairement reconnu qu'un devoir de paix explicite⁴ d'origine légale est établi dans RDLTR-77 maintenu en vigueur par la décision du TC de 1981. En effet, aux termes de son article l'article 11.c), la grève qui « *aura pour objet altérer, durant sa période de vigueur, ce qui est pacté dans la convention ou ce qui est établi par arbitrage* » est déclaré illégal⁵. La jurisprudence constitutionnelle et la doctrine majoritaire ont ainsi consacré un devoir de paix de caractère légal⁶. La portée de ce devoir a été définie par le TC qui affirme que « *rien n'empêche la grève durant l'application de la convention quand la finalité de la grève n'est pas strictement l'altération de la convention comme réclamer l'interprétation de la convention ou poser des revendications qui n'impliquent pas de*

¹ « *Les conventions doivent être respectées* ». Selon cette thèse, l'article 37.1 CE contient un double contenu qui correspond à la reconnaissance de la convention comme norme et à la proclamation d'un devoir de paix qui oblige les parties signataires (A. MONTOYA MELGAR, « El contenido de los convenios colectivos », in *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, CCNCC, MTSS, 1990, p. 99). Voir également G. BARREIRO GONZÁLEZ, « Ensayo crítico sobre la paz laboral en el convenio colectivo con especial referencia a su carácter inmanente », *REDT*, 1980, n° 44, p. 463; M. ALONSO OLEA, « El artículo 37.1 » in *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo III, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL*, Madrid, Cortes Generales y Edersa, 1996.

² La possibilité de procéder à cette interprétation trouve, comme l'a souligné le Professeur G. LYON-CAEN, son explication dans le traitement constitutionnel des effets de la convention collective (loc. cit., 1980, p. 34). Sur les rapports de la grève et de la convention en droit français, voir supra, n° 46.

³ F. VALDÉS DAL-RÉ, « El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo », in *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, Ministerio de Industria y Energía, 1982, p. 135; M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ et M.T. DÍAZ AZNARTE, « Las relaciones huelga-convenio colectivo en la doctrina jurisprudencial constitucional », in *Derecho de huelga y conflictos colectivos, Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Coord. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002, p. 203.

⁴ En réponse à la théorie du devoir de paix implicite, certains auteurs ont mis en avant la déconnexion constitutionnelle entre droit à la grève et droit à la négociation collective. Une disposition légale ou conventionnelle doit donc prévoir de manière explicite un tel devoir (J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga en España*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 329).

⁵ Outre la grève, le RDLRT prévoit plus généralement, en son article 20, que « *ne pourra se déclencher un conflit collectif de travail pour modifier ce qui est pacté dans la convention collective* ».

⁶ STC 11/1981 du 8 avril; T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 35; M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 50.

modification de la convention. D'un autre côté, il est possible de réclamer une modification de la convention dans les cas où elle n'a pas été respectée par la partie patronale ou s'est produit un changement absolu y radical des circonstances qui permettront d'appliquer la clause appelée rebus sic stantibus »¹. Il s'agit par conséquent d'un devoir relatif et temporaire qui interdit, tant que la convention est en vigueur, les conflits « novatorios », économiques ou d'intérêts² relatifs à ce qui est établi dans la convention³ et qui peut être écarté en application du principe *rebus sic stantibus*⁴.

L'existence d'un devoir de paix peut également, outre cette perspective légale, se fonder sur une disposition conventionnelle. L'article 8.1 RDLCT prévoit, dans ce sens, que les parties à la négociation « *pourront établir des normes complémentaires en relation avec les procédures de solutions des conflits qui donnent origine à la grève ainsi que la renonciation, durant son application, à l'exercice de ce droit* ».

Deux aspects se dégagent de cette disposition : d'une part, les parties peuvent instaurées des mécanismes de résolutions de conflits et, d'autre part, elles peuvent prévoir des clauses de paix et renoncer à recourir à la grève. Alors que la clause de paix sociale envisage explicitement la renonciation à l'exercice du droit de grève, l'instauration de mécanismes de résolution des conflits aboutit également, de manière implicite, à le limiter⁵.

¹ STC 11/1981 du 8 avril

² Autrement dit des conflits ayant comme revendication la modification de la convention. Pour le Tribunal Suprême, l'objet de DLRT est de préserver la paix sociale durant l'application de la convention (STS 18 juill. 1988, Ar/6167 ; STS 23 oct. 1989, Ar/7533). La grève est par contre licite lorsque la grève se fonde sur un conflit juridique relatif à l'interprétation de la convention ou destiné à en garantir l'application et le respect (STC 11/1981 du 8 avril). Pour approfondir sur la distinction entre conflits juridiques et économiques, J. VIDA SORIA, « La distinción entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses en la problemática general de los conflictos colectivos de Trabajo », in *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1968, p. 36; S. DEL REY GUANTER, « Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos », *RL*, 1992, n° 16-17, p. 14; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, « El procedimiento de solución de conflictos colectivos de trabajo. Significación y contenido general », Madrid, ACARL, 1993, p. 5.

³ Le devoir légal de paix ne se rapporte qu'aux matières traitées dans la convention. Il sera alors possible de recourir à la grève lorsque celle-ci portera sur des matières non-régulées par la convention (STC 38/1990 du 1^{er} mars ; STS 6 juill. 1990, Ar/6072).

⁴ Le Tribunal Constitutionnel évoque ce principe lorsque l'équilibre de la convention est affecté par « *un changement radical et absolu* », par exemple, du fait de la promulgation d'une loi (STC 210/1990 du 20 déc.). STC 332/1994. Il convient de souligner que la jurisprudence judiciaire maintient une interprétation restrictive de ce principe limitant son application à des situations exceptionnelles, nouvelles et imprévisibles (STS du 3 avril 1991, Ar/3248).

⁵ Ces procédures de médiation, de conciliation ou d'arbitrage peuvent être considérées comme des devoirs de paix « *déguisés* » (M.I. RAMOS QUINTANA, op.cit., 1993, p. 72).

La clause de paix sociale constitue, sans aucun doute, le paradigme du contenu obligatoire de la convention collective¹. Dès lors, elle est inopposable aux syndicats non-signataires et aux représentants du personnel mais surtout aux salariés individuels, indépendamment de leur affiliation². Tous pourront exercer leur droit de grève reconnu constitutionnellement³. Il s'agit de plus d'une renonciation limitée dans le temps⁴ qui doit être établie « *en échange de compensations déterminées* »⁵. La portée relative ou absolue de ce devoir de paix conventionnel a alors fait l'objet d'interrogations qui ont été résolues par l'article 82.2 ET aux termes duquel les conventions réguleront « *les conditions de travail et de productivité ; elles pourront également réguler la paix du travail (la paix sociale) à travers des obligations qui se pacteront* »⁶. La doctrine a alors

¹ Le Tribunal Suprême affirma l'insertion de ces clauses dans la partie obligatoire de la convention estimant qu'elles présentent les caractéristiques juridiques qui participent à la nature obligatoire de celle-ci (STS du 23 oct. 1989, AL, n°3, 1990, p. 121). Pour la doctrine, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, « Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex art. 86.3 del ET) », AL, 1987-I, p. 849.

² Seuls les signataires peuvent se compromettre à ne pas recourir à la grève (F. VALDÉS DAL-RÉ, « La regulación constitucional de la negociación colectiva », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 252).

³ Même si l'intégration de ce type de clause dans le contenu obligatoire de la convention constitue une raison importante, la distinction entre les titulaires du droit de grève et ceux du droit à la négociation collective constitue un argument décisif. La jurisprudence constitutionnelle s'est prononcée sur la titularité du droit de grève énonçant qu'il s'agissait « *d'un droit attribué aux travailleurs "uti singuli", bien qu'il doive être exercé collectivement* » (STC 11/1981 du 8 avril. Pour approfondir, M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 79 s.). Lors d'une autre décision fondamentale, le TC affirma que « *ces clauses, établissant des droits et obligations uniquement entre les parties signataires, s'intègrent au contenu obligatoire de la convention collective, sans incidence sur le plan des relations individuelles comprises dans le champ d'application de la convention* » (STC 189/1993 du 14 juin). En définitive, ces clauses n'engagent que les parties à la convention qui en sont donc les destinataires directs et exclusifs (pour approfondir, M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 90 ; « La relaciones huelga-convenio colectivo en la doctrina jurisprudencial constitucional », op. cit., 2002, p. 223).

⁴ Le Tribunal dans sa décision de 1981 distingue la renonciation pure et simple du droit de grève et les conditions de son exercice. « *La dénommée « renonciation » de l'apparté 1 de l'article 8 du RDLRT est seulement temporaire et transitoire (durant l'application la convention) et n'affecte pas le droit en lui-même mais seulement son exercice, du mode qu'il n'y a pas extinction du droit mais un compromis de ne pas l'exécuter, qui entraîne une pure obligation qui peut ne pas s'accomplir affrontant les conséquences de ce non-accomplissement* ». Cette renonciation à l'exercice du droit de grève est donc liée à l'application de la convention. « *L'obligation de paix s'éteint donc dans le temps, ce qui la configure en une obligation de caractère temporaire et provisoire. Ce caractère constitue la justification à la renonciation à l'exercice du droit de grève* » (M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 78, 96).

Précisons toutefois qu'un courant doctrinal estime que les parties à la convention peuvent prévoir que les clauses obligatoires ne perdent pas leur efficacité à la suite de la dénonciation et ainsi maintenir l'obligation de paix sociale (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, « Vigencia de los convenios colectivos de trabajo », in *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores, Tomo XII, Vol. 2, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Edersa, 1985, p. 130. Contre cette position, M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 76).

⁵ STC 11/1981 du 8 avril. Le devoir de paix s'inscrit alors dans une négociation de type donnant-donnant, dans une relation d'échanges mutuels. La détermination des destinataires de ses compensations (salariés ou organisations syndicales) ainsi que la détermination de l'existence ou/et de la suffisance de ces mesures posent de nombreux problèmes pratiques (M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 65).

⁶ Précisons que l'article 85.1 ET prévoit également que les conventions peuvent réguler la matière syndicale.

affirmé que cet article apporte « *un nouvel élément [qui] attribue la faculté aux parties négociatrices d'établir l'autolimitation des conflits comme le cadre dans lequel joue cette autolimitation* »¹. Dès lors, il est admis que les parties peuvent étendre la portée du devoir légal de paix et prévoir un devoir de paix absolu qui limitera le recours à la grève des signataires quel qu'en soit le motif². Il appartient alors aux parties de délimiter la portée du devoir de paix conventionnel et éventuellement prévoir un devoir absolu³. Dans la pratique, les partenaires sociaux ne prévoient toutefois que rarement un devoir de paix absolu entendu dans un sens strict⁴ et s'orientent plutôt vers le renvoi ou l'instauration de procédures préalables obligatoires de résolution pacifique des conflits⁵.

Il ressort de ce bref aperçu de la question qu'un consensus peut donc être extrait. On peut alors souligner qu'en droit espagnol peuvent coexister un devoir de paix légal et relatif et un devoir de paix conventionnel et absolu. Ce consensus contraste alors avec la vigueur du débat relatif aux effets des conventions collectives et par ricochet sur la nature de la convention.

69. La question des effets de la convention collective a, dès la promulgation de la Constitution, suscité une controverse doctrinale⁶. Certains auteurs y voyaient la reconnaissance constitutionnelle de l'efficacité normative de la convention collective. D'autres, au contraire, estimaient que la convention collective ne bénéficiait pas constitutionnellement de la reconnaissance d'un tel effet et ont opté pour l'attribution

¹ Dans ce sens M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 67. Le Professeur VALDÉS estime également que « *la référence de l'article 82.2 ET aux clauses de paix sociale doit être comprise comme un devoir absolu de paix* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, « La desnaturalizada recepción por el Estatuto de los Trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo », *RL*, 2008, n° 17, p. 2). Un secteur doctrinal se montre moins catégorique et se limite à affirmer que cet article représente « *une référence abrégée aux normes du RDLRT* » (M. ALONSO OLEA et M^a E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1123).

² Les juges constitutionnels ont admis le caractère absolu du devoir de paix et l'impossibilité de recourir à la grève « *si les parties y renoncent expressément dans la convention collective* » (STC 11/1981 du 8 avril ; T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 35. Voir également A. MONTOYA MELGAR, « El contenido de los convenios colectivos », *RL*, 1989-I, p. 101).

³ « *Dans cet espace réservé à l'autonomie collective, seules les organisations signataires qui autolimitent l'exercice du droit de grève, peuvent établir les marges d'action de leur engagement* » (M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 69).

⁴ Une étude réalisée en 2005 sur plus de 500 conventions statutaires sectorielles a dégagé six types de référence au devoir de paix dans les conventions collectives et a mis en exergue « *le faible intérêt des conventions collectives sur l'établissement exprés d'une clause de paix sociale* » (I. ALBIOL MONTESINOS, « El deber de paz », in *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Dir. I. ALBIOL MONTESINOS, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 35).

⁵ Sur ces différentes procédures, voir infra, n° 615, 777.

⁶ La portée de ce débat est considérable. En effet, la nature de l'efficacité attribuée à la convention collective représente une question directement connectée au contenu essentiel du droit à la négociation collective et constitue donc une limite constitutionnelle à l'intervention légale (T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 5, p. 14).

d'une efficacité contractuelle, sans préjudice de sa mise en œuvre légale. Enfin, une thèse intermédiaire considère que l'efficacité constitutionnellement reconnue à la convention collective correspond à une efficacité réelle. A partir de l'attribution d'effets déterminés, les discussions se sont alors déplacées sur la détermination de la nature juridique des conventions collectives.

Loin de s'apaiser, ces controverses doctrinales ont connu, suite à l'entrée en vigueur de l'ET, un regain d'intensité. Les conditions de validité de la convention qui y sont définies, ont en effet conduit à l'exclusion du dispositif légal de nombreux actes collectifs¹. Le Professeur VALDÉS DAL-RÉ souligne ainsi que l'apparition des dénommées conventions extrastatutaires² « *enrichit mais aussi complexifie la discussion* »³. Celle-ci vise alors à savoir si ces actes peuvent fonder leur efficacité juridique directement sur le précepte constitutionnel. Le sens de l'expression de « force contraignante » est dès lors intimement lié à la détermination de l'efficacité juridique des conventions extrastatutaires.

Afin d'aborder ces problématiques, nous définirons tout d'abord les différentes positions doctrinales avant de s'attacher à l'analyse de la jurisprudence en la matière.

A. Les différentes thèses doctrinales

70. Suivant la dichotomie classique, la majeure partie de la doctrine opta pour interpréter l'expression « force contraignante », soit dans une perspective normative, soit dans une perspective contractuelle. On notera cependant que ces discussions tendent à lier questions relatives à la nature juridique de la convention et questions relatives à ces effets juridiques. Une troisième alternative a alors été proposée : tout en affirmant la nature contractuelle de la convention, un secteur doctrinal soutient que la convention bénéficie constitutionnellement d'une efficacité réelle qui se réfère à son application au contrat de travail.

¹ Nous aborderons dans la Partie I du travail l'ensemble de ces exigences légales, notamment les règles de légitimation (voir infra, n° 95).

² C'est-à-dire conclues en marge des prévisions statutaires du Titre III ET. A titre anecdotique, citons le Professeur E. BORRAJO DACRUZ qui souligne la difficile prononciation de cette expression (« Los convenios colectivos extraestatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 622).

³ Loc. cit., *TL*, 2004, n° 76 p. 56.

1. La thèse contractuelle

71. Selon cette théorie, la convention collective de travail intègre la catégorie juridique de contrat et déploie les mêmes effets¹. Deux arguments ont été avancés à l'appui de cette thèse. Selon le premier argument qui s'inscrit dans le prolongement de la théorie du mandat unique au législateur², l'article 37.1 CE ne constitue qu'un mandat à la loi de garantir le droit à la négociation collective et ne procède pas à sa reconnaissance directe. La négociation collective n'étant pas une source de droit au sens matériel, la convention, entendue comme source formelle, ne peut être dotée de valeur normative. Selon le deuxième argument, l'expression *force contraignante* doit être comprise dans une perspective contractuelle, la convention est une source d'obligations au même niveau que le contrat. C'est seulement au niveau légal qu'est reconnu un effet juridique particulier à certains pactes ou accords collectifs que la loi a dénommé convention collective. Seule cette dernière possède des effets juridiques spécifiques qui lui sont attribués par la loi³. Un pacte collectif, pour avoir force normative, doit ainsi remplir les conditions fixées par le pouvoir législatif, par l'ordre juridique étatique. En d'autres termes, le précepte constitutionnel se référerait uniquement aux conventions prévues par le dispositif légal.

Dés lors, la convention extrastatutaire ne bénéficie pas de fondement constitutionnel⁴. Deux positions ont alors été avancées afin d'envisager la présence des conventions extrastatutaires dans l'ordonnement juridique espagnol.

La première position aboutit à une conclusion radicale estimant que les actes conclus en marge du dispositif légal doivent être considérés comme nuls. D'une part, l'article 37.1 CE ne constitue qu'un mandat au législateur qui ne reconnaît pas de droit subjectif à la négociation collective et pas d'effet normatif à la convention. Le statut des travailleurs constitue le corps normatif qui remplit ce mandat constitutionnel. En conséquence, les actes conclus en dehors de ces dispositions ne remplissent pas les conditions légales du droit commun des contrats et doivent par conséquent être déclarés

¹ F. DURÁN LÓPEZ, « Los convenios colectivos », in *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Dir. A. SEMPERE NAVARRO, Madrid, MTAS, 2003, p. 175.

² Voir supra, n° 25.

³ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MÚRCIA, *Derecho del Trabajo*, 21^e ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 122. Selon le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, il est impossible de déduire directement du mandat constitutionnel l'efficacité normative de tout pacte collectif puisque « la conversion d'une norme sociale ou d'un phénomène de représentation privée en norme juridique par l'ordre étatique » nécessite l'intervention d'une loi (loc. cit., *RL*, 1992-I p. 53).

⁴ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2000, p. 1448.

nuls par application de l'article 6.3. CC¹. Isolée au sein de la doctrine, cette position mettrait en doute la constitutionnalité du dispositif statutaire qui, qualifié d'unique et excluant, ne permettrait pas le correct exercice du droit à la négociation collective². Elle présente également l'inconvénient majeur de nier l'existence d'actes juridiques qui, dans la pratique, représentent une part non négligeable des productions de l'autonomie collective. Cet état de fait oblige alors le juriste à envisager le traitement de ces actes.

La majorité des auteurs soutenant l'impossibilité de rattacher les conventions extrastatutaires au cadre constitutionnel a ainsi admis la validité de ces accords *extra legem* et leur a attribué une efficacité juridique contractuelle³. Cette position doctrinale se fonde alors sur le principe général de liberté contractuelle et sur la liberté de négociation pour reconnaître la validité des conventions extrastatutaires⁴. Elle est conforme à l'idée que la reconnaissance d'un effet normatif ne peut être effectué que par une intervention légale qui, de fait, l'attribue aux seules conventions statutaires⁵.

La principale critique formulée contre cette thèse renvoie à son incapacité à proposer un mécanisme convaincant permettant d'éviter que les contrats de travail puissent modifier *in peius* les dispositions de conventions extrastatutaires⁶. En effet, un salarié adhérent à une organisation signataire de la convention extrastatutaire peut toujours, en l'absence de reconnaissance d'un caractère normatif à la convention, écarter ses dispositions au travers de son contrat de travail. Seul le consentement exprès ou tacite des salariés permettrait l'application de la convention extrastatutaire au contrat de travail. Or, admettre que le contrat de travail puisse mettre en échec une disposition collective représente une conséquence qui entre directement en conflit avec l'idée unanimement acceptée selon laquelle l'autonomie collective prévaut sur l'individuelle⁷.

¹ A. MONTOYA MELGAR, op. cit., p. 165 et loc. cit., 1984, p. 61 et 64.

² T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 43; F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1988, p. 28.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1992-I, p. 53.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1992, p. 53.

⁵ E. BORRAJO DACRUZ, op. cit., 2012, p. 398.

⁶ T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 16 et « Los convenios colectivos extraestatutarios », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AA.VV, Madrid, ACARL, 1989, p. 46; F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1988, p. 60.

Il a été soutenu que l'application de la convention au contrat est garantie à travers du mandat représentatif ou du droit associatif et, dans un autre ordre d'idée, à travers des principes informateurs du droit commun comme la bonne foi (A. OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, 8^o ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 870 s.). Pour approfondir, I. ROJAS MIÑO, op. cit. 1998, p. 152.

⁷ Voir par exemple, A. OJEDA AVILÉS, op. cit., p. 111.

2. La thèse normative

72. Majoritaire dans la doctrine, cette thèse trouve son fondement dans l'applicabilité directe de l'article 37.1 CE et dans la théorie de la double garantie¹. Suivant ce raisonnement, cet article procède à la reconnaissance de la convention collective en tant que telle et oblige la loi à en garantir l'efficacité. L'expression « force contraignante » se confond alors avec celle de force normative². Les conventions collectives bénéficient donc d'une efficacité juridique normative attribuée directement de la Constitution, sans nécessiter de développement légal³. Plus loin, certains auteurs estiment que les conventions collectives constituent de véritables normes juridiques et intègrent les sources de droit objectif⁴.

Les implications de cette interprétation conduisent alors logiquement à admettre la validité des conventions extrastatutaires. Le cadre constitutionnel permet ainsi l'existence d'« *un système dual* » de négociation collective envisageant d'une part, les conventions conformes au cadre légal (conventions statutaires) et, d'autre part, les conventions conclues en marge du dispositif (conventions extrastatutaires)⁵. Afin d'être conforme à la généralité du droit à la négociation collective reconnu dans la Constitution, le dispositif établi par le statut des travailleurs n'est qu'un développement partiel du précepte constitutionnel⁶. Quant à l'efficacité de la convention extrastatutaire, l'application directe du précepte constitutionnel conduit à lui reconnaître une « force contraignante », entendue ici comme force normative.

Si au regard des relations entre la convention et le contrat individuel de travail, cette position est satisfaisante, elle soulève néanmoins des difficultés lorsqu'il s'agit de

¹ Selon cette théorie, la première partie de l'article 37.1 CE reconnaît le droit à la négociation collective et établit l'obligation de la loi de le garantir (voir supra, n° 25).

² Certains auteurs estiment alors que cette efficacité confirme la qualification de la convention comme source de droit objectif (M. ALONSO OLEA, op. cit., 1990, p. 121. Voir également, M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 180-199. Du même auteur, de manière synthétique, loc. cit., 1998, p. 225).

³ T. SALA FRANCO, op. cit. 1990, p. 11 et 43.

⁴ M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a).

⁵ Cette position trouve un argument supplémentaire dans le propre Statut des Travailleurs comme le releva le Professeur SALA. En effet lorsque l'article 83.2 ET emploie l'expression « *conventions collectives régulées dans la présente loi* », il évoque implicitement l'existence d'un autre modèle de conventions (op. cit., 1981, p. 2).

⁶ Ce sont notamment les conditions relatives aux négociateurs qui ont pu mettre en valeur l'incompatibilité des conditions restrictives imposées par le dispositif statutaire avec la généralité des titulaires du droit à la négociation collective qui résulte de l'article 37.1 CE (T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 43).

fonder les mécanismes d'articulation entre les conventions statutaires et extrastatutaires¹ et, plus loin, d'appliquer de manière satisfaisante les principes de hiérarchie normative, de modernité et de publicité inhérents aux normes juridiques².

Avant d'aborder la troisième position doctrinale, il convient de formuler deux remarques de synthèse sur les deux interprétations jusqu'ici exposées.

La première remarque permet de souligner que ces interprétations initialement opposées, se rejoignent, sauf une exception, sur deux points importants : d'une part, la convention extrastatutaire produit des effets juridiques qui doivent être toutefois « inférieurs » à ceux de la convention statutaire³. D'autre part, la nécessaire supériorité de l'autonomie collective sur l'autonomie individuelle permettant l'impossibilité pour le contrat de travail de prévoir des conditions moins favorables que celles prévues au niveau collectif est admise.

La deuxième remarque nous conduit à souligner que ces deux positions tendent à assimiler la nature juridique de la convention aux effets déployés par celle-ci. Or, la convention collective constitue, selon nous, un acte particulier et unique qui empêche l'application de la distinction traditionnelle entre contractuel et normatif, qui ne permet pas de rendre compte de manière globale et satisfaisante des originalités de la figure conventionnelle. La troisième thèse, dite de l'effet réel, apporte, selon nous, les nuances et les clefs méthodologiques nécessaires pour comprendre le rôle et la place de la convention dans la hiérarchie des normes, en se focalisant essentiellement sur les rapports entre la convention collective et le contrat de travail.

3. La thèse intermédiaire : l'effet réel de la convention collective

73. L'intérêt de cette thèse réside dans l'attention qu'elle porte aux fondements de l'application d'un acte juridique à des tiers, concrètement à l'application impérative

¹ Voir infra, n° 679.

² M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, « Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 600.

³ La négociation statutaire reste ainsi le procédé prioritaire et préférenciel qui appelle protection et respect. La négociation extrastatutaire demeure une voie « *subordonnée ou de second degré* » qui ne peut se substituer à la négociation statutaire. Cette idée rejoint la volonté de protection face aux éventuelles pratiques contraires à la liberté syndicale qui peuvent s'exercer lors de négociation en marge des garanties légales (voir pour tous, M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 596).

et automatique de la convention collective aux contrats individuels de travail¹. Elle permet de s'intéresser aux seuls effets juridiques de la convention sans en déduire corrélativement sa nature juridique. En marge de la conception purement contractuelle, la convention serait un « *contrat avec une efficacité réelle* »².

Le raisonnement se fonde sur l'interprétation de l'article 37.1 CE selon laquelle l'expression « force contraignante » n'équivaut ni à force contractuelle ni à force normative mais à une efficacité réelle qui correspond à l'application automatique et impérative des dispositions conventionnelles aux contrats individuels de travail compris dans son champ d'application³. Selon cette position, l'article 37.1 CE ne permet pas de reconnaître la qualité de norme à la convention qui ne peut donc intégrer le système des sources du droit du travail⁴. La Constitution ne fait donc pas directement de la convention collective, entendue dans son appellation générique, une norme juridique intégrée au système formel des sources de droit objectif⁵.

Aux termes de ce raisonnement, seule l'intervention de la loi peut permettre d'attribuer à la convention collective l'ensemble des qualités caractéristiques de la norme juridique⁶. C'est ainsi que le dispositif statutaire convertit la convention statutaire qu'il régule en une véritable source de droit objectif. Les effets attribués par la loi à la convention peuvent donc revêtir différents degrés mais doivent toujours, pour

¹ Elle se réfère par conséquent à la fonction normative des conventions (c'est-à-dire à la régulation des conditions individuelles de travail) permettant aux autres fonctions de la convention de se réaliser au moyen de l'attribution d'effets juridique conformes à leur finalité. Selon le Professeur VALDÉS DAL-RÉ, « *il n'y a pas une seule et unique efficacité juridique de la convention ; l'efficacité s'accommode à la fonction* » (« Eficacia jurídica de los convenios colectivos », *TL*, 2004, n°76, p. 54). Le Professeur ALARCÓN CARACUEL, soulignant « *le contenu multiforme de la négociation collective* », estime que lorsque l'article 37.1 CE évoque « *les conventions* », il se réfère « *de mode générique* » à tous types d'accords, de pactes ou de conventions « *qui devront être respectés par les travailleurs et employeurs individuels auxquels l'accord fait référence* » (loc. cit., 1995, p. 62-63).

² Le Professeur VALDÉS DAL-RÉ, lors de ces premiers travaux qualifiaient la convention « *d'acte normatif avec efficacité réelle* » (op. cit., 1988 p. 67). Plus récemment, l'auteur évoque directement la notion de « *contrat avec efficacité réelle* » (loc. cit., 2005, p. 1 ; loc. cit., *TL*, 2004, p. 47 s.). Le Professeur OJEDA parle quant à lui de « *supercontractualité* » et d'effet indérogradable (op. cit. p. 786). Le Professeur DURÁN LÓPEZ, partisan de l'interprétation purement contractualiste évoque, quant à lui, la notion de « *contrat collectif* » (loc. cit., 2003, p. 175).

³ Dès lors aucun acte de réception n'est nécessaire et les dérogations in peius à travers de pactes individuels sont impossibles. Le Professeur ALARCÓN reconnaît également que le terme « force contraignante » renvoie essentiellement aux relations individuelles et affirme que « *le résultat de la négociation collective devra être respecté par les travailleurs et employeurs individuels auxquels l'accord obtenu fait référence* » (loc. cit, 1995, p. 62).

⁴ Selon les propos du Professeur VALDÉS, « *l'article 37.1 ne préfigure pas l'efficacité du résultat de l'activité de négociation ni dans son vertiente juridique ni dans sa vertiente personnelle. Il garantit la « force contraignante » de la convention reconnaissant donc son efficacité réelle sans prédéterminer la position de la convention dans le système des sources* » (loc. cit, 1990, p. 270).

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1988, p.76

⁶ R. MARTÍNEZ EMPERADOR, loc. cit., 1990, p.70.

être conformes au précepte constitutionnel, garantir l'application automatique et impérative de la convention collective de travail au contrat individuel¹.

Dans ce cadre, aucune distinction n'est opérée entre la convention collective statutaire et la convention collective extrastatutaire qui bénéficient toutes deux, aux termes de l'article 37.1 CE, d'une efficacité réelle².

Un dernier argument semble, selon nous, décisif à la recevabilité de cette thèse. Il vise à souligner que la théorie de l'effet réel offre un cadre d'interprétation cohérent à l'article 3.1 ET qui constitue sans aucun doute une des dispositions les plus confuses du dispositif espagnol³. Aux termes de cet article, les lois et les règlements, les conventions collectives, le contrat de travail et les usages ou coutumes professionnels régulent les « *droits et obligations relatifs à la relation de travail* »⁴. Intégrant incontestablement des instruments juridiques de nature contractuelle⁵ et de nature normative⁶, cet article ne peut être considéré comme une « *norme de reconnaissance de pouvoirs normatifs* »⁷. Dès lors, il semblait difficile de fonder la nature normative de la convention collective sur cette disposition. Néanmoins, la doctrine normative majoritaire considère que cet article permet de qualifier la convention collective de source de droit objectif, de norme juridique⁸. La difficulté majeure réside en fait dans l'interprétation et la portée du terme « convention collective ». Se réfère-t-il à la convention collective statutaire ou englobe-t-il l'ensemble des produits collectifs ?

¹ Deux remarques peuvent être alors formulées : d'une part, est ainsi défini le contenu essentiel du droit à la négociation collective. D'autre part, retenant l'idée selon laquelle la convention remplit plusieurs fonctions, le précepte constitutionnel vise la fonction « typique » de la convention, la réglementation des relations individuelles de travail (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit. 2006, p. 61).

² F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1988, p.73. Selon l'auteur, l'ET confirme cette affirmation. Selon une interprétation a contra sensus de l'article 82.3 ET, « *si les conventions régulées par cette loi obligent à tous les chefs d'entreprises et travailleurs* », celles qui ne sont pas régulées continuent d'obliger mais « *avec une autre dimension subjective, seulement aux travailleurs et chefs d'entreprise inclus dans son champ d'application et représentés par les parties signataires* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2004, p. 63).

³ Dans ce sens, M. ALARCÓN CARACUEL, « Comentario al art. 3 ET. La aplicación del Derecho del Trabajo », *REDT*, 2000, n° 100, p. 232, qui souligne que cet article présente d'importantes lacunes juridiques et conceptuelles. Il importe toutefois de relever que les discussions relatives à la nature et aux effets juridiques de la convention collective conditionnent largement son interprétation.

⁴ La doctrine souligne que cet article énumérait les différentes sources de production de règles applicables aux relations de travail, concrètement, l'Etat, l'autonomie collective, l'autonomie individuelle et la coutume (J.L. MONEREO PÉREZ et M^a.N. MORENO VIDA, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, p. 102).

⁵ Le contrat de travail

⁶ Les lois et les règlements ainsi que les usages et coutumes professionnels

⁷ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 107.

⁸ Le Professeur J. VIDA SORIA affirme que cette opinion est « *quasi sacralisée* » (« Génesis, significado y evolución des Estatuto de los Trabajadores (1980-2005) », in *Transformaciones laborales en España*, AA.VV, Madrid, MTAS, 2005, p. 186. Voir également M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 232.

Dans le cadre post constitutionnel et contemporain à l'entrée en vigueur de l'ET, il était légitime de penser que ce précepte se référait essentiellement aux conventions reconnues par l'ET¹. Les difficultés sont alors apparues en même temps qu'ont émergé des conventions collectives extrastatutaires et d'autres accords collectifs². L'hétérogénéité juridique de ces actes empêchait de les regrouper sous le terme de « conventions collectives » tel que défini à l'article 3.1.b) et, par conséquent de leur attribuer de manière uniforme, sauf à tomber dans une incohérence manifeste, soit des effets normatifs, soit des effets contractuels.

La théorie de l'efficacité réelle permet alors d'offrir une interprétation aux difficultés jusqu'ici exposées. Les conventions collectives évoquées à l'article 3.1.b) correspondent à l'ensemble des actes issus de la négociation collective³ qui sont dotés d'une efficacité réelle garantissant la supériorité du collectif sur l'individuel⁴.

74. Pour conclure cet exposé relatif aux différentes théories doctrinales de l'effet juridique de la convention collective, trois points doivent être soulignés.

Tout d'abord, il existe un consensus général admettant que la convention collective statutaire du Titre III peut être qualifiée de norme juridique, de source de création de droit objectif. La controverse apparaît à propos du fondement de ce caractère normatif qui pour certains se rencontre directement dans la Constitution alors que d'autres ne le justifient que par l'intervention de la loi⁵.

Ensuite, en ce qui concerne les conventions collectives extrastatutaires, l'immense majorité de la doctrine se prononce pour leur validité, le consensus disparaissant quant à la détermination de ses effets juridiques et de sa nature. Notons

¹ J. GARCÍA MURCIA, « Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente », *RMTAS*, 2007, n° 68, p. 29.

² Notamment les accords d'entreprises introduits légalement par la réforme de 1994. Sur cette question, voir infra, n° 743 s.

³ Appuyant cette position, relevons l'absence de relation directe entre l'article 3.1 ET et les conventions du Titre III. En effet, l'article 3.1.b) ET aurait pu être rédigé ainsi : « b). *Par les conventions collectives régularisées au Titre III* ».

⁴ Selon J. LAHERA FORTEZA, cet article énumère trois types de sources : les sources de droit dont les manifestations communes sont les lois et règlements et qui sont dotées d'efficacité normative, les sources d'obligations collectives dotées d'efficacité réelle qui proviennent de l'autonomie collective privée et en enfin les sources d'obligations individuelles prévues dans les contrats de travail (op. cit., 2008, p. 109 et 145). Le Professeur VALDÉS DAL-RÉ qui souligne l'incompatibilité des limitations imposées par le Titre III ET par rapport à la généralité de l'article 37.1 ET, affirme que cette interprétation permet de réconcilier « *le divorce entre la légalité constitutionnelle et la légalité ordinaire* » (loc. cit., 2006, p.73).

⁵ Dans tous les cas, la doctrine scientifique estime de manière unanime que les dispositions du titre III de l'ET ne s'applique qu'à la convention qui y est définie « *bien que les séquences argumentaires qui soutiennent la conclusion et les conséquences qui en sont extraites ne coïncident pas toujours* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2006, p. 69).

cependant que ces positions initialement opposées se rapprochent lorsqu'il s'agit de privilégier la disposition collective plutôt que le contrat de travail individuel.

Cette considération nous permet alors de formuler la troisième remarque qui vise à dépasser le cadre d'analyse classique opposant contractualisé et normativité et à considérer la convention comme un contrat doté d'efficacité réelle. D'une part, ce concept évite d'effectuer des amalgames entre effet juridique et nature juridique de la convention et, d'autre part, il permet d'identifier l'effet consubstantiel de la convention collective, son application automatique et impérative au contrat de travail.

Si la doctrine offre, selon nous, une grille d'analyse pertinente, permettant de résoudre les difficultés inhérentes à la nature et aux effets juridiques de la convention collective, force est de constater que la jurisprudence reste empreinte de nombreuses contradictions et d'une regrettable ambiguïté.

B. L'ambiguïté jurisprudentielle

75. L'ambivalence de l'expression constitutionnelle « *force contraignante* » a logiquement confronté les juges à la délicate question de son interprétation.

Il convient toutefois de bien distinguer les décisions jurisprudentielles rendues en présence d'une convention statutaire ou d'une convention extrastatutaire. En effet, alors que les conventions conclues dans le respect des règles établies au Titre III ET déploient une efficacité normative et sont, dans certaines décisions, assimilées à de véritables normes juridiques, les conventions collectives extrastatutaires demeurent, a priori, soumises à la logique contractuelle. Cette dualité apparente de la jurisprudence doit cependant être fortement nuancée et ne peut être aussi catégorique, notamment au regard des relations entre l'autonomie collective, matérialisée par la convention extrastatutaire, et l'autonomie individuelle, matérialisée par le contrat de travail. Dès lors, force sera de constater que les apports de la jurisprudence en la matière restent empreints de confusion mêlant les questions relatives à la nature, à l'effet juridique et à l'effet personnel des conventions.

1. Les oscillations entre la thèse normative et celle de l'effet réel en matière de convention statutaire

76. La jurisprudence constitutionnelle, tout en écartant de manière constante la thèse contractuelle, oscille entre la thèse normative et la thèse de l'efficacité réelle lorsqu'elle aborde l'efficacité juridique de la convention collective.

Une première série de décisions met en effet l'accent, sans toutefois la mentionner expressément, sur la thèse de l'effet réel¹. D'autres décisions sont allées plus loin et ont élevé la convention collective au rang de source de droit objectif lui reconnaissant « *le traitement d'authentiques normes juridiques* »². Dès lors, la convention « *acquiert efficacité normative et se place dans le système des sources du Droit* »³. Précisons néanmoins que cette dernière position apparaît dans des affirmations *obiter dicta* du Tribunal Constitutionnel⁴. Une troisième série de décisions se montre toutefois moins catégorique. Les juges affirment que l'article 37.1 CE assure uniquement, « *au moyen d'une tâche attribuée spécifiquement au législateur, un système de négociation collective et l'efficacité juridique de la convention collective* »⁵. La force normative attribuée aux conventions collectives est, dans ce sens, du ressort de la mise en œuvre législative⁶.

Une décision de 1985 semble, selon nous, répondre aux principales discussions. Les juges affirment, d'une part, que l'article 37.1 CE implique « *dans sa version première et essentielle, l'attribution aux conventions collectives d'une efficacité juridique en vertu de laquelle leur contenu normatif s'impose aux relations*

¹ Les décisions 177/1988 du 10 oct. et 92/1992 évoquent ainsi l'effet automatique des conventions statutaires et les décisions 105/1992, 208/1993, 107/2000, 225/2001 l'effet impératif. Nous reviendrons en détail sur ces décisions plus loin dans le travail lorsque nous aborderons les relations entre autonomie individuelle et autonomie collective (voir infra, n° 514 s.).

² STC 151/1994 du 23 mai (en l'espèce, il s'agissait d'une question relative à la publicité de la convention statutaire).

³ STC 177/1988 du 10 oct. relatif au recours de « amparo » et STC 171/1989 du 19 oct. relatif au principe d'égalité.

⁴ Comme le souligne J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 58.

⁵ STC 298/1993 du 28 juin. Voir également STC 73/1984 du 27 juin relative à la participation des syndicats représentatifs à une procédure de négociation. Les juges y qualifient la convention de norme se fondant sur « *la légitimation de négociation de l'ET* ». Dernièrement, une décision affirme explicitement que le caractère normatif de la convention est « *légalement reconnu* » (STC 238/2005 du 26 sept.).

⁶ Le Professeur VALDÉS souligne dans ce sens le « *caractère ouvert, pluriel et flexible des prévisions constitutionnelles* » (loc. cit., 1990, p. 271) qui permet « *une pluralité d'options politiques* » (loc. cit., 2006, p. 46). Pour un autre auteur, cette option présente « *l'inconvénient de surdimensionner le rôle du législateur dans le développement du modèle constitutionnel de négociation collective* » (M. CORREA CARRASCO, « *Negociación colectiva y reformas legales: el futuro del convenio colectivo (de eficacia general) como fuente de derecho del trabajo* », *RDS*, 2001, n° 14, p. 88).

individuelles de travail incluses dans leur champ d'application de manière automatique, sans recours au complément de volontés individuelles »¹, et admettent, d'autre part, « *l'intégration des conventions collectives dans le système formel des sources de droit* »².

Dans ce cadre, la jurisprudence constitutionnelle reconnaît l'efficacité normative de la convention statutaire conformément à la réglementation prévue au Titre III ET qui traduit en termes législatifs les mandats constitutionnels et qui prévoit notamment à l'article 82.3 ET que « *les conventions collectives régulées par cette loi obligent tous les employeurs et travailleurs inclus dans son champ d'application et durant tout le temps de sa mise en œuvre* ».

Le problème reste donc entier pour les autres actes issus d'une procédure de négociation collective et, spécialement, pour les conventions extrastatutaires³.

2. Les oscillations entre la thèse de l'effet réel et celle de l'effet contractuel en matière de convention extrastatutaire

77. L'analyse de la jurisprudence du TC conduit à souligner que les juges, tout en fondant constitutionnellement la validité des conventions extrastatutaires, ne se sont pas prononcés clairement sur leur efficacité juridique.

En ce qui concerne la validité des conventions extrastatutaires, les juges ont rattaché la convention extrastatutaire à la Constitution sous le prisme de la liberté syndicale. La négociation collective, comme contenu essentiel de la liberté syndicale⁴, doit être ouverte et accessible pour l'ensemble des syndicats, indépendamment de leur caractère représentatif⁵. Cette position garantit de plus la constitutionnalité du dispositif

¹ Plus loin, les juges affirment que la convention suppose « *par nature, la prédominance de la volonté collective sur l'individuelle et des intérêts de la collectivité sur les intérêts concrets des individus qui la composent* ».

² STC 58/1985 du 30 avril déjà citée.

³ Outre la convention collective extrastatutaire, d'autres actes collectifs sont affectés par cette question, notamment les accords d'entreprise (voir infra, n° 782 s.).

⁴ Voir supra, n° 53.

⁵ Le TC affirma dans ce sens que « *la négociation d'efficacité réduite est reconnue à tout syndicat* » (STC 73/1984 du 27 juin 1984 ; 108/1989 du 8 juin). Pour approfondir sur cette question, voir infra, n° 179.

La jurisprudence du Tribunal Supême a également reconnu explicitement la validité juridique des conventions extrastatutaires. Les juges affirment qu'« *il ne fait aucun doute que le droit à la négociation collective que proclame l'article 37.1 de la CE n'atteint pas seulement les conventions statutaires mais comprend également les extrastatutaires* » (STS u.d. du 14 déc. 1996, Ar/9462. Voir également, parmi une abondante jurisprudence, STS du 22 janv. 1994, Ar/3228 ; STS u.d. du 2 fév. 1994, Ar/784 ; STS

prévu dans l'ET. Le dispositif statutaire constitue ainsi une option légale « *non-exclusive* » qui « *n'épuise pas la force du précepte constitutionnel* »¹.

Sans approfondir ici ces questions, il convient néanmoins de préciser que les juges posèrent deux limites à la validité des conventions extrastatutaires. Le recours à ce type de négociation est possible s'il ne constitue pas une pratique antisyndicale et s'il se justifie par l'impossibilité juridique d'emprunter la voie statutaire². Il s'agit alors de prendre en compte le contexte de leur élaboration et d'apprécier s'il justifie la mise en échec de la voie statutaire qui demeure incontestablement préférentielle.

En ce qui concerne la question de l'efficacité juridique de la convention collective extrastatutaire, la formulation de certaines décisions peut semer la confusion. Les juges constitutionnels évoquent ainsi de manière expresse la « *logique contractuelle* » de ces conventions qui sont soumises au « *droit commun des contrats* »³. Ce type de formulation se retrouve également dans la jurisprudence du Tribunal Suprême⁴.

Il convient toutefois de ne pas tirer de décisions hâtives. L'analyse des litiges démontre en effet que la jurisprudence apprécie au cas par cas la question posée. Dès lors, il est possible de constater que lorsque les juges évoquent une terminologie aboutissant à assimiler la convention extrastatutaire au contrat, le litige est étranger à la question de son application aux contrats individuels de travail qui lui sont soumis⁵. Par

u.d. du 21 juin 1994, Ar/5464). Les juges ont également avancé la formulation des articles 151.1 et 163 LPL qui évoquent la « *convention collective, quelque soit son efficacité* », pour fonder la validité des conventions extrastatutaires (par exemple, STS du 16 mai 2002, Ar/7561 ou STS 29 janv. 2004, Ar/958). Notons néanmoins que les premières décisions jurisprudentielles, en l'occurrence du Tribunal Central du Travail refusaient de valider ces accords (STCT du 20 déc. 1980, Ar/6779 ; STCT du 20 déc. 1983, Ar/11345).

¹ STC 73/1984 du 27 juin 1984 ; STC 98/1985 du 29 juill. Leur validité se fonde directement sur l'article 37.1 CE (STC 121/2001 du 4 juin. Cette position jurisprudentielle est alors en phase avec les propos du Professeur VALDÉS qui affirme que le dispositif légal constitue un développement partiel du précepte constitutionnel (loc. cit., 1990, p.271).

² STC 108/1989 du 8 juin ; STS du 11 sept. 2003, Ar/9030.

³ STC 121/2001 du 4 juin 2001.

⁴ Le Tribunal affirme également que la convention extrastatutaire crée de « *simples droits subjectifs protégés par le droit commun* », manque « *de valeur normative, possédant seulement une conventionnelle et ne s'intégrant pas au système des sources du droit du travail prévu l'article 3.1 ET* » (STS du 19 fév. 2001, Ar/2805 ; STS 22 oct. 1993, Ar/7856 ; STS du 20 nov. 2003, Ar/29 de 2004).

⁵ STC 121/2001 du 4 juin 2001. En l'espèce, il s'agissait de déterminer la légitimation d'une section syndicale et d'apprécier une atteinte à la liberté syndicale. Au niveau du TS, les arrêts relatif à la logique contractuelle des conventions extrastatutaires ne se réfèrent pas leur application aux contrats de travail mais abordent la question de l'ultraactivité et de la dénonciation de la convention (STS du 6 nov. 1997, Ar/8088 ; STS u.d. du 25 janv. 1999, Ar/896), les modalités d'articulation entre une convention statutaire et une autre extrastatutaire (STS 17 oct. 1994, Ar/8052 ; STS 18 fév. 2003, Ar/3372 ; STS du 11 sept. 2003, Ar/9030), l'existence de vulnération à la liberté syndicale (STS 22 oct. 1993, Ar/7856 ; STS u.d. du

contre, lorsque le litige est relatif à cette question, il semble se dégager une position constante selon laquelle le contrat de travail ne peut s'écarter et être contraire aux dispositions conventionnelles extrastatutaires¹. Le Professeur SALA, partisan de l'efficacité normative de la convention extrastatutaire, souligne alors justement que la jurisprudence « présente d'importantes contradictions puisqu'après avoir affirmé leur efficacité juridique contractuelle, elle applique à ces conventions les principes juridiques propres aux normes »².

Un élément de compréhension, souligné par le professeur RAMÍREZ³, vise alors à considérer que la dimension contractuelle envisagée par les juges se réfère concrètement à l'efficacité personnelle de la convention, c'est-à-dire aux salariés et employeurs qui lui sont soumis⁴.

La théorie de l'effet réel qui s'inscrit dans la lignée de la décision fondamentale de 1985⁵, présente alors une pertinence méthodologique et explicative incontestable éclairant le sens de l'expression « force contraignante » et donnant une cohérence

14 déc. 1996, Ar/9462, STS 24 janv. 1997, Ar/572), l'impossibilité de fonder un recours en cassation sur la violation d'un accord extrastatutaire (STS du 19 fév. 2001, Ar/2805) ou la marge de la négociation collective extrastatutaire lorsque la loi renvoie à la négociation la régulation de certaines matières (STS du 19 juill. 1996, Ar/6367 ; STS du 19 fév. 2001, Ar/2805 ; STS 20 nov. 2003, Ar/29 de 2004).

¹ Dans une décision fondamentale, les juges constitutionnels énoncent que « la force contraignante des conventions collectives naît directement de l'article 37.1 CE » qui garantit, « dans sa version première et essentielle, l'attribution aux conventions collectives d'une efficacité juridique en vertu de laquelle leur contenu normatif s'impose aux relations individuelles de travail incluses dans ses champs d'application de manière automatique, sans nécessiter l'auxiliaire de technique de contractualisation ou le compléments des volontés individuelles » (STC 58/1985 du 30 avril déjà cité).

Dans la doctrine du Tribunal Suprême, il est affirmé que la convention collective extrastatutaire « de par sa nature de convention collective, ne peut être modifiée au travers de pactes individuels » (STS du 30 avril 1994, Ar/3475). Un salarié ne peut donc pas contredire dans son contrat de travail une disposition de convention collective extrastatutaire à laquelle il est soumis (STSJ de Madrid du 30 oct. 1990, AS/2577 ; STSJ de Castilla y León du 5 mars 1991, AS/2143).

² T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 45. Voir également les propos du Professeur VALDÉS DAL-RÉ, bien que relatifs à la jurisprudence du TCT (op. cit., 1988, p. 50).

³ L.M. CAMPS RUIZ y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Coord.), *Derecho del Trabajo*, 2^o ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 82-83.

⁴ Dans ce sens, le TC affirme que « l'accord est obligatoire seulement pour les sujets qui ont conféré un pouvoir de représentation pour fixer collectivement et concrètement les conditions de travail ». Dès lors, ces conventions « manquent d'efficacité personnelle « erga omnes » et possèdent un caractère obligatoire personnel limité, relatif ou réduit, puisqu'elles circonscrivent leur force contraignante aux travailleurs et employeurs représentés par les parties signataires. Elles sont par conséquent régies par la règle générale de droit commun des contrats (art. 1257 du Code civil) » (STC 121/2001 du 4 juin 2001). Pour le TS, « alors que les premières ont la valeur d'authentique source de droit, avec le caractère de véritable norme juridique, comme il se dégage des articles 3.1.b et 82 ET, et avec efficacité générale erga omnes ; les conventions extrastatutaires ont, en revanche, une nature contractuelle qui trouve dans les articles 1091 et 1254 à 1258 du Code Civil, le fondement de sa force obligatoire, ayant son efficacité limitée aux parties qui la souscrivent » (STS u.d. du 14 déc. 1996, Ar/9462. Dans le même sens, STS 24 janv. 1997, Ar/57; STS 12 déc. 2006, Ar/283 de 2007).

⁵ Même si celle-ci se réfère à une convention statutaire, il est possible de considérer que sa formulation revêt une portée générale (voir supra, n^o 75).

indispensable à l'ensemble de la jurisprudence. Elle permet de plus de bien différencier la nature de la convention et ses différents effets.

§ 3 : *La reconnaissance de l'efficacité réelle de la convention comme manifestation consubstantielle à la négociation collective*

78. La recherche d'un fondement théorique permettant de justifier les effets de la convention collective sur les contrats de travail constitua incontestablement une des questions les plus anciennement débattues. L'incapacité et l'insuffisance des théories civilistes démontrées¹, deux grandes orientations se sont alors dégagées : d'une côté, l'application de la convention collective trouve son fondement dans l'autonomie collective originaire des acteurs sociaux sans recourir à l'intervention de l'ordre juridique étatique². D'un autre côté, la théorie de la délégation étatique³ et sa variante, la

¹ Le premier fondement s'inscrivait dans une perspective purement civiliste. Ces insuffisances flagrantes pour expliquer les effets distincts de la convention et du contrat l'ont, depuis longtemps, rendue obsolète (voir notamment M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 154).

² Dans un sens large, l'autonomie collective se déploie sur trois niveaux : l'auto-organisation, l'autotutelle et « l'autonormation » ou autonormativité. Nous retrouvons alors, la liberté syndicale, le droit de grève et celui de la négociation collective (M. CORREA CARRASCO op. cit., 1997 (a), p. 115). Elle demeure cependant une notion difficile à cerner et ne peut être réduite à une définition unique (P. RODIERE, op. cit., p. 225 s.).

Spécialement en matière d'élaboration de règles, la théorie de l'autonomie originaire fut tout d'abord élaborée et développée en Allemagne (W. ZÖLLNER et K. ADOMEIT) et a pu être définie comme « la capacité originaire des acteurs professionnels de produire des normes juridiques qui engagent les travailleurs » (S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 3) ou « le pouvoir d'autodétermination des agents de la négociation collective en vertu duquel ils créent leur droit propre de manière indépendante par rapport à l'Etat » (N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 29).

³ Selon cette théorie, le pouvoir normatif des acteurs sociaux professionnels, leur capacité de créer des règles de droit objectif, se fonde sur l'existence d'une règle de droit étatique. Cette intervention constitue un appui démocratique assurant plus de légitimité, plus de force à l'application des conventions collectives aux relations individuelles de travail. (M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 189).

A partir de ce postulat, la délégation peut intervenir à différents niveaux.

Elle peut provenir directement de la Constitution et correspond alors à la théorie de l'intégration dans laquelle une disposition constitutionnelle garantit explicitement aux acteurs socioprofessionnels le pouvoir d'édicter des règles de droit objectif (cette théorie peut être soutenue avec plus de force en droit espagnol).

En France, la théorie de la délégation situe cette norme dans la loi qui définit alors un modèle de convention collective spécifique (M. DESPAX, op. cit. 1989).

Une autre perspective se situant toujours dans l'hypothèse de l'intervention étatique se réfère au concept de pouvoir comme fondement de la capacité normative des acteurs collectifs. Selon S. YANNAKOUROU, « le concept de pouvoir est la traduction étatique de l'autonomie collective » (op. cit., p. 69 s.). Les syndicats sont investis d'un pouvoir attribué par l'Etat leur permettant de signer des accords collectifs qui vont engager des tiers. Les notions d'intérêt collectif et de représentativité permettent alors de fonder ce pouvoir. Les syndicats représentatifs ne sont donc plus alors les représentants des salariés mais plutôt les agents auxquels l'Etat a attribué un pouvoir d'engager des tiers, pouvoir justifié par la reconnaissance d'un intérêt collectif (pour approfondir, voir supra, n° 13 et infra, n° 99, 102).

thèse de la réception¹ envisagent, au contraire, l'intervention de l'Etat pour fonder l'effet normatif de la convention².

Renvoyant à des discussions relatives à la création du droit, ces controverses juridiques semblent toutefois insolubles, tant les relations entre l'Etat et l'autonomie collective sont complexes et entremêlées³. Elles s'inscrivent également dans la dichotomie classique entre efficacité contractuelle et efficacité normative. Or, force est de constater que la convention constitue un acte juridique original dont l'apparition est intervenue postérieurement à cette division traditionnelle. Dans ce cadre, la tentative de placer la convention collective dans l'une de ces deux cases peut apparaître vaine. L'efficacité juridique de la convention collective constitue dans tous les cas, une question complexe qui conduit à aborder la nature de cet acte. Ce sont, dans tous les cas, deux questions distinctes.

79. La notion de norme juridique est de plus une notion complexe aux contours variables⁴. Plusieurs définitions peuvent être proposées : la norme est « *un précepte juridique avec efficacité générale imposée par une force sociale avec pouvoir d'organisation* »⁵. D'autres définitions présupposent l'intervention de l'Etat et se réfèrent aux dispositions insérées dans l'ordre juridique étatique⁶. Entendue dans un

¹ Soutenue par N. ALIPRANTIS, la théorie de la réception s'inscrit dans une perspective pluraliste du Droit et permet d'articuler l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique socioprofessionnel. Les règles établies par les conventions collectives sont extérieures à l'Etat et préexistantes à son intervention. Celui-ci intègre alors à son système juridique et selon sa terminologie ces règles collectives. A partir de là, les deux ordres juridiques « *se mettent en contact* » sans toutefois se confondre. Les difficultés juridiques inhérentes à la place de la convention collective et à ses relations avec la loi résultent alors fondamentalement de cette « *double appartenance* » (op. cit., p. 36).

² Nous sommes ici conscients que l'option de qualifier la théorie de la réception comme variante de la théorie de la délégation peut être discutable. Sans remettre en cause sa contribution permettant de concilier exigence juridique et réalité sociale, nous estimons néanmoins, comme le Professeur CORREA que le processus de transposition peut s'assimiler à un processus de reconnaissance légale indispensable pour justifier le caractère normatif de la convention. Dans ce cas, elle ne serait en fait qu'un prolongement de la théorie de la délégation qui « *réussit uniquement à retarder le moment où situer l'incontournable et décisive intervention du législateur* ». Selon lui, cette théorie ne permet que la reconnaissance d'une source de droit au niveau formel (la convention collective) et non pas au niveau matériel (la négociation collective), (op. cit., 1997 (a), p. 169).

³ Ces différentes théories permettent alors bien plus de s'intéresser à l'équilibre entre les notions d'autonomie et d'hétéronomie. Voir les réflexions de G. LYON CAEN, loc. cit., 1972.

⁴ Voir notamment les réflexions d'Alain SUPIOT, op. cit., 2007, p. 183 s.

⁵ *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, Comares, 2004, p. 366.

⁶ La norme présente alors trois aspects fondamentaux : la nature des préceptes juridiques sont considérés comme des actes de volonté ou des mandats, son caractère de généralité et son origine étatique. « *Dans cette forme, les normes venaient caractérisées comme les mandats généraux et abstraits dirigés par l'Etat aux citoyens* » *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, p. 4438. Elle constituerait alors une « *prescription dotée de sanction externe coercitive assumée comme propre par une organisation publique* » (*Diccionario Jurídico*, Coord. J.M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 556).

sens restrictif, la norme juridique est un « *terme synonyme de règle de droit, de règle juridique, obligatoire, générale et impersonnelle* »¹. Dans ce cadre, « *elle évoque spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite* »². Enfin une dernière définition propose de considérer la norme comme « *la règle qui, dotée d'une efficacité particulière, opérerait de plein droit et immédiatement, sans l'intermédiaire de sanctions* » citant l'exemple de « *la convention collective dont les dispositions s'appliquent d'elles-mêmes dans les contrats individuels de travail* »³. Il est indiscutable que le caractère de norme de la convention se reflète essentiellement dans les conditions de son application au contrat de travail. Estimer à partir de cette considération que la convention est dotée d'effet normatif, voire même qu'il s'agit d'une norme juridique, représente une démarche propice à la confusion. D'une part, l'attribution de la qualité de norme entraîne de nombreuses conséquences juridiques⁴. L'effet personnel attribué à une convention, l'interprétation des conventions par les juges⁵, les garanties judiciaires assurant leur application⁶ constituent autant de points pertinents et non exhaustifs justifiant une extrême précaution à l'heure d'aborder la nature de la convention.

Dans cadre, la théorie de l'effet réel rend clairement compte de cette fonction originaire et consubstantielle de la convention collective et évite les confusions terminologiques en écartant le recours explicite à la notion de norme⁷.

¹ *Lexique des termes juridiques*, 15^e ed., Paris, Dalloz, 2005, p. 422.

Voir également M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1995, p. 73 s.

² *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 618. Le caractère obligatoire signifie alors l'intégration dans l'ordre juridique et renvoie à l'idée de droit objectif (op. cit., p. 629).

³ *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 618.

⁴ Spécialement en droit espagnol, voir les synthèses opérées par T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 46 et J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 309.

⁵ Pour approfondir en droit français, J.Y. FROUIN, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS*, 3/1996, p. 137; M. MOREAU, « L'interprétation des conventions collectives, à qui profite le doute ? », *Dr. soc.*, 1995, p. 162 ; G. VACHET, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E*, 1992, p. 186; pour approfondir en droit espagnol, J.R. MERCADER UGUINA, « El difícil equilibrio entre lo judicial y lo extrajudicial en la interpretación del convenio colectivo », *Justicia Laboral*, 2005, n° 21, p. 47; C. SÁEZ LARA, « El control de legalidad del convenio colectivo », *TL*, 2004, n° 76, p. 369.

⁶ Si la convention déploie des effets normatifs, celle-ci bénéficiera de l'appui de l'ordre juridique pour garantir son exécution. Si au contraire, elle déploie des effets contractuels, son non-respect mettra en œuvre la simple responsabilité contractuelle en dommages et intérêts. Pour approfondir les régimes de sanctions en cas d'inapplication de la convention collective, en droit espagnol, M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo (arts. 90 y 91) », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1279; en droit français, J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1320.

⁷ Pour le Professeur VALDÉS, on peut qualifier la convention de norme juridique « *dès lors qu'il est clair que pour qu'un pacte collectif soit qualifié comme tel, il n'est pas nécessaire qu'il soit une source de droit qui crée du droit objectif ; il suffit qu'il modifie l'ordre juridique et que ses dispositions s'imposent sur les relations de travail individuelles de manière automatique et impérative* » (« Eficacia jurídica de los convenios colectivos », *TL*, 2004, n°76, p. 64). Voir également J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 65 et 309.

80. Elle offre également une grille d'interprétation de la dimension constitutionnelle de la négociation collective. D'une part, elle définit les limites à l'intervention législative qui ne peut porter atteinte à cette supériorité qui représente le contenu essentiel, le noyau dur du droit à la négociation collective. D'autre part, elle constitue un fondement constitutionnel au droit à la négociation collective en tant que telle, notamment en France. Concrètement, en France, il est admis que le fondement constitutionnel du droit à la négociation collective émane du principe de participation. Conformément à celui-ci, la loi a alors proclamé le droit des salariés à la négociation collective. L'analyse du fondement constitutionnel de la négociation collective au travers des conditions d'application de la convention sur les contrats de travail pourrait néanmoins offrir un nouveau cadre d'appréciation. Selon la théorie de l'efficacité réelle, la convention collective s'applique par essence aux contrats de travail qui lui sont soumis, de manière automatique et impérative. Comme nous l'avons abordé, le droit français a établi en 1919 le premier régime juridique propre à la convention collective qui consacra juridiquement la supériorité juridique de la convention sur le contrat. Cette loi pourrait alors constituer l'origine de l'efficacité réelle de la convention et ainsi permettre de qualifier le droit à la négociation collective de « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* »¹. En Espagne, elle permet de lever l'ambiguïté du précepte constitutionnel. La « force contraignante » de l'article 37.1 CE se réfère alors à l'application automatique et impérative de la convention, comme acte collectif issu d'une procédure de négociation sur le contrat de travail et, garantit ainsi la supériorité de la volonté collective sur la volonté individuelle². Dès lors, indépendamment de la postérieure mise en œuvre légale, est reconnue constitutionnellement une efficacité réelle à la convention collective extrastatutaire.

Une comparaison des régimes juridiques de la convention collective régie par la loi française de 1919 et de la convention collective extrastatutaire espagnole s'avère dans ce sens pertinente. En effet, dans les deux hypothèses, la convention s'applique de

Pour approfondir la théorie de l'efficacité réelle, L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, MGL, 1980, p. 693.

¹ Il s'agit de principes dégagés par le Conseil constitutionnel qui sont rattachés au bloc de constitutionnalité. Ils se fondent sur des lois fondamentales proclamées durant les trois premières Républiques. Pour approfondir sur cette notion, L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 121 et « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in *La République en droit français*, Dir. P. Avril et M. Verpeaux, Paris Economica, 1996, p. 231.

² F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1988, p. 57 s. Cela sans préjudice de la règle de faveur, voir infra, n° 531 s.

manière impérative et automatique au contrat individuel de travail mais demeure conditionnée à la volonté du salarié qui, par sa démission de l'organisation signataire, peut en écarter l'application.

En guise de conclusion, il convient de s'attacher à l'opportunité de cette théorie par rapport à la question de la nature de la convention collective. Nous estimons alors que la convention présente certains effets caractéristiques des normes mais qu'elle demeure incontestablement un contrat¹. En France, la nature contractuelle de la convention collective est largement admise. Tout en reconnaissant que l'accord collectif constitue un « *acte-règle, ou une norme* », la doctrine proclame dans le même temps sa nature contractuelle distinguant ainsi les conditions de son élaboration et celles de son application. On retrouve la théorie de la dualité de la convention collective qui distingue sa nature et ses effets². En Espagne, dans le silence de la jurisprudence constitutionnelle³, les thèses normative et contractuelle tendent à lier l'efficacité de la convention collective et sa nature juridique ce qui aboutit à des difficultés difficilement surmontables. L'efficacité réelle permet alors de distinguer ces deux questions et de prendre en compte la nature contractuelle de la convention collective et ses effets particuliers et structurels sur le contrat individuel de travail.

La détermination de l'efficacité personnelle de la convention collective constitue par contre le cadre d'intervention privilégié de la loi qui permet finalement à la convention de déployer des effets similaires à ceux des normes juridiques.

SECTION II : La prérogative légale de déterminer l'efficacité personnelle de la convention

81. Après avoir déterminé comment s'appliquait la convention collective, l'analyse de son efficacité personnelle nous permet d'apprécier à qui elle s'applique. Un consensus doctrinal se dégage en la matière. La convention collective demeure par nature « *subjectivement limitée aux travailleurs et employeurs membres des*

¹ Le principe de liberté contractuelle mis en exergue par la portée des notions de loyauté et de bonne foi, appuie cette considération et rappelle que la rencontre de volontés est incontournable.

² P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv.*, 1939, p. 356). Dans ce cadre, certains auteurs qualifient la convention collective d'« *acte normatif* » (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 76).

³ J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 2004, p. 72.

organisations signataires »¹. Dès lors le dépassement de cet effet classique va s'opérer par la loi qui peut attribuer à la convention qu'elle réglemente, une efficacité générale, c'est-à-dire une efficacité qui lui permet de s'appliquer à des salariés qui ne sont pas membres des organisations signataires².

Dans ce domaine, les dispositifs français et espagnol ont alors adopté des postures différentes. Si l'ET, en optant pour une convention forte, a attribué à la convention un effet personnel général ou *erga omnes*, le dispositif légal français a maintenu, quant à lui, le principe de l'efficacité limitée de la convention collective. Nous verrons cependant qu'une disposition législative et un procédé administratif permettent, dans une large mesure, d'attribuer à la convention une efficacité générale.

§ 1 : L'élément distinctif du paradigme légal espagnol

82. Alors même que « *le texte constitutionnel ne consacre pas un régime concret d'efficacité personnelle* »³, il convient de remarquer que cette question constitue « *un aspect sur lequel la doctrine n'a pas l'habitude de s'étendre et à propos duquel ne s'est pas posé de conflits judiciaires excessifs* »⁴. Les discussions se sont ainsi maintenues au niveau légal étant entendu que la référence constitutionnelle à la « *force contraignante de la convention collective* » se réfère à sa force juridique.

Dans ce cadre, il est possible d'affirmer d'ores et déjà que le dispositif légal attribue de manière explicite à la convention collective du Titre III ET une efficacité personnelle générale. Cette option législative constitue incontestablement la particularité du dispositif espagnol⁵. A contrario, dans le silence de la loi, la convention collective extrastatutaire déploie une efficacité personnelle limitée.

¹ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1988, p. 67. C'est ainsi que dans l'immense majorité des systèmes juridiques, la convention déploie une efficacité limitée (CCNCC, *La negociación colectiva en Europa*, Madrid, MTAS, 2004).

² L'efficacité personnelle ne doit pas se confondre avec le champ d'application personnel de la convention. En effet, alors que l'efficacité personnelle de la convention constitue une question qui se rapporte aux prérogatives de la loi, le champ d'application personnel de la convention se réfère quant à lui à une prérogative des négociateurs qui, à l'intérieur du cadre légal, peuvent déterminer à qui s'applique la convention (pour approfondir, M. AGÍS DASILVA y J.F. BLASCO LAHOZ, « La eficacia personal de los convenios estatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^e. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 445).

³ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 2006, p.47.

⁴ M. AGÍS DASILVA et J.F. BLASCO LAHOZ, loc. cit., p. 445.

⁵ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 2006, p. 71.

A. La convention statutaire renforcée

83. L'article 82.3 ET pose un principe clair et non-équivoque prévoyant que la convention collective s'applique à « *tous les employeurs et travailleurs inclus dans son champ d'application* ». Une convention collective négociée et conclue dans le respect des dispositions statutaires bénéficie dès son entrée en vigueur d'une efficacité générale sans aucune intervention étatique postérieure. Elle s'applique donc à tous les travailleurs et employeurs compris dans son champ d'application sans que ces derniers puissent s'y opposer et cela indifféremment de leur affiliation syndicale¹. Le Tribunal constitutionnel estime que cette efficacité correspond à un *plus* attribué par la loi qui n'a pas de dimension constitutionnelle².

L'attribution d'une efficacité personnelle générale constitue l'« *élément le plus significatif du paradigme légal de la négociation collective au point de définir le système d'activité contractuelle statutaire* »³ et correspond à un choix clair et non-équivoque de construire « *une convention forte* »⁴ remplissant un rôle essentiel dans la régulation des relations de travail⁵. Certaines similitudes avec le dispositif franquiste ont alors été relevées par plusieurs auteurs⁶ qui ont néanmoins apporté certains éclaircissements empêchant des interprétations erronées. En effet, contrairement à la dictature franquiste, le système démocratique et la proclamation du droit à la liberté syndicale font désormais de la convention collective « *un appui aux organisations syndicales et une promotion de la négociation collective* »⁷. Quoi qu'il en soit,

¹ La jurisprudence judiciaire a également affirmé que « *les conventions collectives obligent tous les employeurs et travailleurs de son champ d'application bien qu'ils n'appartiennent pas aux associations professionnelles signataires* » STS du 17 juill. 1986, Ar/4179. L'impérativité de la convention a posé des difficultés importantes en matière de mise à la retraite forcée. Voir par exemple, M. I. RAMOS QUINTANA, *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 204-208. Voir également STS du 28 oct. 1996, Ar/7797.

² STC 124/1988 du 23 juin ; STC 108/1989 du 8 juin. Dès lors, l'efficacité juridique de la convention revêt donc, a contrario, une dimension constitutionnelle.

³ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1990-I, p. 273.

⁴ Selon l'expression du Professeur C.L. ALFONSO MELLADO (« *La negociación colectiva: situación y problemas actuales* », in *Primeras jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Coord. RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M. y E. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 257).

⁵ Selon les propos du Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, la convention collective statutaire a une « *valeur casi-légale* » (« *El valor « cuasi legal » de los convenios colectivos* », *RL*, 1987-I, p. 32).

⁶ Le Professeur GOERLICH écrit dans ce sens que la convention statutaire est « *profondément en continuité à l'heure de configurer son efficacité et d'établir, concrètement son caractère normatif et général* » et présente incontestablement « *des précédents évidents dans la législation franquiste sur les conventions collectives* » (loc. cit., 2000, p. 1434).

⁷ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2000, p. 1436; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1987, p. 34; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1990, p. 272.

l'attribution d'une efficacité limitée à la convention pouvait, au sortir de la dictature, constituer un obstacle insurmontable à l'essor d'un système de négociation effectif et viable. C'est alors la prise en compte d'un contexte économique et social particulier plutôt que le souci de la continuité qui constitua le motif fondamental de cette configuration légale¹.

Malgré certaines réticences², la majeure partie de la doctrine s'est d'ailleurs montrée favorable à cette option légale³. Il demeure cependant que ses effets drastiques complexifient fortement l'adaptabilité des entreprises et introduisent une importante rigidité dans la gestion de celles-ci⁴. Nous aborderons ainsi plus loin dans le travail comment le dispositif légal a intégré ces effets négatifs en prévoyant plusieurs mécanismes permettant d'atténuer l'efficacité personnelle *erga omnes* de la convention collective statutaire⁵.

B. La convention extrastatutaire d'efficacité limitée

84. L'inapplicabilité des règles du Titre III ET à la convention extrastatutaire a logiquement conduit à reconnaître une efficacité limitée aux conventions conclues en marge des dispositions de l'ET. La doctrine⁶ et la jurisprudence⁷ ont ainsi, de manière

¹ D'une part, le tissu économique et productif était « *caractérisé par la prédominance de la petite et moyenne entreprise [...] avec une faible tradition de solidarité d'intérêts et de responsabilité économique* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, 1990-I, p. 274). D'autre part, suite à la répression franquiste, le mouvement syndical était, au moment de l'avènement de la démocratie, caractérisé par une faible implantation et un taux de syndicalisation extrêmement faible. Du côté patronal, le mal était plus profond puisqu'aucune structure légitime ne compensait la rareté des mouvements associatifs.

² Un secteur doctrinal a ainsi souligné les limites de cette option légale. Celle-ci conduit à perpétuer la faiblesse du taux de syndicalisation, introduit un traitement discriminatoire des syndicats ou patronales minoritaires, questionne la réalité de la liberté syndicale, manque de réalisme aboutissant à la paralysie de l'activité contractuelle et maintient une structure syndicale corporatiste (voir notamment E. BORRAJO DACRUZ, « La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español », *RPS*, 1980, n° 126, p. 39 et « Obligatoriedad general o limitada de los convenios colectivos de trabajo », in *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1980, p. 191.

³ Le Professeur VALDÉS écrit dans ce sens que « *la décision politique adoptée par le législateur était chargée de raisons, servant pleinement la réalité de l'Espagne* » (loc. cit., 1990, p. 274).

⁴ M. AGÍS DASILVA et J.F. BLASCO LAHOZ, loc. cit., p. 453.

⁵ Pour approfondir, voir infra, n° 716 s.

⁶ Voir dans ce sens, J. GARCÍA MURCIA, « Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos », *AL*, 1992-II, p. 403; M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 615.

Plus nuancé se montre M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1995, p. 73 s. Selon lui, en raison de leur nature normative consécutive à leur caractère général et abstrait, les conventions extrastatutaires possèdent une efficacité générale. Leur incapacité de s'appliquer à l'ensemble des travailleurs et employeurs compris dans son champ d'application s'explique alors par le non respect des règles de légitimation et limite « *nécessairement* » leur application aux membres des organisations signataires.

⁷ Voir par exemple, STS du 22 janv. 1994, Ar/3228; STS du 14 déc. 1996, Ar/9462 ou STS du 17 nov. 2003 Ar/9094.

constante, rappelé que la convention collective extrastatutaire s'applique aux employeurs et travailleurs membres des organisations signataires de l'accord¹. Reprenant les propos du TC, « *le caractère statutaire ou non de la convention est une simple conséquence de l'accomplissement ou non des exigences de majorité représentative prévues par l'ET pour la régularité de la convention collective, à laquelle est attribuée dans ce cas un plus d'efficacité erga omnes* »².

La reconnaissance d'une efficacité limitée conduit alors à restreindre le contenu de ces conventions qui ne peuvent pas traiter de matières relatives à l'organisation du travail ou aux structures de représentation dans l'entreprise, c'est-à-dire aux matières qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés d'une entreprise³. La jurisprudence a ainsi refusé de valider certaines clauses qui fixaient des conditions de travail qui ont une dimension générale devant s'appliquer à tous les salariés⁴. Cette position jurisprudentielle constitue une exigence qui réduit considérablement les possibilités de négocier des conventions collectives extrastatutaires.

Néanmoins, dans la pratique, son application dépasse fréquemment le cercle de ses signataires et de leurs membres. Les juges et la doctrine ont en effet admis, au travers de la technique de l'adhésion⁵, l'application de la convention extrastatutaire à des employeurs et salariés initialement exclus de son champ d'application⁶. L'adhésion peut être de caractère individuel permettant aux travailleurs de bénéficier directement de

¹ La convention s'applique donc aux affiliés ou adhérents des organisations syndicales et associations patronales parties à la convention aux salariés représentés par les représentants *ad hoc*.

² STC 108/1989 du 8 juin.

³ R. MARTÍNEZ EMPERADOR, loc. cit., 1990, p. 60; M.A. GARCÍA RUBIO et J.M. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 614; Contre M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 230.

⁴ Ces clauses, généralement organisatrices, sont alors frappées de nullité (STC 121/2001 du 4 juin; STS du 30 mai 1991, Ar/5233 ; STS du 13 nov. 2003, Ar/1773 de 2004 ; STS du 21 fév. 2006, Ar/1903). Plus nuancée, prononçant la nullité partielle ou la validité de clauses pourtant dotées de vocation de généralité, STS 1 juin 2007, Ar/6349 ; M^a.M RUIZ CASTILLO, « Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios », *TL*, 2009, n° 98, p. 175. Il s'agit toutefois d'une hypothèse spécifique dans laquelle la convention extrastatutaire s'applique, à travers des adhésions individuelles à 1455 de 1456 salariés, et le syndicat demandant possède une représentation réduite (12%).

⁵ D'un point de vue comparatif, il est alors intéressant de noter que la loi française de 1919 régula quant à elle de manière exhaustive les conditions de l'adhésion. Il s'agissait cependant d'une adhésion collective du point de vue de la partie salariale (seul un employeur pouvait adhérer individuellement) et, dans tous les cas, conditionnée « *au consentement des parties contractantes* » (art. 31 j. CT de 1920).

⁶ Pour diverses raisons pratiques, l'employeur trouve un intérêt incontestable à appliquer une convention qu'il a signé à l'ensemble des salariés de l'entreprise (T. SALA FRANCO, op. cit., 1981, p. 68, qui mentionne par exemple l'homogénéité comptable ou l'égalité de traitement entre salariés).

conditions de travail collectivement négociées¹. Dans ce cas, l'adhésion doit être volontaire² et refléter le consentement du travailleur qui peut être exprès ou, de manière plus contestable, tacite³. L'adhésion peut également revêtir une dimension collective permettant alors à un syndicat non signataire d'adhérer postérieurement à la convention⁴. Il importe ici de souligner deux points. D'une part, l'adhésion postérieure de syndicats qui conduirait à remplir les exigences de légitimation, ne peut permettre de convertir une convention extrastatutaire en convention statutaire⁵. D'autre part, la convention ne peut empêcher l'adhésion d'un syndicat ou même d'un travailleur qui n'était pas partie ou visé originairement⁶. Dans le même sens, un employeur lié par une convention extrastatutaire ne peut refuser de l'appliquer à des salariés ou syndicats qui y ont postérieurement adhéres⁷.

Pour conclure, nous estimons que cette technique n'est pas en soi critiquable. Toutefois, elle implique indiscutablement certains risques qui doivent être pris en compte. Outre la réalité du consentement et de la liberté de choix du salarié, elle peut notamment aboutir à occulter de véritables pratiques antisyndicales consécutives à la mise à l'écart des exigences prévues au Titre III ET qui garantissent la participation de tous les syndicats légitimes⁸.

¹ Convention qui prévoit la possibilité d'une adhésion individuelle de tous les travailleurs de l'entreprise (STS du 8 juin 1999, Ar/5208).

² STC 108/1989 du 8 juin 1989.

³ M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 617 ; STS du 10 juin 1998, Ar/4105. L'admission du caractère tacite de l'adhésion permet donc à un employeur de proposer à l'ensemble des salariés l'application de la convention. Dans ce cas, si le salarié ne s'est pas opposé dans le délai fixé et a accepté l'application de nouveaux avantages, les juges ont admis l'existence de son consentement tacite (STS du 30 mars 1999, Ar/3779). Il apparaît néanmoins que le silence ne vaut pas automatiquement adhésion puisqu'il doit être « *accompagné d'actes ou conduites qui révèlent son acceptation* » (STSJ Castilla y León du 13 mars 2006, AS/1085).

⁴ STS 9 mars 1994, Ar/2218. Dans ce cas, les adhérents de ce syndicat seront obligés par la convention et les syndicats seront liés par l'ensemble des clauses obligatoires de la convention.

⁵ STS du 3 fév. 1998, Ar/1428 ou STS du 8 juin 1999, Ar/5208 ; STS 20 sept. 1999, Ar/8395.

⁶ Une telle prévision serait discriminatoire (STC 108/1989 du 8 juin ; STS du 14 nov. 1994, Ar/9071 ; STS 8 juin 1999, Ar/5208).

⁷ En vertu du principe de non-discrimination, l'employeur ne peut donc pas refuser l'adhésion postérieure de salariés et même de syndicats (STS du 17 juill. 1995, Ar/6270).

⁸ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ et B. AGRA VIFORCOS, « Adhesión individual tácita a convenio colectivo extraestatutario: sobre la eficacia general de facto de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia », *REDT*, 1999, n° 94, p. 285.

§ 2 : L'atténuation du principe de l'efficacité limitée en droit français

85. Aux termes de l'article L. 2262-1 CT, « *sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires* »¹.

Dans son principe, la convention collective dessinée par la loi possède donc une efficacité limitée, « *dépendant exclusivement de la force de représentation des parties signataires* »². Néanmoins deux mécanismes qui jouent au niveau de l'entreprise ou aux niveaux supérieurs permettent de nuancer la généralité de cette affirmation. Tout d'abord, l'article L. 2254-1 CT (anc. art. L.135-2) CT aboutit à l'application de la convention à l'ensemble des salariés d'une entreprise dès lors que l'employeur est lié à celle-ci. Ensuite, la technique de l'extension instaurée par la loi du 24 juin 1936 et plusieurs fois réformée³ permet l'application d'une convention à tous les employeurs et salariés compris dans son champ d'application professionnel et territorial.

A. Les implications de l'article L. 2254-1 CT

86. Fondement de l'application automatique et impérative de la convention aux contrats de travail, l'article L. 2254-1 CT possède néanmoins une deuxième lecture qui intéresse l'efficacité personnelle des conventions. En effet, il prévoit que l'employeur lié par les dispositions d'une convention collective doit les appliquer à tous les contrats conclus avec lui. Reprenant les termes de la jurisprudence, il permet d'appliquer « *de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans distinction* »⁴ les clauses de la convention à laquelle l'employeur est lié soit parce qu'il en est le signataire, soit parce qu'il est membre d'une organisation signataire.

L'efficacité personnelle de la convention varie donc selon que l'on se place du côté patronal ou du côté des salariés.

¹ Anc. art. L. 135-1 al. 1 CT qui énonçait : « *Sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement conformément aux dispositions du chapitre III du présent titre, les conventions et accords collectifs de travail obligent tous ceux qui les ont signés, ou qui sont membres des organisations ou groupements signataires* ».

² Ph. LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1991, p. 934.

³ Loi du 11 fév. 1950, loi du 19 janv. 1978 et loi du 13 nov. 1982 ; S. NADAL, « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives », *Dr. ouv.*, 2002, p. 423.

⁴ Cass. Soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.*, 1992, p. 52, rapp. Ph. WAQUET.

Du côté patronal, le principe de l'effet relatif des contrats demeure. Sans préjudice de la mise en œuvre de l'extension, la convention est dotée d'efficacité personnelle limitée. Un employeur qui n'est pas adhérent ou membre d'une association patronale signataire, n'a pas à appliquer les dispositions de la convention conclue¹. Au contraire, si celui-ci est membre d'un groupement patronal signataire et si l'entreprise se trouve dans le champ d'application géographique et professionnel de la convention, il ne pourra se libérer des obligations en résultant. Plusieurs décisions jurisprudentielles ont de plus affirmé que la démission de l'employeur du groupement n'a aucun effet si elle intervient postérieurement à la signature de l'accord².

Du côté salarié, « l'affiliation syndicale est indifférente et doublement inopérante »³. D'une part, le salarié ne pourra se voir appliquer une convention de branche à laquelle le syndicat auquel il est adhérent est signataire, si son employeur n'est pas lui-même membre d'un groupement patronal signataire⁴. D'autre part, les salariés qui ne sont pas adhérents à un syndicat représentatif signataire d'une convention d'entreprise, se verront indifféremment appliquer la convention validement conclue avec l'employeur. L'employeur lié par une convention l'appliquera donc à tout le personnel de son entreprise indépendamment de l'affiliation syndicale de ses salariés⁵. Le caractère défavorable ou non de la convention par rapport à la situation du salarié n'est pas pris en compte⁶.

Si l'article L. 2254-1 CT attribue dans une certaine mesure une efficacité générale à la convention collective en opérant subjectivement sur la partie patronale⁷, la procédure administrative d'extension attribue objectivement une efficacité générale ou *erga omnes* à la convention collective ainsi étendue. La procédure d'extension ne visera non plus les employeurs mais directement les entreprises sans établir aucune distinction.

¹ Cass. Ass. Plén. 6 avril 1990, *RJS*, 1990, n° 490, p.345

² Article L. 2262-3 CT (anc.art. L 135-1 al. 3) et Cass. Soc. 1er fev. 1957, *Dr. ouv.*, 1957, p.402 ; Cass. Soc. 8 déc. 1996, *Dr. Ouv.*1967, p. 377 ; Cass. Soc. 10 fév. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 422, obs. G. BORENFREUND. Reste toutefois la possibilité pour le groupement de limiter, par une délibération spéciale, l'opposabilité de son engagement à certains de ces membres (Cass. Soc. 29 avril 1985, *D.*, 1988, p. 232, note G. BORENFREUND). Pour approfondir sur la représentation patronale, voir infra, n° 147 s.

³ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit, p. 1341.

⁴ Cass. Soc. 20 déc. 1955, *Dr. soc.*, 1956, p.86.

⁵ Cet article permet donc de garantir « l'unité du statut collectif des salariés de l'entreprise, quelle que soit leur appartenance syndicale » (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit, p. 1341).

⁶ Cass. Soc.17 juill. 1956, *Dr. soc.*, 1956, p. 546.

⁷ Ce que la doctrine a qualifié de « *petit effet général* » (J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 750).

B. La procédure administrative de l'extension

87. Particularité du dispositif légal français régulant la convention collective de branche, la procédure d'extension prévoit aux termes de l'article L.2261-15 CT que *« les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, [...], peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail [...] »*¹.

L'intervention de l'administration vise donc à modifier le champ d'application personnel de la convention. Elle doit alors se distinguer d'une autre procédure administrative qui aboutit à modifier le champ d'application territorial et/ou professionnel originairement établi par les signataires d'une convention collective. Celle-ci, contrairement à l'extension, est prévue dans les deux droits. Le droit français parle d'élargissement². Le terme employé en droit espagnol est néanmoins un faux ami puisque celui parle de « extensión »³. L'objet de cette procédure et les hypothèses dans lesquelles elle peut être mise en œuvre⁴ démontrent en effet qu'il s'agit de techniques

¹ Anc. art. L. 133-8 al 1 CT.

² Art. L. 2261-17 CT (anc. Art.133-12): *« [...] le ministre chargé du travail peut, à la demande d'une des organisations représentatives intéressées ou de sa propre initiative, sauf opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la commission nationale de la négociation collective : 1° Rendre obligatoire dans le secteur territorial considéré une convention ou un accord de branche déjà étendu à un secteur territorial différent » [...]; 2° Rendre obligatoire dans le secteur professionnel considéré une convention ou un accord professionnel déjà étendu à un autre secteur professionnel.[...]; 3° Rendre obligatoire dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application un accord interprofessionnel étendu ».*

³ Art. 92.2 ET : *« Le ministre du travail ou l'organe correspondant des Communautés Autonomes compétent en la matière, pourra étendre, avec les effets prévus à l'article 82.3 de cette loi, les dispositions d'une convention collective en vigueur, à une pluralité d'entreprises et de travailleurs ou à un secteur ou sous-secteur d'activité [...] ».*

⁴ En France, l'élargissement est possible, d'une part, si la convention élargie a été préalablement étendue dans son champ d'application professionnel et/ou territorial initial et, d'autre part, *« en cas d'absence ou de carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial déterminé ».* De plus, *« le secteur territorial faisant l'objet de l'arrêté d'élargissement doit présenter des conditions économiques analogues à celles du secteur dans lequel l'extension est déjà intervenue ;[...] le secteur professionnel faisant l'objet de l'arrêté d'élargissement doit présenter des conditions analogues à celles du secteur dans lequel l'extension est déjà intervenue, quant aux emplois exercés ».* Aux termes de l'article L. 2261-18, *« lorsqu'une convention de branche n'a pas fait l'objet d'avenant ou annexe pendant cinq ans au moins ou, qu'à défaut de convention, des accords n'ont pu y être conclus depuis cinq ans au moins, cette situation peut être assimilée au cas d'absence ou de carence des organisations au sens de l'Article L. 2261-17 et donner lieu à l'application de la procédure prévue à cet article ».*

En Espagne, art. 92.2 ET: *« [...], en raison des préjudices dérivés de l'impossibilité de souscrire dans ce cadre une convention collective [...], de par l'absence de parties ayant légitimation pour cela ».* Pour approfondir, M. PÉREZ PÉREZ, « La nueva regulación de la extensión del convenio colectivo », *TL*, 2000, n° 57, p. 71; F.A. VALLE MUÑOZ, *La extensión de los convenios colectivos*, Valencia, Tirant lo

similaires. La doctrine française souligne deux aspects caractéristiques de cette procédure qui peuvent être transposés sans difficultés au droit espagnol : d'une part, « aucune des organisations d'employeurs et de salariés de la région ou du secteur concerné n'ayant participé à l'élaboration de la règle appliquée, le caractère conventionnel de celle-ci devient très théorique »¹. D'autre part, cette intervention administrative « a surtout une fonction comminatoire, la menace de se voir imposer une convention négociée ailleurs devant inciter les interlocuteurs sociaux à se doter de leur propre convention »².

Revenant maintenant à l'extension telle que définie en droit français, la doctrine a souligné très tôt l'aspect réglementaire de la convention étendue. En contrepartie, la loi a alors établi certaines exigences relatives à la procédure de négociation et au contenu de ces conventions.

1. Les règles encadrant la procédure de négociation de la convention collective susceptible d'être étendue

88. Le dispositif légal est venu réguler tout d'abord la procédure relative à l'initiative des négociations d'une convention susceptible d'être étendue. Les différents acteurs sociaux concernés peuvent se réunir spontanément sans la présence d'un représentant de l'Etat. Néanmoins, c'est généralement le Ministre du travail qui convoquera cette réunion, soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une ou plusieurs organisations représentatives³.

Cette réunion permet alors de constituer la commission paritaire chargée de négocier ladite convention susceptible d'extension. La présence habituelle du représentant de l'Etat entraîne par conséquent une composition tripartite⁴. Le représentant de l'Etat y jouera un rôle important présidant la commission et favorisant

Blanch, 2000; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La extensión del convenio colectivo, el marco legal originario », *RL*, 2006, n° 1, p. 7.

¹ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1383.

² J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1375.

³ Si la demande provient d'une organisation représentative, la convocation de la réunion est facultative. Si la demande est issue d'au moins deux organisations représentatives, le Ministre est tenu de la convoquer (article L.2261-20 CT, anc. art. L133-1 al.2 ; Ph. LANGLOIS, loc. cit, 1991, p. 934).

⁴ On parle alors de commission mixte. La commission est paritaire lorsque l'Etat n'intervient pas. Dans ce cas, elle est composée par le même nombre de représentants des salariés et des employeurs.

la négociation¹. Pour cela il compte sur l'appui de dispositions réglementaires prévoyant notamment une obligation d'assistance qui pèse aussi bien sur les organisations de salariés que sur les organisations patronales².

Le ministre chargé du travail dispose également d'un certain pouvoir discrétionnaire quant à l'adoption de l'acte d'extension³. Il doit néanmoins consulter la commission nationale de la négociation collective qui donne un avis motivé sur l'extension⁴. Ce large pouvoir d'appréciation reste de plus encadré par le juge administratif qui, en vertu de la nature réglementaire de l'acte d'extension, pourra procéder à son annulation pour excès de pouvoir en cas de contestation des organisations signataires.

La constitution de la commission répond également à plusieurs conditions visant notamment à lui garantir un supplément de légitimité par rapport à la négociation des

¹ Le Ministre remplit cependant une obligation de moyen et non de résultat, puisque s'il peut obliger à participer aux négociations, il ne pourra, en aucun cas, obliger à conclure. Est ainsi respectée la liberté contractuelle

² Articles D. 2261-11 et D. 2261-12 CT (anc. art. R. 133-4 et R 153-3).

³ Le Professeur LANGLOIS écrit ainsi que « *la compétence administrative s'attache à l'extension proprement dite, ce qui intéresse plus particulièrement quatre catégories de questions : la régularité de la procédure, l'appréciation de la représentativité des syndicats signataires, la détermination de la branche d'activité et l'opportunité même de l'extension* » (loc. cit., 1991, p. 936).

Les pouvoirs attribués au ministre sont répartis tout au long du processus. Concrètement quant à la faculté d'extension, le ministre peut à la fois refuser d'étendre, étendre contre la volonté d'organisations syndicales ou patronales ou étendre partiellement. En effet, il peut tout d'abord, suite au second avis de la commission, procéder à l'extension, alors mêmes que toutes les exigences légales n'ont pas été respectées, et cela, sans que les organisations salariales ou patronales puissent s'y opposer (art. L. 2261-27 CT ; anc. art. L.133.11).

Le Ministre peut également refuser d'étendre une convention validement négociée au motif qu'elle porterait atteinte aux entreprises affectées. Cette faculté laisse une part de subjectivité importante au ministre qui pourra faire primer certains intérêts économiques sur la protection des travailleurs. Parallèlement les juges administratifs ont prononcé la nullité des dispositions d'un arrêté d'extension au motif qu'elles portaient une atteinte excessive à la libre concurrence. Se trouve ici un des points de rencontre entre le droit du travail et le droit de la concurrence (Cons. Etat 30 avril 2003 et P.H. ANTONMATTEI et S. DESTOURS, « Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », *Dr. soc.*, 2003, p. 999.) Plus largement sur l'influence du droit de la concurrence en droit du travail, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 2008.

Enfin le ministre peut procéder à l'extension partielle de la convention dans deux hypothèses (art. L.2261-25 CT ; anc. art. L. 133-8 al.4 CT) : 1) après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective, lorsque certaines clauses sont « *en contradiction avec des dispositions légales* » ; 2) lorsqu'il estime que certaines clauses « *ne répondent pas à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré* » à condition de ne pas modifier l'économie du texte

⁴ La composition de cette commission est établie aux articles L. 2272-1 et R. 2272-1 CT (anc. art. L.136-1 CT). L'ensemble de ses fonctions sont prévues à l'article L. 2271-1 CT et spécialement quant à l'extension 3° (anc. art. L.136-2 CT). Aux termes de l'article L. 2261-24 CT (anc. art. L. 133-8 al.2 CT), si une organisation patronale ou de salariés représentative consulte la commission, le Ministre est alors obligé d'engager la procédure. De plus, si deux organisations présentes dans la commission s'opposent à l'extension, le ministre devra procéder à une seconde consultation à laquelle il n'est cependant pas lié.

conventions ordinaires. Elle est ainsi composée de l'ensemble des organisations patronales et syndicales représentatives dans le cadre de la convention¹.

Dans le même ordre d'idée, la loi s'est attachée à réguler leur contenu. L'article L. 2261-22 CT (anc. art. L. 133-5) établit ainsi une liste exhaustive de clauses qui doivent obligatoirement être intégrées dans la convention susceptible d'extension. Par ailleurs, certaines conditions de publicité sont exigées. Préalablement à l'arrêté d'extension, le Ministre doit publier au Journal Officiel un « *avis relatif à l'extension* » permettant ainsi aux organisations intéressées de faire connaître leurs observations². L'arrêté ministériel sera par la suite publié au Journal officiel ainsi que la convention ou l'accord étendu³.

Pour conclure, il convient de noter que le pouvoir législatif a, au fil du temps, favorisé cette procédure en réduisant certaines exigences. Dans tous les cas, elle marque une distinction entre deux types de conventions collectives de branche et permet de souligner le caractère dual du système de négociation collective français : d'une part, les conventions collectives de branche « simple », « de droit commun » ou « ordinaire » dotées par nature d'un effet limité et d'autre part, les conventions collectives de branche étendues dotées d'efficacité générale par une intervention étatique expresse.

2. Le caractère réglementaire de la convention collective étendue

89. La nature réglementaire de l'acte d'extension justifie dans une large mesure les pouvoirs attribués au ministre et l'exhaustivité des dispositions légales encadrant le processus de négociation. En effet, dès lors que le Ministre procède à l'extension de la convention, celle-ci possède un caractère réglementaire⁴ s'appliquant à tous les employeurs compris dans son champ d'application ce qui la convertit en « *législation secondaire* »⁵. Cette généralité d'application poursuit plusieurs objectifs qui peuvent justifier l'intervention administrative. Selon la doctrine, l'extension permet « *d'éviter les distorsions de concurrence et d'assurer l'égalité des salariés face au statut*

¹ Spécialement quant aux représentants patronaux (voir infra, n° 157).

² Art. D. 2261-3 (anc. art. L. 133-14 al. 1).

³ Art. D. 2261-4 (anc. art. L. 133-14 al. 2).

⁴ Cons. Etat 30 juin 2003, J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 781. Voir également M.L. MORIN, op. cit., p. 210 et p. 504

⁵ M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 83.

conventionnel régissant une même branche professionnelle »¹. Elle favorise également un taux de couverture conventionnel important empêchant l'employeur de se soustraire à l'application de dispositions conventionnelles soit parce qu'il refuse de conclure au sein de sa propre entreprise une convention, soit parce qu'il n'est adhérent d'aucune organisation patronale. On retrouve en définitive dans cette procédure le caractère paternaliste de l'Etat français intervenant directement afin de protéger les salariés².

L'aspect réglementaire présenté par la convention collective étendue ne lui fait néanmoins pas perdre sa nature contractuelle³. Une jurisprudence ancienne et établie considère en effet que la convention, même étendue, reste un contrat de droit privé⁴. Plusieurs conséquences relatives à la coexistence de la convention et de l'acte d'extension doivent alors être précisées : d'une part, l'arrêté d'extension ne présume pas de la validité de l'accord. C'est au juge judiciaire qu'il incombe de veiller à la licéité des clauses ou à la régularité des conditions de conclusion. D'autre part, lorsque la convention collective est dénoncée ou arrive à son terme, l'arrêté d'extension disparaît simultanément ne produisant aucune conséquence juridique⁵. En cas de révision, les nouvelles dispositions devront faire l'objet d'une nouvelle procédure d'extension pour être applicables à l'ensemble des salariés et employeurs compris dans son champ d'application⁶. Enfin, l'abrogation de l'arrêté d'extension revient logiquement au Ministre qui pourra y procéder s'il estime que l'accord ne répond plus au besoin de la branche⁷. L'ensemble de ces considérations démontre alors que l'acte d'extension constitue une technique de promotion de la négociation qui respecte l'autonomie collective.

¹ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1374.

² M.L. MORIN évoque quant à elle, « *le caractère républicain de l'Etat français à qu'il appartient d'abord de garantir l'égalité des citoyens et leur liberté individuelle* » (loc. cit., 2000, p. 83). Elle souligne également que l'extension comme l'élargissement constituent des manifestations directes du droit des salariés à la négociation collective et consécutivement de bénéficier de l'application d'un accord (op. cit., p. 505 s.).

³ Voir pour la doctrine, P. DURAND, « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives », *Dr. soc.*, 1956, p. 24 ; A. BRUN, « L'extension des conventions collectives en jurisprudence », *Dr. soc.*, 1960, p. 644 ; S. NADAL, loc. cit., 2002, p. 423.

⁴ Cons. Etat 4 mars 1960, déjà cité.

⁵ Aux termes de l'article L. 2261-28 CT (anc. art. L. 133-15 al. 1), « *l'arrêté d'extension d'une convention ou d'un accord devient caduc à compter du jour où la convention ou l'accord en cause cesse de produire effet* ».

⁶ Article L. 2261-16 CT (anc. art. 133-9)

⁷ Art. D. 2261-13 (anc. art. L.133-16 CT). Notons toutefois que l'intervention du ministre peut avoir lieu à la demande d'une organisation représentative intéressée.

En guise de conclusion, il convient de retenir que le dispositif légal français, tout en optant par principe pour l'effet limité de la convention collective, a prévu deux mécanismes qui aboutissent à l'application générale de la convention dans l'entreprise ou dans une branche professionnelle¹. La particularité de l'attribution d'une efficacité *erga omnes* dans le système français, réside dans les mécanismes de sa reconnaissance qui, loin de se référer à l'autonomie collective, se fonde sur l'employeur ou sur une intervention administrative.

¹ La comparaison entre l'importance du taux de couverture conventionnel et la faiblesse du taux de syndicalisation en est la preuve évidente.

CONCLUSION TITRE II

90. Les conceptions française et espagnole du droit à la négociation collective présentent, comme nous venons de le montrer, d'importantes divergences : en France, elle se présente comme un droit des salariés face aux employeurs et, en Espagne, comme un droit-liberté des acteurs sociaux face à l'Etat. L'évolution du droit du travail, spécialement du contenu et des conditions de validité des conventions collectives, amène cependant à s'interroger sur la cohérence de la conception française.

Quant à la convention collective, les deux dispositifs ont reconnu et garanti son efficacité réelle qui correspond à son application automatique et impérative aux contrats de travail des salariés qui lui sont soumis. Le droit espagnol est allé plus loin, garantissant aux conventions statutaires une efficacité générale. Prévoyant des exigences légales importantes, l'ET conduit néanmoins à laisser sans cadre juridique une grande partie de l'activité conventionnelle, entraînant de nombreuses difficultés juridiques. Le droit français a, quant à lui, maintenu en principe l'effet limité de la convention. Cependant, malgré ce postulat de départ distinct, les conventions collectives française et espagnole se déploient dans la pratique dans des conditions similaires.

La comparaison des deux législations met alors en avant deux points : d'une part, l'obligation pour la loi de garantir la supériorité de la convention collective sur le contrat de travail et, d'autre part, la liberté de la loi pour définir l'efficacité personnelle de la convention collective¹.

¹ Reprenant les propos de M^a.E. CASAS BAAMONDE, « *l'efficacité limitée est le résultat de l'exercice de l'autonomie collective* » et, inversement, « *l'efficacité générale ne peut être un résultat absolument étranger à la propre autonomie collective* » (« ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos? », *RL*, 1997-I, respectivement p. 35 et p. 37).

Selon une autre perspective, il est possible de penser que le caractère de l'efficacité personnelle de la convention constitue le reflet de l'option légale de chaque système et plus loin, le degré de reconnaissance de l'autonomie collective.

CONCLUSION PARTIE PRELIMINAIRE

91. Comme nous avons tenté de le démontrer, l'approche par l'Etat du phénomène collectif s'est originairement attachée à la convention collective avant de prendre en compte, depuis une perspective dynamique, le processus global de la négociation collective. Réside ici un certain paradoxe puisque c'est d'abord la source de droit dans un sens formel qui a été reconnue. Cela prouve alors, selon nous, les réticences des ordres juridiques étatiques à reconnaître d'autres sources de droit entendues ici dans leur sens matériel.

Cela permet également de souligner l'ambiguïté originaire des relations entre la loi et la convention collective. Les disparités relevées entre le droit espagnol et français démontrent bien que si l'application de la convention au contrat de travail est consubstantielle à la négociation collective, l'efficacité personnelle de la convention demeure une option législative. Dans ce cadre, la qualification de la convention collective comme norme juridique créatrice de droit objectif reste totalement dépendante de l'intervention de la loi. L'intégration de l'ordre professionnel dans l'ordre juridique positif s'effectue par conséquent de manière verticale. Nous pourrions alors reprendre les termes du Professeur G. LYON-CAEN qui écrivait qu' « *en réalité cette autonomie [collective] n'existe que par consentement de l'Etat* »¹.

Cette affirmation constitue néanmoins depuis l'origine du droit du travail la source de débats doctrinaux intenses et sans solutions certaines et définitives. Les propos des développements postérieurs ne prétendent pas aborder ces questions mais visent plus modestement à apprécier deux aspects de l'intervention législative. D'une part, en contrepartie de l'attribution et de la garantie d'effets juridiques et personnels spécifiques, la loi a établi une série d'exigences que la convention doit respecter. D'autre part, l'insertion de la convention dans l'ordre juridique étatique a amené la loi à

¹ G. LYON-CAEN, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p. 350. Dans le même sens, le Professeur A. BLASCO PELLICER estime que le droit du travail en général est apparu et s'est développé dans l'hétéronomie (*La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, CES, 1995, p. 20). M.L. MORIN affirme quant à elle que « *l'autonomie collective a été construite dans l'hétéronomie* » (« La Loi et la négociation collective: concurrence ou complémentarité », *Dr. soc.*, 1998, p. 419). Le fondement de l'intervention étatique est par contre plus complexe. Il est en effet louable de penser, d'un point de vue, pourrait-on dire plus pragmatique, que l'intervention de l'Etat représente un moyen de contrôle de l'activité de l'autonomie collective qui lui échappe. Dans ce cadre, l'autonomie collective précède l'intervention de l'Etat qui s'est alors occupé d'en réguler les manifestations notamment en intégrant dans son ordre juridique, sous certaines conditions, les produits juridiques qui en sont issus.

définir sa place et conjointement les modalités de son articulation avec les autres sources régulant les relations de travail.

Nous aborderons ainsi successivement l'intervention législative espagnole et française lors de l'élaboration de la convention collective puis lors de son application.

PARTIE I : L'INTERVENTION LEGISLATIVE LORS DE L'ELABORATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE

92. Les effets attachés à la convention collective de travail ont naturellement conduit les dispositifs légaux français et espagnol à prêter une attention particulière aux conditions de son élaboration. La doctrine affirme, dans ce sens, que « *la procédure d'élaboration de la convention collective [...] a été traditionnellement un des points manifeste de l'intervention étatique dans la dynamique de l'autonomie collective* »¹. La multiplication des fonctions de la négociation et son corollaire - l'évolution du contenu de la convention collective - n'ont fait qu'amplifier cette intervention.

Deux aspects permettent alors d'aborder l'intervention de la loi. D'une part, afin de garantir la légitimité de la convention, elle procède à l'identification des parties à sa négociation et à la définition des conditions de sa conclusion. D'autre part, elle fixe la marge de liberté des parties à la négociation quant à son contenu.

93. L'analyse de ces différents points permettra de dégager une caractéristique commune aux deux dispositifs, à savoir la prévision de dispositions strictes encadrant l'identification des parties et la conclusion de la convention, parallèlement à un relâchement du carcan légal relatif à son contenu.

La perspective comparée mettra cependant en exergue que la mise en œuvre de cette logique ne s'est pas opérée de manière symétrique dans les deux ordres juridiques. En effet, en France, la loi a traditionnellement encadré le contenu de la convention par le biais de la notion d'ordre public social qui permettait de limiter la négociation collective à sa fonction originale d'amélioration des conditions de travail. Dans ce cadre, les règles légales relatives aux négociateurs et aux conditions de conclusion étaient peu contraignantes. L'essor inexorable des nouvelles fonctions de la négociation collective, amorcé en 1982, a cependant conduit la loi à intervenir afin de renforcer la légitimité de l'accord, notamment en ce qui concerne ses signataires. La loi de 2008 constitue l'illustration parfaite de ce double mécanisme².

En Espagne, au contraire, le cadre légal conçu dans une période de crise économique a, dès son élaboration au début des années 80, envisagé la diversité des

¹ M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, loc. cit., 2000, p. 1567.

² Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant sur la rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail.

fonctions inhérentes à la négociation collective. Dans ce sens, l'ET a initialement prévu un dispositif strict encadrant les parties à la négociation et les conditions de conclusion de la convention. L'attribution légale d'une efficacité normative et *erga omnes* à la convention statutaire constitua également un argument décisif à l'heure de déterminer ces deux aspects. La volonté de favoriser la fonctionnalité de la convention d'un point de vue économique a toutefois conduit le droit espagnol à desserrer, à partir de 1994, ce cadre légal. Deux directions ont alors été suivies : d'une part, élargir les conditions de validité de la convention¹ et d'autre part, réduire le rôle et le poids de la loi dans le système de la négociation collective. La dernière réforme importante en la matière s'est réalisée dans le RDL 7/2011. Celui-ci a permis d'éclaircir certaines zones d'ombre², notamment en matière de négociation d'entreprise catégorielle et au niveau du groupe. Elle a également pris en compte l'impossibilité de négocier dans certains secteurs en vertu des règles antérieures et a établi des règles spécifiques permettant la mise en route de négociations. Elle a par ailleurs modifié les règles de légitimation patronale au niveau sectoriel et consacré le principe de proportionnalité dans la composition de l'organe chargé de négocier une convention. Toutefois, elle a de manière surprenante redéfini les relations entre la représentation unitaire et la représentation syndicale lors de la négociation d'entreprise.

94. Afin de vérifier ces prémisses, nous aborderons, dans un premier temps, le cadre légal relatif à l'identification des parties à la négociation et aux conditions de conclusion de la convention, afin de mettre en exergue l'objectif de la loi de garantir la légitimité de la convention. Dans un deuxième temps, nous traiterons de l'intervention légale relative au contenu de la convention afin de souligner que la politique législative vise à favoriser l'émancipation de la négociation collective du carcan légal.

¹ Le Tribunal Constitutionnel (TC) souligna dans ce sens que les règles ne s'adaptaient pas « *aux conditions réelles [du] système de relations de travail* » (STC 235/1989, du 5 nov.).

² J. CRUZ VILLALÓN, « Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011 », in *La Reforma de la negociación colectiva, RDL 7/2011 de 10 de junio, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Lex Nova, 2011, p. 45, pour qui la réforme se limite « essentiellement au terrain de la simple amélioration technique. Un auteur souligne également que cette réforme a permis d'améliorer la structure formelle de l'article de l'ET relatif à la question (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, « La reforma de la garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación y comisión negociadora », in *La Reforma de la negociación colectiva, RDL 7/2011 de 10 de junio, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 131).

TITRE I : LE CADRE LEGAL RELATIF AU PROCESSUS DE NEGOCIATION ET DE CONCLUSION : LA QUÊTE DE LEGITIMITE DE LA CONVENTION COLLECTIVE

95. Le processus d'identification des parties à la négociation et l'établissement de règles relatives à la conclusion de la convention ont, sans nul doute, pour but de garantir et de renforcer la légitimité de la convention collective. Juridiquement, sans préjudice des nuances qu'il conviendra d'apporter, cet objectif se traduit en France et en Espagne, par l'application de la notion de représentativité et du principe majoritaire.

Le terme de légitimité n'est cependant pas présent dans le droit du travail en France et en Espagne. Pour ce qui nous intéresse, il doit être entendu dans son acception commune et vise à garantir l'acceptation par les salariés de l'autorité de la convention collective¹. Le droit espagnol établit néanmoins des « *règles de légitimation* » encadrant l'élaboration de la convention collective². Cette notion de légitimation implique une action de la loi et correspond ainsi à une notion légale³ qui permet de dégager les « *garanties subjectives* » de la convention collective⁴. La légitimité est alors une qualité, un état qui s'apprécie, pourrait-on dire, d'un point de vue sociologique alors que la légitimation est une action qui provient de l'intervention de la loi et vise à garantir cette légitimité⁵.

Il convient, par conséquent, de procéder à la définition de cette notion de légitimation. Force est alors de constater que la définition issue de la jurisprudence ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Le Tribunal Suprême a dégagé des dispositions de l'ET trois niveaux de légitimation. Premièrement, elle conduit à l'identification des acteurs dotés de la capacité conventionnelle qui prétendent participer

¹ Dans ce sens, la légitimité permet à la convention d'être « *conforme à la justice, à l'équité* » (*Vocabulaire Juridique*, op. cit., p. 542. Voir également les réflexions de G. LYON-CAEN, « La légitimité de l'action syndicale », *Dr. ouv.*, 1988, p. 147.

² Dans le texte original il s'agit de la notion de « *legitimación* » (art. 87 et 88 ET).

³ En droit français, le terme de légitimation correspond « *au bienfait de la loi consistant naguère à faire bénéficier de la légitimité un enfant naturel* », (*Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 541).

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 59. Voir également F. VALDÉS DAL-RÉ, « La reforma de la reglas de legitimación negocial », *RL*, 1994-I, p. 55.

⁵ Contrairement à la notion de légitimation, la notion de légitimité dépasse le strict cadre du droit et entre dans celui de la morale, de l'équité. La légitimation est dans ce sens la notion juridique garantissant la légitimité de la convention.

à la négociation d'une convention concrète (la légitimation initiale)¹. Deuxièmement, elle se réfère aux conditions nécessaires pour que ces acteurs puissent conduire effectivement la négociation de la convention considérée (légitimation pleine², de négociation). Enfin, troisièmement, elle renvoie à la définition de règles relatives à la conclusion de l'accord (légitimation de décision)³.

La doctrine majoritaire refuse néanmoins cette conception jurisprudentielle de la légitimation et envisage, d'une part, la capacité de négociation qui peut se définir comme « *l'aptitude générale et abstraite pour être partie à la négociation d'une convention dans un cadre donné* » et, d'autre part, la légitimation de négociation qui « *supposera un degré supplémentaire de concrétisation et déterminera strictement les sujets qui peuvent être parties à la négociation conduite dans ce cadre* »⁴. Plus loin, la légitimation se compose alors de deux aspects, la « *capacité conventionnelle ou aptitude générique dont bénéficient certains sujets collectifs pour initier des actes contractuels et la légitimation au sens strict ou l'aptitude des organisations dotées de capacité conventionnelle pour intervenir dans une négociation concrète* »⁵.

Incontestablement, la question de la capacité conventionnelle est un préalable nécessaire et incontournable qui intègre l'appréciation de la légitimation. Les divergences avec la conception jurisprudentielle ne s'arrêtent pas là. En effet, pour un secteur doctrinal, la notion de légitimation, entendue ici strictement, se compose uniquement de la légitimation initiale et de la légitimation pleine. La légitimation de décision constitue une règle de garantie de la procédure de négociation qui « *n'ajoute rien et n'enlève rien à la représentation légale pour négocier des conventions*

¹ Dés lors, les juges font en quelque sorte abstraction de la capacité conventionnelle des différents acteurs qui représente un préalable à l'appréciation de leur légitimation. La capacité conventionnelle peut se définir comme l'aptitude générique, abstraite et générale à négocier des conventions collectives.

² En espagnol, *legitimación plena*.

³ La jurisprudence énonce que « *dans la négociation collective entrent en jeu trois types distincts de légitimation : une qui habilite pour négocier, une autre qui donne la capacité pour constituer la commission de négociation et enfin, celle qui est exigée pour valider les accords* » renvoyant ainsi aux articles 87, 88, 89 ET (STS du 24 mars 1995, Ar/2183). Dans ce sens, I. ALBIOL MONTESINOS, *El convenio colectivo en la jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 76; A. DESDENTADO BONETE et B. VALDÉS DE LA VEGA, *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*, Madrid, Trotta, 1998, p. 41; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, « Las partes del convenio colectivo », in *Cuadernos de Derecho Judicial. La negociación colectiva*, CPGJ, Madrid, 1992, p. 64.

⁴ C. AGUT GARCÍA, *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 378. Dans le même sens, M. ALONSO OLEA y M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1040; A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MÚRCIA, op. cit., 2012, p. 366; T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 314.

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, « Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general », *DL*, 1984, n°12, p. 41; loc. cit., 1994, p. 71.

d'efficacité générale et qui tend à réguler la formation de la volonté interne des parties »¹. Le mode d'adoption des accords par la commission de négociation est par conséquent une question distincte et étrangère à l'appréciation de la légitimation.

Un courant doctrinal admet enfin, comme la jurisprudence, que trois étapes peuvent se distinguer. Néanmoins le contenu et le sens de celles-ci varient fortement. En effet, seule la légitimation initiale aborde réellement la question de la légitimation pour négocier. La légitimation pleine renvoie dès lors aux règles de constitution de l'organe chargé de négocier effectivement la convention et la légitimation de décision permet de réguler les règles relatives à l'adoption de l'accord en son sein².

Nous verrons plus loin que cette controverse prend une importance considérable au regard de la disponibilité des règles relatives à la constitution de l'organe chargé de négocier la convention et à l'adoption des accords³.

96. En France, ces questions font l'objet d'un consensus qui permet de distinguer la capacité conventionnelle, l'identification des acteurs d'une négociation concrète et les conditions de conclusion de la convention.

97. D'un point de vue comparatif, le moment de l'application du principe majoritaire constitue alors une variable pertinente afin de comprendre la logique des deux dispositifs. Considérons ainsi que le droit français distingue l'identification des négociateurs et le processus de négociation dans lesquels le principe de majorité est inopérant et les conditions de conclusion dans lesquelles le principe majoritaire est originalement mis en œuvre. En droit espagnol, le principe majoritaire intervient au contraire préalablement à la négociation effective de la convention. Dans ce cadre, la terminologie jurisprudentielle résulte pertinente d'un point de vue de méthodologie comparative. En effet, elle permet de considérer que le principe majoritaire est inopérant lors de l'appréciation de la légitimation initiale. Par la suite, il est mis en œuvre à deux reprises : d'une part, préalablement aux négociations pour permettre l'identification des négociateurs qui peuvent effectivement y participer. Il constitue dans ce sens la condition substantielle à la reconnaissance de la légitimation pleine. D'autre part, lors

¹ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1984, p. 41; loc. cit., 1994, p. 71. Dans le même sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 146.

² M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2000, p. 236.

³ Voir infra, n° 244 s.

de la conclusion de l'accord pour permettre de valider les conditions de son adoption et de reconnaître la légitimation de décision.

98. Ces considérations nous conduisent dès lors à distinguer deux phases : dans un premier temps, il s'agit d'aborder l'identification des acteurs susceptibles de négocier une convention en Espagne et celles des acteurs qui négocient effectivement une convention en France. La notion de représentativité constituera alors le point de connexion de l'analyse. Dans un deuxième temps, il conviendra d'aborder les conditions encadrant le processus de négociation et de conclusion de la convention en Espagne et celles encadrant le processus de conclusion de la convention en France. Cela nous permettra alors d'aborder les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe majoritaire.

CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES ACTEURS DE LA NEGOCIATION

99. Dans des cadres constitutionnels largement définis¹, la loi dispose d'une marge d'action considérable afin d'identifier les parties susceptibles de négocier une convention collective de travail dotée d'effets juridiques et personnels spécifiques². La première étape de cette identification consiste alors à reconnaître la capacité conventionnelle, entendue comme « *l'aptitude générique pour négocier des conventions sans référence à une convention concrète* »³.

En France, la combinaison de deux articles du Code du travail permet d'affirmer que la loi opère une distinction entre les titulaires du droit à la négociation et les agents de la négociation. D'une part, l'article L. 2221-1 CT (anc. art. L. 131-1) dispose que « *le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective [...]* ». D'autre part, l'article L. 2231-1 CT (anc. art. L. 132-2) dispose que « *la convention ou l'accord est conclu entre, d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés [...]* » et, « *d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* ». Côté salariés, la conclusion de conventions collectives est alors réservée par principe aux syndicats⁴ qui deviennent ainsi les agents du droit à la négociation collective dont les titulaires demeurent dans tous les cas « *les salariés* »⁵.

¹ Voir supra, n° 26, 44.

² Notons toutefois que l'application des normes de droit international conditionnait fortement l'intervention de la loi au bénéfice des syndicats (notamment convention OIT n° 87 sur la liberté syndicale).

³ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 70. Rappelons que nous traitons ici de la convention régulée par le cadre légal.

⁴ Depuis la loi du 11 février 1950 et un avis du Conseil d'Etat du 1^{er} mars 1951, « *les organisations de salariés constituées en syndicats professionnels sont seules admises à négocier les conventions et accords collectifs de travail* » (aujourd'hui, article L. 2132-2 CT ; anc. art. L. 411-7).

Pour la jurisprudence judiciaire, Cass. Crim. 24 mai 1973, *D.*, 1973, p. 599, note J. SAVATIER (en l'espèce, est écartée la négociation avec les délégués du personnel et Cass. Soc 16 fév. 1989, *Dr. ouv.*, 1989, p. 359 (lors de l'intervention du comité d'entreprise).

⁵ La loi opta ainsi pour une représentation permanente et syndicale.

Pour approfondir, M.L. MORIN, op. cit., 1994, p. 219 et 331 s. Selon cet auteur, la négociation collective est un droit reconnu à « *tous les salariés de la collectivité de travail* » (sur la question des titulaires du droit à la négociation collective, voir supra, n° 44). Néanmoins, ne constituant pas un collectif doté de personnalité morale pouvant défendre ses intérêts, « *un agent juridique doit donc intervenir en leur nom ou, plus exactement, dans l'intérêt commun qui les caractérise* » (p. 333).

Le Conseil constitutionnel affirma également que les « *organisations syndicales ont vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »¹. Dès lors, la négociation collective constitue un élément de la liberté d'action syndicale². Du côté patronal, la loi permet à l'employeur individuel, à un syndicat d'employeurs mais également à une association d'employeurs de conclure une convention collective³.

En Espagne, l'article 82.2 ET se réfère aux conventions collectives « *comme résultat de la négociation effectuée par les représentants des travailleurs et des employeurs* ». Après cette formulation générale et conforme au cadre constitutionnel⁴, l'ET a établi un double canal de négociation en fonction du niveau. Selon l'article 87 ET, au niveau de l'entreprise, l'employeur peut négocier avec les représentants élus dans l'entreprise ou avec les représentants syndicaux. Aux niveaux interprofessionnel et sectoriel, la faculté d'accéder à la négociation de conventions collectives de travail est réservée aux syndicats de salariés et aux organisations patronales. La négociation au niveau du groupe ou au niveau catégoriel recourt aux mêmes acteurs. Précisons ici que l'analyse se réfère uniquement aux conventions collectives et ne prend pas en compte les spécificités des accords d'entreprise légalement définis qui constituent un modèle d'accord particulier⁵.

100. Une fois définie la capacité conventionnelle des différents négociateurs, il convient de s'attacher aux conditions dans lesquelles ces acteurs peuvent prétendre négocier une convention collective déterminée. En droit français, la reconnaissance de principe de la capacité conventionnelle aux seuls syndicats place le concept de représentativité au centre du dispositif. Par contre, en droit espagnol, la faculté reconnue aux représentants élus de négocier une convention collective permet d'expliquer dans une certaine mesure, le recours au concept général de *légitimation*. La notion de représentativité se rapporte en effet, par nature, aux organisations professionnelles. Elle

¹ DC n° 96-383 du 6 nov. 1996. Pour approfondir, voir M.L. MORIN, loc. cit., 1997, p. 29 et G. LYON-CAEN, loc. cit., 1996, p. 479 ; G. BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 1006). Nous reviendrons sur cette décision fondamentale lors de l'analyse de la détermination des négociateurs au niveau de l'entreprise (voir infra, n° 173).

² V. OGIER-BERNAUD, op. cit., p. 124.

³ Aux termes de l'article L. 2231-1 CT, les associations d'employeurs sont celles « *constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords* ». Sur ce point, voir infra n° 148.

⁴ En effet, comme nous l'avons abordé, l'article 37.1 CE ne vise pas le travailleur de façon individuelle mais se réfère à un collectif de travail dont sont issus des représentants (voir supra, n° 26).

⁵ Voir infra, n° 743 s., spécialement n° 765.

retrouve néanmoins une place centrale dans les deux dispositifs en matière de négociation sectorielle. Le rôle et les conditions dans lesquels la représentativité est établie constituent alors des questions d'une importance considérable.

Nous aborderons donc le rôle et l'application de la notion de représentativité, spécialement lors de la négociation sectorielle, avant d'envisager les particularités inhérentes à la négociation d'entreprise¹.

SECTION I : La notion de représentativité des organisations professionnelles en France et en Espagne, spécialement en matière de négociation sectorielle

101. Les dispositifs légaux français et espagnol convergent en matière d'identification des négociateurs de conventions collectives sectorielles ou interprofessionnelles, se référant tous deux aux organisations professionnelles de salariés et d'employeurs. La notion de représentativité n'est cependant pas appliquée dans les mêmes cadres et ne remplit pas les mêmes fonctions. En ce qui concerne les organisations de salariés, la notion de représentativité est exigée dans tous les cas² mais ne remplit pas les mêmes fonctions. Pour les organisations d'employeurs, l'exigence de représentativité n'a pas la même portée. Toutefois, les deux droits éprouvent de grandes difficultés pour mesurer efficacement la représentativité des organisations patronales.

Afin de traiter l'ensemble de ces questions, nous aborderons les conceptions légales espagnole et française de la représentativité syndicale en matière de négociation

¹ L'intérêt théorique de procéder à cette distinction prend également une ampleur supplémentaire au regard des politiques législatives favorisant l'autonomie de la convention d'entreprise (voir infra, n° 735).

² Cette notion est l'« élément vertébral du modèle syndical espagnol autour duquel s'organise la représentation syndicale, s'ordonnent les relations intersyndicales et se fonde tout le régime juridico-syndical » (M. E. CASAS BAAMONDE, « Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. ¿Un modelo en crisis? », *REDT*, 1988, n° 33, p. 71). Elle représente la « catégorie fondamentale sur laquelle repose tout le système français des relations collectives dans l'entreprise » (G. LYON-CAEN, « A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du Travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 81).

La notion de représentativité syndicale est apparue pour la première fois en 1919 dans l'article 389 du Traité de Versailles. Celui-ci n'en proposait pas de définition, laissant à chaque pays le soin, selon ses propres critères nationaux, de désigner des délégués issus des syndicats de salariés et groupements d'employeurs les plus représentatifs. L'OIT évoquait néanmoins l'utilisation de critères objectifs, préétablis et précis pour déterminer la représentativité qui ne pouvait avoir comme conséquence « d'interdire l'existence d'autres syndicats, d'influencer indûment le choix d'une organisation par les travailleurs ou de priver les syndicats non reconnus comme les plus représentatifs des moyens essentiels pour défendre les intérêts professionnels de leurs membres » (*Liberté syndicale et négociation collective*, Conférence internationale du travail, 81^e session, BIT, 1994, p. 46).

collective puis les critères permettant de la mesurer. Il restera alors à envisager dans un troisième point, les règles relatives à la représentativité patronale et les difficultés de sa mesure.

§ 1 : Les conceptions légales espagnole et française de la représentativité syndicale en matière de négociation collective

102. L'organisation du système des relations collectives de travail poursuit indéniablement l'objectif de rationaliser, canaliser, institutionnaliser un conflit latent, structurel entre salariés et employeurs. Comme nous l'avons montré antérieurement, la définition des acteurs de ces relations a constitué la première étape franchie par les systèmes juridiques français et espagnol. La reconnaissance d'un intérêt collectif s'est alors accompagnée d'un pouvoir donné aux syndicats de représenter les salariés à travers de prérogatives légalement prévues¹. Reprenant la distinction opérée par le Professeur VERDIER, ces prérogatives se déploient, d'une part, en matière de représentation organique (ou institutionnelle) face à l'Etat et dans les entreprises et, d'autre part, en matière de représentation conventionnelle, par la négociation et la conclusion de conventions collectives de travail². Dans les développements qui suivront, nous mettrons surtout l'accent sur ce dernier type de représentation.

Les systèmes légaux français et espagnol ont tous deux introduit la notion de représentativité afin de justifier ce pouvoir spécifique de négocier attribué à certains acteurs collectifs légalement déterminés³. La notion de représentativité est donc externe

¹ Selon le Professeur NAVARRO, « en définitive, la représentativité se conçoit comme une technique qui va permettre à des organisations syndicales déterminées d'assumer, dans les cas prévus par la loi, la représentation des intérêts qui touchent des collectifs professionnels dans leur ensemble, et cela indépendamment de l'existence ou non d'un lien juridique entre l'association et les travailleurs affectés par l'intérêt collectif » (*La representatividad sindical*, Madrid, MTSS, 1993, p. 24).

² J.M. VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.*, 1991, p. 5.

³ Le terme de pouvoir s'entend alors comme « la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt, au moins partiellement distinct du sien, par l'émission d'actes unilatéraux contraignants pour autrui » (E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p. 232). Selon le TC, la représentativité signifie « plus que représentation au sens propre, c'est un pouvoir ex lege d'agir et d'affecter les sphères d'autrui » (STC 12/1983).

Voir également G. BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 1988, p. 476. Reprenant les propos de J.M. VERDIER, « le lien entre représentativité et représentation est une relation de qualité à fonction ou pouvoir, la représentativité étant une qualité requise pour l'exercice d'une fonction et de pouvoirs pour lequel elle apparaît nécessaire » (loc. cit., 1991, p. 7). Dans le même sens, « la représentativité est la condition de l'exercice de ce pouvoir » (M.L. MORIN, op. cit., p. 331).

à l'autonomie collective¹ et constitue un « *titre de légitimité* »² attribué par l'Etat³, un outil juridique à sa disposition⁴.

103. Traditionnellement, deux voies permettent de reconnaître le caractère représentatif d'un syndicat⁵ : soit par la vérification de critères définis légalement, autrement dit par une représentativité prouvée, effective, démontrée ou « *objectivement vérifiée* »⁶, soit « *par irradiation après affiliation* » à une organisation syndicale reconnue plus représentative ou reconnue représentative au niveau national, autrement dit une représentativité présumée ou « *d'emprunt* »⁷. La réforme intervenue en France durant l'été 2008 a néanmoins profondément bouleversé ce schéma⁸.

104. Quoiqu'il en soit, l'existence et l'utilité du concept de représentativité ne semblent prêter à aucune discussion, c'est « *bien au contraire une notion indispensable à une saine pratique du pluralisme syndical* »⁹. La représentativité a ainsi été jugée conforme aux principes fondamentaux du droit syndical, c'est à dire aux principes d'égalité entre syndicats et de pluralisme syndical¹⁰. Néanmoins, force est de constater

¹ Elle permet ainsi à l'ordre étatique « *d'établir un aménagement différencié des organisations syndicales quant à leur action comme institutions représentatives des intérêts des travailleurs [...], autrement dit de réaliser une différenciation des possibilités d'action des syndicats ; tous ne vont pas recevoir le même traitement bien qu'ils se soient constitués en conformité aux dispositions légales* » (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, « La representatividad sindical », in *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1986, p. 189).

² J.M. VERDIER, loc. cit., 1991, p. 7. L'auteur estime également que « *la représentativité est un mode d'habilitation, celle des plus aptes à représenter* ».

³ La doctrine souligna ainsi que la représentativité constituait un « *titre de relevance juridique de l'ordre professionnel pour l'ordre étatique* » (S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 100).

⁴ J. GARCÍA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales mas representativas*, Madrid, MTSS, 1987, p. 67. L'auteur distingue deux aspects de la notion de représentativité : elle consitue à la fois un outil juridique et une qualité juridique. En France, A. ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales plus représentatives*, Thèse, Toulouse, 1976, p. XVII.

⁵ Le Professeur VERDIER parle des « *sources* » de la représentativité (loc. cit., 1991, p. 6).

⁶ A. ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président MICHEL DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

⁷ Ibid. et J.M. VERDIER, loc. cit., 1991, p. 6.

⁸ Pour une analyse de la réforme en matière de représentativité présumée, voir infra, n° 190 s.

⁹ J.M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical. Traité de droit du travail*, 2^eed., Vol. I, Paris, Dalloz, 1987, p. 486.

L'introduction de la notion de représentativité répond incontestablement à des exigences sociales, économiques et juridiques (voir dans ce sens M. E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *REDT*, 1988, n° 33, p.71).

¹⁰ En droit espagnol, le TC a reconnu la compatibilité de ces dispositions avec les autres droits constitutionnels, leur conformité avec les normes internationales (STC 73/1984 du 27 juin 1984 et spécialement STC 98/1985 du 29 juill.). Il énonce également que « *le système de pluralisme syndical dérivé de la liberté de syndicalisation [...] oblige, à l'heure de déterminer la présence de représentants syndicaux dans des organismes insérés à l'Administration, d'utiliser un critère qui, sans être discriminatoire, permette une défense efficace des intérêts des travailleurs qui se verraient préjudiciés par une atomisation syndicale* » (STC 53/1982 du 22 juill. et 65/1982 du 10 nov.). Pour approfondir, voir

que les modalités d'appréciation de la représentativité n'étaient pas étrangères, notamment en France, aux difficultés du syndicalisme¹ qui se voit spécialement confronté au phénomène de « *parcellisation du collectif* »².

Dans ce cadre, il conviendra de se demander si les dispositifs français et espagnol ont su ne pas distendre et déconnecter totalement les notions de représentativité et de représentation³ afin de garantir à la convention une légitimité encore plus nécessaire dans l'hypothèse d'accords régressifs pour les salariés.

A. La représentativité en droit espagnol : condition d'accès à la négociation

105. La notion de représentativité a logiquement pris toute son ampleur à partir de la transition démocratique. L'adoption de l'ET en 1980 offre, bien que partiellement, les premiers éléments de définition de la représentativité⁴ alors « *que paradoxalement,*

F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 182. Selon lui, « *Le principe d'égalité doit être évalué dans un contexte où les prérogatives et fonctions sont proportionnelles au grade de légitimation dans l'ordre intersyndical, et où, par conséquent, s'exclue une égalisation entre organisations avec un poids représentatif différent* », p. 84).

En France, le Professeur VERDIER rappelle alors que « *la représentativité est elle-même pluraliste et peut être reconnue au même niveau et dans un même cadre à plusieurs organisations concurrentes* » (op. cit., p. 486 ; du même auteur, « *Négociation collective et représentativité syndicale, du pluralisme syndical au pluralisme tempéré* », in *Mélanges WEIL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 577).

¹ Parmi une abondante littérature en France, voir H. LANDIER et D. LABBÉ, *Les organisations syndicales en France*, Paris, Ed. Liaisons, 2004 ; R. GARCIA, *Sortir du syndicalisme gaulois*, Paris, Ed. Eyrolles, 2003 ; D. LABBÉ et S. COURTOIS, *Regards sur la crise du syndicalisme*, Paris, L'Harmattan 2001 ; J.F. AMADIEU, *Les syndicats en miette*, Paris, Ed. du Seuil, 1999.

² Les difficultés relatives à ce phénomène sont, quant à elles, partagées par les deux pays.

Le Professeur VERDIER affirmait déjà en 1987 que « *la multiplication des catégories professionnelles, la diversification des statuts, l'éclatement fréquent de la communauté du travail qui en résulte, l'extériorisation croissante d'une partie de la main d'oeuvre des entreprises (sous-traitance, intérim, filialisation...), les comportements nouveaux de nombre de travailleurs en raison des appréhensions résultant des menaces sur l'emploi et des changements technologiques, non seulement compliquent le recrutement des adhérents et expliquent en partie les difficultés nouvelles de la syndicalisation, mais aussi rendent plus difficile la tâche syndicale d'expression des aspirations réelles des travailleurs et posent donc aux organisations un problème de représentativité* » (op. cit., p. XIV ; voir également F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 54). Or la doctrine a souligné justement que « *la représentativité dérive d'un présupposé sociologique, l'homogénéité du groupe représentable et repose sur la communauté d'intérêts en son sein. Si cette homogénéité cesse, le rapport d'équivalence est rompu et la légitimité sociale du syndicat entre elle-même en crise* » (S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 303).

³ Rappelons que l'action des syndicats s'exerçait initialement dans le cadre du droit commun de la représentation et que la reconnaissance de l'intérêt collectif accompagné de la notion de représentativité ont permis aux syndicats de dépasser la simple représentation de ces affiliés. Sur les éléments fondamentaux de distinction entre représentation et représentativité, J.M. VERDIER, loc. cit., 1991, p. 5 ; G. LYON-CAEN, loc. cit., Dalloz, 2001, p. 91 ; G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 477. Pour approfondir sur la polysémie de la notion de représentation, voir F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, Paris, LGDJ, 2000.

⁴ Antérieurement à la proclamation du Statut des travailleurs, le décret royal 3149/1977 du 6 décembre 1977 relatif aux élections des représentants du personnel dans l'entreprise, évoquait déjà les syndicats

de par sa condition ordinaire, il est incapable constitutionnellement de mettre en œuvre la liberté syndicale »¹. Ses dispositions se réfèrent exclusivement à la représentativité des organisations professionnelles en matière de négociation de conventions collectives statutaires et en matière de participation dans les institutions publiques².

Conformément au cadre constitutionnel, la Loi Organique 11/1985 de Liberté Syndicale (LOLS) du 2 août 1985 a finalement permis la définition du régime général de la représentativité syndicale envisageant, outre la capacité conventionnelle des syndicats représentatifs, l'ensemble des prérogatives syndicales³. Cette loi différencie deux degrés de représentativité : la plus grande représentativité (art. 6 et 7.1 LOLS) et la représentativité suffisante (art. 7.2 LOLS).

106. Procéder à une analyse approfondie de la notion de « *plus grande représentativité* » nous éloignerait du sujet central de l'étude⁴. Néanmoins certaines observations doivent ici être formulées afin de comprendre la logique générale du système.

L'appréciation de cette qualité s'effectue au niveau interprofessionnel⁵, et, spécificité du droit espagnol, sa reconnaissance intervient au niveau étatique⁶ mais

suffisamment représentatifs sans apporter toutefois des éléments de définition et de mesure. En 1979, *el Acuerdo Básico Interconfederal (ABI)* conclu par UGT y CEOE mentionnait que « *les centrales ouvrières qui possèdent 10% ou plus des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel bénéficieront de cette capacité représentative* » (voir également l'AMI-Accord cadre (*marco*) Interconfédéral- signé la même année). Pour approfondir, F. VALDÉS DAL-RÉ, « Representación y representatividad sindicales en España », *RL*, 1988-II, p.147 et la bibliographie citée par l'auteur.

¹ En effet, la mise en œuvre de la représentativité syndicale renvoie à la liberté syndicale qui doit être régulée par Loi Organique (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1988, p.71).

² M^a.E. CASAS BAAMONDE, « La mayor representatividad sindical y su moderación en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión », *RL*, 1988-II, p. 348.

³ La doctrine souligna ainsi que « *si la régulation de la représentativité syndicale fut dans l'ET circonstancielle et fragmentaire, dans cette norme postérieure, de caractère organique, elle est essentielle et générale* » (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1988, p. 78. La doctrine releva également la singularité du modèle établi d'un point de vue comparatif (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1988, p.146).

Pour une analyse approfondie de l'évolution de cette loi fondamentale, voir d'une part, *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1986 et d'autre part, *30 años de libertad sindical*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2007.

⁴ Pour aller plus loin sur cette notion, voir notamment H. ÁLVAREZ CUESTA, *La mayor representatividad sindical*, Universidad de León, 2006, p. 95.

⁵ L'appréciation de la représentativité s'effectue « *sur l'ensemble des champs sectoriels de niveau étatique* » (F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 195 qui cite notamment STCT du 16 déc. 1986, pour les syndicats plus représentatifs de niveau national et STCT du 9 janv. 1989 au niveau de la Communauté Autonome). Dans le même sens, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La representatividad sindical en la LOLS : 25 años después », *RL*, 2011-I, p. 356.

⁶ En Espagne, la loi préfère l'adjectif « étatique » à celui de « national ». Les raisons de ce choix terminologique s'inscrivent dans le cadre de controverses politiques entourant les concepts de Nation ou

également au niveau de la Communauté Autonome (CCAA)¹. Elle est également reconnue à tous les syndicats affiliés à ces structures interconfédérales nationales ou de CCAA par le jeu de l'irradiation². Le pouvoir d'irradiation reconnu aux syndicats plus représentatifs de niveau étatique et de CCAA conduit alors à distinguer deux sous-catégories à l'intérieur de la plus grande représentativité : la plus grande représentativité de niveau étatique et de niveau de CCAA au sens strict et la plus grande représentativité par irradiation.

Aux termes de l'article 6.1 LOLS, la « *plus grande représentativité syndicale confère [aux syndicats à qui elle est reconnue] une position juridique singulière aussi bien pour la participation institutionnelle que pour l'action syndicale* ». Le caractère de plus représentatif permet incontestablement à un syndicat de se situer au dessus des autres, d'accroître sa capacité de représentation³ et de « *représenter institutionnellement l'intérêt général des travailleurs* »⁴. Cette notion constitue dès lors la reconnaissance particulière de l'Etat pour des syndicats déterminés et dépasse la question de la négociation collective⁵. Un double objectif est poursuivi :

d'Etat et s'écartent de notre sujet. Contentons-nous de préciser que, pour ce qui nous intéresse, ces deux adjectifs peuvent être considérés comme synonyme.

¹ La Communauté Autonome correspond en France à la Région.

La doctrine souligne que la reconnaissance de ce niveau de représentativité est « *sans précédent dans le droit comparé dans lequel la reconnaissance de la plus grande représentativité a comme unique point de référence l'ensemble indivisible du système des relations de travail* » (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, loc. cit., 1986, p. 202). Cette distinction opérée en fonction du cadre géographique produit de nombreuses difficultés juridiques que nous aborderons plus loin dans le travail.

² Reprenant les propos du Professeur NAVARRO, « *en plus, les syndicats plus représentatifs disposent d'un important mécanisme d'effectivité de leur capacité représentative : le droit à « l'irradiation » de la représentativité* » à leurs affiliés (op. cit, 1993, p. 195).

³ Le Professeur VALDÉS a ainsi écrit que « *dans l'ordonnement juridique espagnol, le facteur de différenciation syndicale le plus important est la plus grande représentativité* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 79). Pour la jurisprudence constitutionnelle, ce traitement est justifié et légitime dès lors que le moyen utilisé est proportionnel à la finalité poursuivie (STC 9/1986 du 21 janv.). Les juges ont alors estimé que la plus grande représentativité « *part d'un fait objectif qu'est la volonté des travailleurs* » (STC 98/1985 du 29 juill.). Le Professeur VALDÉS estime justement que la constitutionnalité de la plus grande représentativité est « *un problème de limite* » dans son application (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 80).

⁴ A. BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 132.

⁵ Dans ce cadre, la LOLS a concrétisé l'évolution du syndicat association vers la configuration du syndicat institution représentative des travailleurs dans leur ensemble, de leurs intérêts généraux (voir dans ce sens, M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1988, p. 80). L'objectif d'institutionnalisation du dispositif légal, servant « *la gouvernabilité du système politique* », a alors conduit la doctrine à mettre en garde des tendances néocorporatistes inhérentes au modèle établi (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1988, p.152). En effet, la plus grande représentativité permet le rapprochement de l'Etat et de certains syndicats à travers un double échange. La transaction consiste alors à la reconnaissance d'un statut d'interlocuteur privilégié contre l'engagement de neutraliser, contrôler les conflits sociaux et de respecter le convenu. Dans le même sens, le Professeur G. LYON-CAEN soulignait que cette association des intérêts économiques aboutirait à « *une neutralisation de la contestation sociale* » et affirmait que « *l'intégration du syndicalisme dans l'Etat est l'idée mère du corporatisme* » (« *Corporation, corporatisme, néo-corporatisme* », *Dr. soc.*, 1986, p. 743), Dans ce cadre, le Professeur VALDÉS affirme que la plus grande

rendre visible un interlocuteur viable pour les pouvoirs publics et pour le pouvoir patronal et permettre de consolider les moyens d'actions des syndicats¹. Dans ce cadre, la plus grande représentativité permet l'exercice de toutes les prérogatives syndicales, notamment la négociation collective². On décèle alors les problèmes applicatifs lorsque ce sont les syndicats affiliés qui mettent en œuvre ces prérogatives³.

Le portée de la plus grande représentativité a ainsi été largement adoucie par le Tribunal Constitutionnel (TC) qui rappela que sa mise en œuvre doit être « *raisonnable, proportionnelle et adéquate à l'objectif poursuivi* »⁴ et ne peut aboutir à empêcher la présence d'autres organisations reconnues représentatives dans un cadre déterminé⁵. Dans ce sens, la constitutionnalité du dispositif issu de la LOLS⁶ est admise grâce à l'attribution aux syndicats *suffisamment représentatifs*⁷, « *dans un cadre fonctionnel et*

représentativité « *a été, véritablement, l'instrument idéal pour construire et mettre au point un modèle de représentation professionnelle de signe neocorporatif* » (loc. cit., 1988, p. 145-156). Pour une appréciation tempérée des tendances néocorporatistes, voir F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 176. Voir également, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 203 s.).

¹ T. SALA FRANCO, « El sindicato más representativo a nivel estatal. Funciones y competencia », *RL*, 1986-I, p. 367.

² L'article 6.3 LOLS qui énonce les différentes prérogatives syndicales est en effet envisagé sous le prisme de la plus grande représentativité.

³ En effet, il résulte des articles 6.2.b) et 7.1.b) LOLS que les syndicats de niveau étatique et de niveau de CCAA plus représentatifs disposent du pouvoir d'irradier les organisations qui leur sont affiliées permettant alors à ces dernières de disposer des mêmes prérogatives inhérentes à la qualité de plus représentatif. Pour approfondir sur cette question, voir infra, n° 190 s.

⁴ STC 20, 26 et 72/1985, du 14 et 22 fév. et du 13 juin, STC 9 et 39/1986 du 21 janv. et du 31 mars.

La plus grande représentativité ne peut à elle seule constituer l'élément de différenciation entre syndicats. En matière de cessions d'immeubles (voir note supra) et de subventions prévues dans le budget général de l'Etat (STC 20/1985 du 14 fév). Pour approfondir sur cette jurisprudence, H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit. 2006, p. 212 et J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2011, p. 350.

⁵ Par exemple, STC 184/1987 du 18 nov. relative à la participation insitutionnelle dans un secteur d'un syndicat qui y est représentatif. Pour approfondir, F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1993, p. 80 et « El sistema español de relaciones laborales: una aproximación », *RL*, 1996-I, p. 135.

Notons toutefois que l'oeuvre jurisprudentielle n'est pas homogène et s'opère au cas par cas, par rapport à la prérogative syndicale en cause. Dans ce sens, afin de fonder la sélection d'un syndicat sur un critère objectif, raisonnable et alternatif à la plus grande représentativité, la jurisprudence constitutionnelle a fait appel à une autre notion, celle d'implantation. Sur cette notion, voir infra, n° 138.

⁶ En effet, l'existence d'une catégorie différente aux syndicats plus représentatifs garantit la pluralité syndicale et le respect de la liberté syndicale (M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Sindicatos y Comunidades Autónomas », *RFDUCM*, 1985, n° 7, p. 221 et M. ALONSO OLEA, « Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical », *REDT*, 1985, n° 22, p. 265 ; F. NAVARRO NIETO, « El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española », *RL*, 1987, n° 22, p. 32).

⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, in L.M. CAMPS RUIZ, y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Coord.), *Derecho del Trabajo*, 2^o ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 572; A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MÚRCIA, op. cit., 2012, p. 292. La dénomination de ces syndicats n'est cependant pas homogène dans la doctrine ce qui illustre la nébulosité de ce degré de représentativité. Le Professeur CRUZ VILLALÓN parle de « *syndicats représentatifs dans un cadre spécifique* » (*Compendio de derecho del trabajo*, 5^o ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 463. D'autres auteurs évoquent « *la représentativité syndicale mineure ou suffisante* » (M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., 823) ou les « *syndicats quasi plus représentatifs* » (A. MONTOYA MELGAR, op. cit., p. 139) ou « *les syndicats de représentativité qualifiée dans un cadre spécifique* » (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 1986, p. 204) ou enfin les syndicats « *simplement représentatifs* » (A.

territorial spécifique »¹, des mêmes prérogatives que celles reconnues aux syndicats plus représentatifs² ce qui inclut la participation institutionnelle³ et le bénéfice des « *cessions temporelles d'usage d'immeubles du patrimoine public dans les termes qui s'établiront légalement* »⁴. On retrouve ici l'application de la règle de concordance qui conduit les syndicats à démontrer leur représentativité dans le cadre concret dans lequel ils prétendent intervenir. Dés lors, seul le pouvoir d'irradiation est uniquement reconnu aux organisations plus représentatives au niveau étatique et de CCAA.

107. L'égalité entre syndicats réapparaît en matière de négociation collective. L'article 2.2.d) LOLS énonce que toute organisation syndicale a le droit d'exercer une activité syndicale et, par conséquent, de négocier dans l'entreprise ou en dehors de

BAYLOS GRAU, *Sindicalismo y derecho sindical*, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 22). Un auteur distingue les syndicats représentatifs et les syndicats plus représentatifs (A. OJEDA AVILÉS, op. cit., p. 226).

¹ « *Le cadre fonctionnel et territorial spécifique* » renvoie à un secteur, à une entreprise ou à une zone géographique déterminée qui peut être nationale, régionale, départementale ou locale (A. BAYLOS GRAU, op. cit., 2006, p. 22 ; J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., 2012, p. 463). Contre, A. OJEDA AVILÉS, op. cit., 2003, p. 227, qui estime que cette représentativité n'est pas applicable au niveau de l'entreprise mais uniquement au niveau sectoriel, quelque soit le niveau territorial considéré. Dans le même sens, semble également se prononcer C.L. ALFONSO MELLADO (in L.M. CAMPS RUIZ y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, op. cit., p. 572). Nous reviendrons sur cette question lorsque nous aborderons la légitimation initiale des représentations syndicales dans l'entreprise (voir infra, n° 167 s.).

² Art. 7.2 LOLS.

³ Conformément à l'interprétation extensive de la liberté syndicale opérée par le TC, la participation institutionnelle doit être reconnue proportionnellement à la représentativité. Pour approfondir, L. MORA CABELLO de ALBA, *La participación institucional del sindicato*, Madrid, CES, 2008; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2011, p. 358.

⁴ Dans le même ordre d'idée que la participation institutionnelle, la mise en œuvre légale (loi 4/1986 du 8 janv.), suivant la jurisprudence constitutionnelle (STC 99/1983 du 16 nov et STC 59/1985 du 29 juill.), prévoit que cette cession s'effectue de manière proportionnelle. Dans ce cadre, la qualité de plus représentatif ne peut constituer un critère excluant qui aboutit à empêcher les syndicats représentatifs d'accéder à la cession d'immeubles. La loi introduit cependant un correctif par le biais d'un critère de préférence aux syndicats plus représentatifs (pour approfondir, STC 75/1992 du 14 mai et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1986, p. 370; F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1993, p. 83; H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 198). Notons également que les associations d'employeurs plus représentatives bénéficient également de cette cession (D.A.6, al. 3 ET. Pour approfondir, F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 224).

celle-ci¹. Le respect des exigences légales relatives à la représentativité conditionne par conséquent uniquement la qualification de l'accord en convention collective statutaire².

Spécialement en matière de négociation collective statutaire, il résulte, aux termes de la combinaison de la LOLS et de l'ET³, que les syndicats plus représentatifs au niveau étatique et leurs affiliés, les syndicats reconnus plus représentatifs au niveau de la CCAA et leurs affiliés et enfin, les syndicats reconnus représentatifs dans le cadre considéré, peuvent participer à la négociation sectorielle⁴. En effet, le caractère de représentatif conditionne uniquement la faculté d'accéder aux négociations de niveau sectoriel, mais ne permet directement ni de négocier effectivement, ni de conclure une convention statutaire. La représentativité conduit alors le syndicat à bénéficier de la légitimation initiale, basique ou intervenante, sans préjudice de la mise en œuvre effective ou non du processus de négociation⁵.

¹ Le Tribunal Constitutionnel a reconnu de forme non-équivoque le droit de tous les syndicats à la négociation collective d'effet personnel limité (STC 98/1985 du 29 juill., STC 107/2000 du 5 mai. Voir également SAN du 7 déc. 1990 AS/137 ; STS du 15 déc. 1994, Ar/4436 de 1995 ; 14 juin 1999, Ar/5216. A défaut de représentativité des signataires, la convention ne pourra bénéficier du dispositif de l'ET et ne disposera donc pas de l'effet *erga omnes*. Dans ce sens, la doctrine énonce une quatrième catégorie de représentativité – celle de moindre représentativité – qui correspond aux syndicats n'ayant pu atteindre les pourcentages minimaux pour bénéficier d'une représentativité qualifiée et des prérogatives ainsi attribuées mais qui, légalement constitués, ne peuvent se voir limiter leur droit à l'action syndicale et notamment le droit de négocier des conventions qui seront alors dotées d'effet limité (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 1986, p. 205).

² Selon le TC, ces exigences de représentativité « constituent une condition préalable de la négociation collective qui échappe au pouvoir de disposition des parties négociatrices qui ne peuvent les modifier librement » (STC 73/1984 du 27 juin et 184/1991 du 30 sept.). L'ensemble du dispositif législatif relatif à la légitimation est d'ordre public absolu (le droit espagnol parle de droit nécessaire absolu) et ne peut donc pas être modifié ou écarté par les parties (STS du 4 juin 1999, Ar/5068 ; STS du 23 juill. 2003, Ar/7166).

³ La doctrine a ainsi relevé « qu'existe entre les deux normes un renvoi réciproque » (M. A. SOLANS LATRE, *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2004, p. 152). Ces deux corps normatifs évoquent également de manière similaire les deux voies d'acquisition de la représentativité.

⁴ Dans la rédaction issue de la réforme de 2011 (la réforme de 2012 ne l'a pas modifiée), l'article 87.2 ET prévoit que « seront légitimes pour négocier (*estarán legitimados para negociar*) les conventions sectorielles en représentation des travailleurs :

a) les syndicats qui auront la considération de plus représentatifs au niveau étatique, ainsi que, dans ses respectifs champs d'application, les organisations syndicales affiliés, fédérés ou confédérés à ces derniers.

b) les syndicats qui auront la considération de plus représentatifs au niveau de Communauté Autonome par rapport aux conventions qui ne dépassent pas ledit territoire, ainsi que, dans ses respectifs champ d'application, les organisations syndicales affiliés, fédérés ou confédérés à ces derniers.

c) les syndicats qui comptent un minimum de 10% des membres des comités d'entreprise ou des délégués du personnel dans le champ géographique et professionnel auquel se réfère la convention ».

⁵ Selon le Professeur SALA, elle correspond à « la faculté spécifique de participer effectivement à la commission qui négociera la convention » (op. cit., 1990, p. 16). Voir également, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, « La legitimación para negociar colectivamente (en torno al artículo 87) », *REDT*, 2000, n°100, p. 1535.

Selon la jurisprudence, la légitimation initiale constitue une condition préalable et nécessaire pour pouvoir participer à la négociation mais elle ne constitue pas, en soi, une condition suffisante (par

B. La représentativité en droit français : condition traditionnelle de validité de la convention

108. Le concept de représentativité se rencontre pour la première fois dans un décret de 1921 relatif au Conseil Supérieur du Travail adopté consécutivement à la création de l'OIT. Au niveau légal, la représentativité est envisagée tout d'abord par la loi du 24 juillet 1936 sur les conventions collectives susceptibles d'être étendues¹. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, elle est reprise par l'ordonnance du 22 février 1945 sur le comité d'entreprise, par les lois du 16 avril et du 7 juillet 1947 sur les délégués du personnel et par la loi du 27 décembre 1968 sur le droit syndical, précisément sur la constitution d'une section syndicale et sur la désignation d'un délégué syndical². Enfin, la loi du 20 août 2008 a procédé à une profonde réforme des règles de représentativité et a transformé la configuration légale jusqu'alors établie. Nous aborderons tout au long du travail le contenu de cette réforme et ses implications, nous limitant dans ce paragraphe à l'analyse du concept de représentativité sous l'empire du régime antérieur.

Dés lors, il convient tout d'abord de noter que, contrairement au système espagnol, la représentativité ne faisait pas l'objet d'une régulation spécifique mais apparaissait de manière éparse dans le Code, lors de la régulation de chaque prérogative syndicale.

109. Deux observations peuvent alors être formulées. D'une part, sans préjudice de la représentativité par affiliation, l'appréciation de la représentativité syndicale s'effectuait, quelles que soient les prérogatives considérées, par rapport à des critères légaux établis afin de déterminer les organisations syndicales représentatives lors d'une procédure d'extension des conventions collectives de branche³. Les juges ont alors peu

exemple, STS 4 oct. 2001, Ar/1418). Elle doit être complétée par la « *légitimation pleine* » (article 88 ET). Sur cette question, voir Chapitre II.

¹ Voir supra, n° 16.

² L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PU d'Aix en Provence, 2005, p. 267.

³ Anc. art. L.133-2 CT. Ces critères sont établis par la loi du 11 fév. 1950 et reprennent ceux évoqués par A. Parodi dans une circulaire du 28 mai 1945 (*Dr. soc.*, 1945, p. 275). Pour approfondir, G. SCHELLE, « La notion d'organisation syndicale la plus représentative » *Rev. Fr. Tr.*, 1947, p. 536 et S. YANNAKOUROU, *op. cit.*, p. 162 s.

Le lien entre la procédure d'extension et la représentativité syndicale explique alors l'apport du Conseil d'Etat dans l'élaboration des critères de représentativité (les juges administratifs sont ainsi intervenus

à peu généralisé ces dispositions spécifiques à la procédure d'extension à toutes les hypothèses dans lesquelles la représentativité devait être déterminée, leur attribuant ainsi une valeur générale¹. Néanmoins, le domaine spécifique de ces critères leur a par ailleurs permis de les modeler, de les interpréter afin d'apprécier la représentativité syndicale dans d'autres hypothèses que la négociation d'une convention de branche susceptible d'extension².

D'autre part et de manière consécutive, il convient de noter que la représentativité était, dès son introduction dans la loi, envisagée par rapport au processus de négociation collective. Initialement restreinte aux conventions susceptibles d'extension, l'exigence de représentativité était par la suite généralisée à l'ensemble des conventions et accords collectifs de travail par la loi du 13 juillet 1971³. Dès lors, la représentativité s'est convertie en condition nécessaire pour conclure une convention collective de travail qu'il s'agisse d'une convention ordinaire ou susceptible d'extension⁴. Cette loi, élaborée dans un souci de « *moralisation de la négociation collective* »⁵, faisait de la représentativité « *un élément structurel de la définition de la convention collective* »⁶.

Condition nécessaire, la représentativité apparaissait de plus comme une condition suffisante pour conclure une convention collective. En effet, dès qu'un syndicat était considéré comme représentatif, il représentait l'intérêt collectif du groupe

pour exercer un contrôle a posteriori sur la désignation des organisations faite par l'autorité administrative lors d'une procédure de négociation d'une convention susceptible d'extension. Ces désignations se situent dans le champ d'application du recours pour excès de pouvoir et sont soumis au contrôle de légalité exercé par le Conseil d'Etat).

¹ J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, op. cit., p. 667 ; A. ARSEGUEL, loc. cit., 2002 (a), p. 404 ; S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 166. Voir par exemple en matière de désignation de délégués syndicaux, Cass. Soc. 23 juill. 1980, *JCP G*, 1980, IV, p. 385.

² Le Professeur VERDIER soulignait dès les années 70 que le caractère non strictement contraignant des critères légaux en raison du défaut de portée générale de l'article L. 133-2 CT, permettait au juge de s'écarter de l'application stricte de ces critères (« Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise : Réflexions relatives au « monopole » de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles dans les entreprises, reconnu aux syndicats représentatifs », in *Tendances du Droit Du Travail Français Contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Paris, Dalloz, 1978, p. 267). Pour approfondir sur l'intervention du juge en ce domaine, voir infra, n° 120.

³ Rappelons que cette loi proclame le droit des salariés à la négociation collective (voir supra, n° 42). Dès lors, M.L. MORIN a souligné que « *la condition de représentativité est une pièce essentielle de la réalisation du droit à la négociation collective. Elle s'est d'ailleurs affirmée, de façon générale, en même temps que lui* » (op. cit., p. 354).

⁴ Loi n° 71-561 du 13 juill. 1971 ; M. DESPAX, loc. cit., 1971, p. 534 ; M.L. MORIN, op. cit., p. 331. L'exigence de représentativité est confirmée par la jurisprudence, voir Cons. Etat, 23 nov. 1978, *Dr. soc.*, 1979, p. 266.

⁵ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 534.

⁶ S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 121. Antérieurement, A. SUPIOT, loc. cit., 1983, p. 63.

des salariés¹ et pouvait donc négocier et conclure une convention collective. M.L. MORIN décrit ainsi « *la conception organique de la représentativité syndicale* » dans laquelle « *chaque « représentation » de l'intérêt collectif est aussi légitime. Et c'est pourquoi un syndicat peut signer seul un accord* »². Le Professeur G. LYON-CAEN affirmait dans ce cadre, que « *par la représentativité, le droit prend son parti de ce que les syndicats remplissent tous un rôle que les salariés n'ont pas voulu expressément leur confier* »³.

Ces deux considérations permettent alors de relever un trait caractéristique du dispositif français selon lequel le concept de représentativité a permis de fonder la représentation conventionnelle des syndicats et l'application de la convention collective aux relations individuelles de travail⁴. Or, paradoxalement, le concept de représentativité a, au fil des réformes, permis d'envisager d'autres activités syndicales au point d'être « *la condition sine qua non de l'exercice du droit syndical* »⁵. Sans entrer ici dans les détails, précisons seulement que la réforme de 2008, loin d'éliminer cette assimilation, a accentué l'interdépendance entre représentativité et négociation collective au détriment du lien entre représentativité et droit syndical⁶.

110. Antérieurement à cette réforme, le dispositif légal prévoyait donc que pouvaient conclure des conventions collectives, « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au plan national conformément à l'article L. 133-2 du présent code, ou qui sont affiliées auxdites organisations, ou qui ont fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* »⁷.

¹ La représentation d'un intérêt collectif se rapproche alors de la représentation de droit public et prend un sens plus politique (M.L. MORIN, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1988, p. 30). Cette faculté de représentation de l'intérêt collectif du groupe renvoie alors à la conception essentialiste du syndicat (P. ROSANVALLON, *La question syndicale*, Calmann Lévy, 1988, p. 201).

² Op. cit., 1994, p. 357, 360. Pour S. YANNAKOUROU, la représentativité a permis « *la juridification de l'autonomie collective* » (op. cit., p. 191).

³ G. LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.*, 1984, p. 9. Le Professeur BORENFREUND évoque dans ce sens la source légale de la représentation syndicale (« *l'existence et l'étendue du pouvoir de représentation des syndicats représentatifs dépend du législateur* ») précisant néanmoins qu'il s'agit « *d'une représentation légale d'un type particulier* » (loc. cit., 1988, p. 478).

⁴ Dans ce sens, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 118 ; M.L. MORIN affirme quant à elle que la condition de représentativité « *est ainsi devenue, au-delà de la qualité nécessaire à l'expression de l'intérêt collectif, une condition de l'exercice autonome d'un pouvoir de réglementation* », (« Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.*, 2000, p. 1082).

⁵ M.L. MORIN, op. cit., p. 354.

⁶ Pour approfondir, voir infra, n° 192.

⁷ Anc. art. L. 132-2 CT

On retrouvait alors, comme en droit espagnol, sans préjudice de la particularité du niveau de CCAA, trois catégories de syndicats : les organisations représentatives au plan national, les organisations affiliées auxdites organisations et les organisations représentatives dans un cadre considéré.

D'un point de vue comparatif, sans préjudice du mode de reconnaissance du caractère représentatif¹ et réduisant l'analyse au strict cadre de la négociation collective², il est possible de considérer que les « *organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national* » peuvent être assimilées aux syndicats reconnus *plus représentatifs au niveau étatique et de CCAA* du droit espagnol³. En effet, il est admis qu'il s'agit d'organisations syndicales représentatives au niveau interprofessionnel et dotées de la capacité d'irradiation⁴.

111. Il est ici important de souligner que le dispositif français a traditionnellement permis aux syndicats représentatifs de négocier et de conclure une convention ou un accord collectif de travail. Néanmoins, cette conception a peu à peu été modifiée par l'introduction de conditions de validité supplémentaires qui, sans modifier le concept de représentativité, en réduisait la portée. La réforme de 2008

¹ En Espagne, la qualité de plus représentatif au niveau étatique et de CCAA est reconnue objectivement par la vérification de l'accomplissement d'un critère légalement défini (concrètement une certaine audience électorale, voir infra, n° 115). En France, au contraire, la reconnaissance du caractère représentatif sur le plan national s'opérait par un acte administratif qui établissait une liste de syndicats auxquels était reconnue cette qualité (voir infra, n° 145). Ce fondement administratif était, selon nous, la source principale des carences et défauts du régime de représentativité syndicale en droit français (voir infra, n° 193).

² L'analyse de cette expression dépasse en effet le cadre de la négociation collective. La représentativité en droit français doit en effet être considérée dans le cadre des fonctions qui l'accompagne (J.H. STAHL, « La question de la représentativité de l'UNSA », *Dr. soc.*, 2004, p. 1099).

³ La loi de 1971 évoquait « *les organisations syndicales plus représentatives au plan national* ». L'emploi du superlatif avait provoqué certaines discussions doctrinales relatives à la configuration d'une représentation proportionnelle ou majoritaire des syndicats. Reprenant les propos du Professeur VERDIER, il a été admis que « *la pluralité d'organisations syndicales « les plus représentatives » évite qu'une tendance majoritaire [...] ne soit seule à se faire entendre dans les organismes de participation et conduit à un système de représentation proportionnelle respectueuse des tendances importantes du syndicalisme. C'est pourquoi les textes ont allié le pluriel au superlatif* » (op. cit., p. 481). Les lois Auroux ont éliminé en 1982 le superlatif évoquant alors les « *organisations syndicales représentatives au plan national* ».

⁴ En effet, bien que les textes légaux évoquent l'affiliation aux organisations syndicales reconnues représentatives au plan national sans préciser si celles-ci devaient être des structures fédérales ou confédérales, la jurisprudence et la doctrine, se rapportant à l'esprit de la loi qui prétendait favoriser les syndicats les plus puissants et les mieux structurés, ont affirmé qu'il s'agissait d'une affiliation confédérale (J.M. VERDIER, op.cit., p. 532 ; J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, op.cit., p. 669 ; G. COUTURIER, *Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail, Tome II*, Paris, PUF, p. 353 et Cass. Soc. 9 déc. 1982, *D.*, 1982, IR, p. 255, obs. J.M. VERDIER). La capacité d'irradiation est dans ce cadre uniquement réservée aux organisations syndicales de niveau interprofessionnel reconnues représentatives au niveau national (voir dans ce sens, J.H. STAHL, loc. cit., p. 1099). Sur la technique de l'irradiation, voir infra, n° 190 s.

constitue l'aboutissement de cette évolution puisque, désormais, la représentativité reste une condition nécessaire mais n'est plus suffisante pour que la convention négociée soit valablement conclue¹.

Cette réforme a par ailleurs modifié en profondeur le régime juridique de la représentativité syndicale. D'une part, en matière de négociation collective, le jeu de l'irradiation est désormais sans effet. La convention ou l'accord collectif est ainsi conclu du côté salarié par « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* »². D'autre part, de manière globale, la représentativité fait aujourd'hui l'objet d'un traitement spécifique dans le Code du travail qui établit les critères généraux permettant sa reconnaissance³.

112. En guise de conclusion, ces développements nous ont permis de souligner que les dispositifs espagnols et français n'ont pas construit de manière similaire l'exigence de représentativité en matière de négociation collective. En Espagne, l'ET la conçoit plus restrictivement puisqu'elle ne permet que l'accès à la négociation d'une convention collective statutaire sectorielle sans présumer de la mise en œuvre effective d'un processus de négociation. Elle se présente alors comme une condition nécessaire qui habilite à participer aux négociations et permet d'accréditer la légitimation initiale. En France, antérieurement à la réforme de 2008, la représentativité était, par tradition, la condition consubstantielle, « *structurelle* » de la convention collective de travail évoquée directement pour sa négociation et sa conclusion et cela quel que soit le niveau de négociation. Il s'agissait donc d'une condition nécessaire et suffisante qui habilitait à négocier et conclure une convention collective.

Quant aux voies de reconnaissance du caractère représentatif, la représentativité démontrée et la représentativité présumée ont été toutes deux mises en œuvre dans les deux dispositifs. Nous reviendrons plus loin dans le travail sur l'état de cette dernière⁴. Abordons ici les critères établis par la loi pour permettre aux organisations syndicales de salariés de démontrer leur représentativité.

¹ Voir infra, n° 304 s.

² Art. L. 2231-1 CT (anc. art. L. 132-2).

³ Titre II intitulé « Représentativité syndicale » du Livre I relatif au « syndicats professionnels » de la Partie II relative aux relations collectives de travail.

⁴ Voir infra, n° 190.

§ 2 : *Les critères de la représentativité prouvée des syndicats de salariés en droit positif*

113. Les développements antérieurs nous ont permis de souligner que les syndicats de salariés représentatifs sont, en France et en Espagne, au cœur du processus de négociation des conventions sectorielles. La détermination des critères qui leur permettent de démontrer leur représentativité constitue alors une question essentielle¹. Dans les deux pays, la représentativité prouvée met en œuvre des critères guidés par une exigence d'objectivité et appréciés dans le respect de la règle de concordance ou de correspondance. Selon cette règle, « *les critères et conditions de représentativité doivent être appliqués et appréciés dans le cadre territorial et professionnel qui est celui de la question pour laquelle la représentativité syndicale est requise* »².

Le cadre légal espagnol a opté dès le départ pour un critère unique et exclusif, l'audience électorale. En France, au contraire, la loi a traditionnellement et jusqu'à la réforme d'août 2008, donné peu d'importance à ce critère et a privilégié le recours à plusieurs autres, essentiellement qualitatifs³. Aujourd'hui, l'audience électorale s'est toutefois imposée, dans les deux pays, comme le critère fondamental de mesure de la représentativité en matière de négociation collective. Elle y présente néanmoins une configuration distincte. Son application pose, dans tous les cas, de nombreuses difficultés et carences qui varient selon chaque dispositif.

¹ Quant aux syndicats des travailleurs de la fonction publique et de l'Administration soumis au droit public, les règles espagnole et française sont notablement différentes.

En Espagne, les fonctionnaires rentrent dans le champ d'application de la LOLS selon les termes de l'article 1.2 LOLS qui considère les travailleurs visés par cette loi comme « *ceux qui sont sujets d'une relation de travail et ceux qui le sont d'une relation de caractère administratif ou statutaire au service des Administrations Publiques* » (les articles 1.3, 1.4 et 1.5 prévoit cependant de nombreuses restrictions pour les membres des forces armées et militaires comme pour les magistrats, juges et procureurs). Pour approfondir, S. DEL REY GUANTER, « Libertad sindical y funcionarios públicos », in *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 69 et R. ROQUETA BUJ, op. cit., 2007. En France, les conditions de représentativité dans la fonction publique ne sont pas fixées par le Code du Travail. La loi n° 96/1093 du 16 décembre 1996 établit d'autres conditions permettant l'attribution du caractère de représentativité lors de négociations avec l'Etat-employeur (disposer d'un siège au moins dans chacun des conseils supérieurs de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière ou avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés aux élections organisées pour la désignation des représentants des personnels aux commissions administratives et au moins 2% des suffrages exprimés à ces élections dans chaque fonction publique ; pour approfondir, « Dossier représentativité, fonctions publiques et secteur privé », *Action juridique*, n° 133, 1998, p. 5).

² J.M. VERDIER, op. cit., p. 515. L'auteur affirme également que ces critères « *doivent n'être appréciés et utilisés que dans le cadre et les limites de l'aptitude statutaire de chaque syndicat à représenter des membres de la profession, laquelle est définie et délimitée, territorialement et professionnellement, par ses statuts* » (p. 489).

³ Nous reprenons ici la distinction retenue par le Professeur VERDIER qui envisage d'une part, des critères d'ordre quantitatif et d'autre part, des critères permettant une approche qualitative de la représentativité (op. cit., p. 489).

Quoi qu'il en soit, l'analyse des paysages syndicaux actuels permettra de démontrer que l'utilisation du critère de l'audience électorale constitue une variable décisive d'ajustement du pluralisme syndical.

A. Les différentes configurations du critère de l'audience électorale

114. L'audience électorale est le critère quantitatif par excellence permettant aux salariés de sélectionner de manière directe un syndicat. Considérée comme « *la forme de mesure de la représentativité des syndicats, [...] le facteur démonstratif de la force d'organisation, de la capacité de négociation et de conflit d'un syndicat* »¹, l'audience électorale constitue en Espagne, « *l'épicentre et l'axe vertébral du système syndical* »². En droit français, elle a longtemps joué un rôle subalterne intégrant un ensemble de critères dont l'appréciation subjective revenait dans une grande mesure aux juges. La réforme intervenue en 2008 marque une rupture importante dans la tradition française, convertissant ainsi l'audience électorale en élément décisif de la reconnaissance du caractère représentatif en matière de négociation collective.

1. L'audience électorale comme critère unique et exclusif en droit espagnol

115. L'établissement de l'audience électorale comme critère de mesure unique et exclusif de la représentativité se dégage de la lecture combinée de la LOLS et de l'ET. Deux éléments doivent être mis en exergue : d'une part, le dispositif légal a opté pour un seuil numérique déterminé en pourcentage et a porté une attention spécifique au niveau de la CCAA. D'autre part, ces pourcentages sont exprimés par rapport au nombre total de représentants du personnel élus dans le cadre de la convention considérée.

116. En ce qui concerne l'établissement d'un seuil numérique, aux termes de l'article 87.2 ET relatif aux conventions sectorielles, sont légitimes pour négocier les

¹ A. BAYLOS GRAU, « Representación en la empresa y audiencia electoral », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 21.

² M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical », *TL*, 1990, n° 19-20, p. 71.

syndicats les plus représentatifs au niveau étatique¹, les syndicats les plus représentatifs au niveau de la CCAA lorsqu'il s'agit de conventions « *qui ne transcendent pas ledit cadre territorial* », et les syndicats qui « *comptent un minimum de 10% des membres des comités d'entreprise ou des délégués du personnel dans le champ géographique et fonctionnel auquel se réfère la convention* »².

C'est alors dans la LOLS que sont définis les critères permettant de mesurer la plus grande représentativité au niveau étatique et au niveau de la CCAA³.

Aux termes de l'article 6.2.a) LOLS, « *auront la considération de syndicats plus représentatifs au niveau étatique, ceux qui accréditent une audience spéciale, exprimée par l'obtention dans ledit champ d'application de 10 % ou plus du total des délégués du personnel ou des membres des comités d'entreprise et des organes correspondant des administrations publiques* ». Le seuil d'audience électorale des syndicats plus représentatifs au niveau étatique et interprofessionnel et des syndicats suffisamment représentatifs dans le champ d'application considéré est donc fixé à 10 %.

117. Au niveau de la CCAA⁴, un seuil spécifique permettant la reconnaissance de la plus grande représentativité a été établi à l'article 7.1. LOLS. Outre une audience électorale de 15 % des représentants élus, les syndicats doivent également obtenir au moins 1500 représentants dans les différents organes de représentation et ne doivent pas être intégrés dans une fédération ou confédération de niveau étatique.

Le syndicat de CCAA doit donc répondre à une audience en pourcentage plus sévère mais également remplir un seuil supplémentaire mesuré en valeur absolue pour

¹ Le niveau étatique évoqué par le droit espagnol correspond en France au niveau national. Cette différence terminologique s'explique essentiellement par la dimension politique et idéologique que revêt le terme de « nation » auquel a été substitué celui d'Etat.

² La jurisprudence rappela que les seuils devaient être atteints par chaque syndicat refusant de reconnaître la légitimation initiale à une coalition de syndicats qui ensemble atteignaient le seuil de 10% (STC 57/1989 du 16 mars). Cette solution trouve un argument pratique dans les difficultés qu'impliquerait la représentation de la coalition dans la commission de négociation (voir infra, n° 244 s.).

³ Quant aux syndicats suffisamment représentatifs, la LOLS s'est « alignée » sur l'ET prévoyant à son article 7.2.b), que les syndicats suffisamment représentatifs sont les « *organisations syndicales qui, bien que n'ayant pas la considération de plus représentatives, ont obtenu dans un champ d'application territorial et fonctionnel spécifique, 10% ou plus des délégués du personnel ou des membres de comités d'entreprise et des correspondants organes de l'administration publique* ».

⁴ Ce champ d'application se calcule sur la définition administrative de la CCAA (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Sindicatos de comunidad autónoma y negociación colectiva de ámbito estatal », *DL*, 1991, n° 34, p. 76). Précisons également qu'un syndicat peut être implanté dans deux CCAA et être reconnu représentatif dans l'une d'entre elles ou dans les deux. Le cadre étatique doit être apprécié strictement et implique une action syndicale sur l'ensemble du territoire (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2011, p. 356). Un auteur fait toutefois une interprétation large et considère qu'un syndicat agit dans le cadre étatique dès lors qu'il est présent dans deux CCAA (F. VALDÉS DAL-RÉ).

être considéré comme plus représentatif dans la CCAA. Ce durcissement des exigences de représentativité a suscité plusieurs réactions de la part d'un secteur doctrinal qui souligne le caractère discriminatoire de cette audience renforcée lorsque le syndicat déploie son activité dans le cadre de la CCAA¹. Néanmoins, il est admis que cette différence se fonde sur la faculté, attribuée par la loi aux syndicats plus représentatifs de CCAA, d'accéder à la négociation de cadre étatique².

En effet, aux termes de l'article 87.4 ET, les organisations syndicales plus représentatives de CCAA peuvent participer à un processus de négociation de cadre étatique³. Cette faculté aboutit à la rupture de la règle de concordance du champ d'application géographique de la convention et du syndicat⁴ et a suscité une importante controverse doctrinale⁵.

L'aspect le plus original du dispositif réside toutefois dans la prise en compte du cadre fonctionnel ou professionnel de la convention. En effet, depuis la réforme de 1994⁶, l'ET opère un renvoi global à l'article 7.1 LOLS afin de déterminer quels syndicats de CCAA participeraient à une négociation de cadre étatique⁷. Alors que la régulation antérieure se référait à une représentativité réelle, le nouveau dispositif se base sur la représentativité légale du syndicat plus représentatif de CCAA sans prendre en considération le cadre professionnel considéré⁸. La rupture de la règle de concurrence intervient ainsi dans le cadre géographique mais également dans le cadre

¹ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 104; M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RFDUCM*, 1985, p. 211.

² J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 103.

³ Originellement prévue à l'article 87.2 al. 2 ET-80, le dispositif régulant cette faculté a tout d'abord été modifié par la loi 32/1984 qui l'isole à l'article 87.4 ET (pour une analyse de cette réforme qui « n'a pas affecté substantiellement les termes dans lesquels se régule le droit des syndicats de CCAA dans la négociation collective de cadre étatique », voir R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1991, p. 74).

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 78.

⁵ Se prononçant sur son inconstitutionnalité, un secteur doctrinal affirme que l'ET attribue une prérogative syndicale à ces syndicats qui n'est pas prévue dans la LOLS et dépasse, par conséquent, sa compétence en régulant directement une question relative à la représentativité syndicale qui constitue une matière dont la régulation incombe à la loi organique (M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 187 s. ; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 76).

En faveur de la constitutionnalité de la disposition, M^a. E. CASAS BAAMONDE, « La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 319; T. SALA FRANCO, *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, CISS, 1994, p. 236.

⁶ Loi 11/1994 du 19 mai. En ce qui concerne la représentation des employeurs, voir infra, n° 154.

⁷ M^a. E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., p. 319.

⁸ Sous l'empire du dispositif antérieur, l'audience se mesurait au niveau de la CCAA dans le champ professionnel de la convention considérée. Les syndicats de CCAA, indépendamment de leur caractère plus représentatif ou non, devaient remplir les exigences de représentativité dans le cadre de la CCAA et en référence au champ professionnel de la convention.

fonctionnel de la convention¹. La capacité de négocier ce type de convention dérive de manière « *exclusive* » de la qualité de plus représentatif au niveau de la CCAA². Ce décalage se voit de plus accentué par la mise en œuvre du mécanisme de l'irradiation³. Dés lors, la plus grande représentativité déploie ses effets tant du point de vue intersectoriel que du point de vue sectoriel.

Au niveau de la CCAA tout d'abord, il est possible d'évoquer une différence de traitement entre un syndicat reconnu plus représentatif par irradiation et un syndicat qui est affilié à une organisation nationale et qui obtient dans ce cadre une audience de 15% et 1500 représentants. En effet, ce dernier ne peut pas être reconnu plus représentatif au niveau de la CCAA. Néanmoins, en vertu de l'article 87.2 c) ET, il est reconnu suffisamment représentatif dans le cadre autonome et peut donc participer dans les mêmes conditions que les syndicats plus représentatifs à la négociation⁴.

Les difficultés majeures apparaissent toutefois lorsqu'il s'agit d'aborder l'intervention des syndicats plus représentatifs de CCAA dans la négociation collective de cadre étatique. D'une part, les organisations sectorielles affiliées à une organisation de CCAA plus représentative, peuvent participer à la négociation collective de cadre étatique sans faire la preuve de leur représentativité dans le secteur considéré au niveau de la CCAA qui peut s'avérer en réalité extrêmement faible⁵. D'autre part, un syndicat

¹La doctrine a ainsi rappelé le caractère « *spécial* » de cette légitimation attribuée directement par la loi. M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 76; M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p.187.

²F. VALDÉS-DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 76.

³ En effet, le renvoi global à l'article 7.1 LOLS inclut les syndicats affiliés aux syndicats plus représentatifs de CCAA qui seront reconnus représentatifs à ce niveau par application de la technique de l'irradiation (pour approfondir sur cette technique, voir infra, n° 190 s.).

⁴ Nous avons abordé antérieurement la jurisprudence du TC qui vise à adoucir la portée de la qualité de plus représentatif et à reconnaître aux syndicats suffisamment représentatifs les mêmes prérogatives dans le cadre correspondant. Une seule différence notable perdure néanmoins. En effet, seul le syndicat reconnu plus représentatif peut irradier sa représentativité aux syndicats qui lui sont affiliés (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2011, p. 358).

L'intervention d'un syndicat de cadre autonome qui possède une audience électorale entre 10 et 15%, dans une négociation d'un accord de l'article 83 ET de cadre interprofessionnel et autonome, est a priori exclue, ce syndicat n'ayant pas la condition de plus représentatif. Néanmoins, antérieurement à la réforme de 2011, il pouvait être envisagé, invoquant l'article 83.3 ET qui prévoit que ces accords interprofessionnelles auront le même traitement légal que les conventions ordinaires, que le syndicat considéré soit représentatif en vertu de l'article 87.2 c) ET) et ainsi permettre sa participation à la négociation. Force est alors de constater que la réforme de 2011 en modifiant l'expression de « *conventions de cadre supérieur à l'entreprise* » (qui pouvait inclure l'accord autonome interprofessionnel) par celle de « *conventions sectorielles* » empêche son application en l'espèce, s'agissant d'un accord interprofessionnel.

⁵F. VALDÉS-DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 76. Voir également M.A. SOLANS, op. cit., 2004, p. 183; J. RIVERO LAMAS, « Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa) », *DL*, 1994, n° 43, p. 59.

Un secteur doctrinal a alors souligné qu'un syndicat national ayant obtenu une audience électorale légèrement inférieure à 10% dans l'ensemble du secteur au niveau étatique (ce qui accrédite sa présence réelle) ne peut participer alors même qu'il accrédite en réalité une audience supérieure à celle du syndicat

sectoriel de CCAA qui n'est pas affilié à une organisation plus représentative à ce niveau, mais qui remplit les seuils exigés dans le cadre de CCAA et dans le secteur considéré, ne peut participer à la négociation étatique, contrairement aux syndicats de CCAA irradié¹. Nous avons vu qu'au niveau autonome, cette différence de traitement est rattrapé par les apports jurisprudentiels en matière représentativité suffisante. Or, en l'espèce, celle-ci ne peut pas jouer puisqu'il s'agit d'une négociation de cadre étatique. On peine alors à trouver une justification raisonnable permettant de fonder cette différence entre deux syndicats reconnus représentatifs dans le même cadre².

Le Tribunal Constitutionnel a, dans tous les cas, déclaré à plusieurs reprises ce dispositif conforme à la Constitution, estimant qu'il s'agissait d'une « *option politique légitime qui ne peut être contestée juridiquement* »³ et qui se base sur « *des critères objectifs qui sont raisonnables et conformes au but poursuivi* »⁴.

118. La légitimation au niveau catégoriel⁵ représente une question complexe du fait de l'absence de règle légale permettant d'apprécier la représentativité d'un syndicat à ce niveau. L'ET envisage en effet uniquement la question de la négociation catégorielle au niveau de l'entreprise et prévoit un dispositif spécifique introduit par la réforme de 1994 et modifié par la réforme de 2011⁶. Les problématiques relatives à la convention catégorielle sectorielle demeurent donc les mêmes depuis l'entrée en vigueur de l'ET en 1980.

affilié de CCAA dans ce cadre étatique sectoriel (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 77 ; M.A. SOLANS, op. cit., 2004, p. 191). Bien que cette situation soit regrettable, il s'agit d'une application normale des règles de légitimation. La problématique réside, dans tous les cas, dans la capacité d'intervention des syndicats de CCAA et non dans l'impossibilité, pour un syndicat sectoriel étatique dont l'audience est inférieure à 10 %, de participer à cette négociation.

¹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, « La reforma de la negociación colectiva », in *La Reforma laboral de 1994*, Coord. M. ALARCÓN CARACUEL, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 368.

² F. VALDÉS-DAL-RÉ, op. cit., 1994, p. 76. L'auteur affirme dans ce sens que la réforme de 1994 aboutit à « *une réduction du cercle des syndicats de CCAA légitimes pour intervenir en matière de conventions étatiques et dans le même temps à une augmentation du « patrimoine » des compétences du syndicat plus représentatif à ce niveau* ».

³ Comme le souligne la doctrine, cette représentativité spécifique était destinée à des syndicats identifiables. Quant à la participation en tant que telle de ces syndicats au niveau étatique, il convient d'admettre qu'elle constitue la transposition du principe politique des Autonomies (art. 2 CE) au champ des relations professionnelles (pour approfondir sur le syndicalisme de CA, voir J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y D. LEÓN BLANCO, *El poder sindical en España*, Barcelona, Planeta, IEE, 1982, p. 186). La réforme de 1994 relative aux mécanismes d'articulation entre conventions collectives illustre également l'importance de la négociation au niveau de la CCAA en droit espagnol (voir infra, n° 720).

⁴ STC 98/1985 du 29 juill. ; STC 9/1986 du 21 janv. ; STC 184/1987 du 18 nov. ; STC 57/1989 du 16 mars.

⁵ Le droit espagnol parle de « *convenios de franja* ».

⁶ Voir infra, n° 181.

La première question qu'il convient d'aborder se réfère à la validité juridique de ces accords. Pour certains auteurs, les conventions catégorielles ne pouvaient être présentes qu'au niveau de l'entreprise¹. La réforme de 1994 semblait alors donner raisons à cette position. Néanmoins, la pratique a démontré que les acteurs sociaux ont conclu, en marge des textes légaux, des conventions catégorielles à ce niveau². Deux arguments ont pu être avancés pour fonder leur validité juridique. D'une part, au niveau constitutionnel, en vertu du rattachement de la négociation collective au contenu essentiel de la liberté syndicale, tous les syndicats peuvent conclure ce type d'accord en marge du dispositif statutaire. D'autre part, au niveau légal, le principe de liberté de choix de l'unité de négociation prévu à l'article 83.1 ET, doit permettre l'élection du niveau catégoriel³.

Une fois la validité juridique de ces conventions admise, il apparaissait essentiel de définir les règles de légitimation et consécutivement d'apprécier les effets déployés par ces conventions. Nous avons vu antérieurement les règles de légitimation relatives aux conventions sectorielles. Indiscutablement, l'accomplissement des exigences relatives à la plus grande représentativité s'avère impossible pour les syndicats catégoriels⁴. Dès lors, il leur est possible de fonder leur légitimation sur la représentativité suffisante, c'est-à-dire obtenir au moins 10% des représentants élus « dans le champ d'application géographique et professionnel » de la convention⁵.

Deux interprétations ont été proposées. Pour certains, le champ professionnel ne se mesure plus par rapport à l'activité des entreprises mais par rapport à l'activité professionnelle des salariés visés. La mesure des 10% se base alors sur les membres des représentations unitaires élus dans le collège correspondant à la catégorie de salariés objet de la convention⁶. Cette position facilite sans nul doute l'accès à la légitimation initiale des syndicats catégoriels. D'un point de vue comparatif, il est alors intéressant de souligner que le droit français opte pour apprécier l'audience des syndicats

¹ Voir notamment J.E. SERRANO MARTÍNEZ, « El convenio colectivo de franja en el ordenamiento español », in *Estudios de derecho del trabajo en homenaje al prof. G. BAYÓN CHACÓN*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, p. 109.

² A. OJEDA AVILÉS, « Los convenios de franja sectoriales », *AL*, 2000-III, p. 783.

³ Art. 83.1 ET : « Les conventions collectives auront le champ d'application prévu par les parties ». Dès lors, le principe de liberté de choix de l'unité de négociation « doit s'appliquer pour conclure que, en principe, est valable l'unité de négociation configurée par la convention collective catégorielle au niveau supérieur à l'entreprise » (S. DEL REY GUANTER, « Los convenios colectivos de franja », *REDT*, 1984, n° 17, p. 128; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 243).

⁴ M. NOGUEIRAGUSTAVINO, *Sindicato y negociación colectiva franja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 219.

⁵ Art. 87.2 c) ET.

⁶ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., 1984, p. 129.

catégoriels dans les collèges dans lesquels leurs statuts leur donnent vocation à se présenter¹. Il convient cependant de mettre en exergue plusieurs aspects qui complexifient la transposition de cette règle en droit espagnol. D'une part, la répartition des salariés dans deux collèges ne se réfère pas exactement aux mêmes catégories². D'autre part, alors qu'en France, un représentant est garanti dans chaque collège, l'application du principe de proportionnalité conduit, en Espagne, à priver un collège de représentants si le nombre des salariés qui le composent est très limité³. Enfin, l'attribution aux organisations syndicales de la faculté de créer, par convention collective⁴, un troisième collège spécifique permettant de prendre en compte une catégorie de salariés, n'est certainement pas une option légale favorable à l'essor de syndicats catégoriels⁵.

Dans tous les cas, en marge de ces difficultés, d'autres auteurs estiment au contraire que le champ d'application professionnel se réfère exclusivement à l'activité de l'entreprise ce qui aboutit à calculer le seuil de 10% sur l'ensemble des représentants

¹ Pour approfondir sur cette règle confrontée à de nombreuses difficultés juridiques (voir infra, n° 123).

² Précisons tout d'abord que l'existence de deux collèges n'est pas générale. En Espagne, deux collèges électoraux sont distingués lors des élections du comité d'entreprise, et, en France, lorsque l'entreprise compte sur au moins 26 salariés (jusqu'à 25 salariés, un seul collège est créé ; art. L.2314-9 CT, art. R. 2314-1).

Pour ce qui se réfère à leur composition, en Espagne, le premier collège est composé des techniciens et administratifs et le deuxième des travailleurs spécialistes et non-qualifiés (art. 71.1 ET). En France, sauf dérogation par accord préélectoral unanime, la loi envisage d'une part, les ouvriers et employés et, d'autre part, les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés (art. L. L.2314-8 et L. 2324-11 CT respectivement pour les DP et le comité d'entreprise).

³ Art. 71.2 b); M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 146

⁴ Il ne peut toutefois s'agir d'un accord catégoriel (STS 17 mai 2004, RJ 4969).

⁵ Art. 71.1 al.2 ET aux termes duquel la constitution d'un troisième collège vise à « s'adapter » à la « composition professionnelle » du secteur d'activité ou de l'entreprise (M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 146).

Par contre en France, la constitution d'un troisième collège est prévue directement par la loi. Aux termes de l'article L.2324-11 al. 5 CT, « dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement du comité, ces catégories constituent un troisième collège » (cet article s'applique uniquement pour les élections au comité d'entreprise. Un accord collectif, même unanime, ne peut empêcher la création de ce collège, Cass. Soc. 13 oct. 2004, *Dr. soc.*, 2005, p. 111, obs. J. SAVATIER). Ce collège dénommé « collège cadres », joue ainsi un rôle important en matière de représentativité catégorielle. En marge de cette règle légale, le dispositif admet, de plus, que, par convention collective ou accord préélectoral signé par l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, soit créé un troisième ou, le cas échéant, un quatrième collège (art. L. 2314-10 et L. 2324-12 CT ; Cass. Soc. 16 nov. 1993, *Bull. civ.* V, n° 276). Les difficultés du droit espagnol se présentent alors en droit français lorsqu'il ne s'agit pas d'apprécier, en vertu de la disposition légale, la représentativité des syndicats catégoriels (dans ce sens, P.H. ANTONMATTEI, « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », *Dr. Soc.*, 2011, p. 90).

élus¹. La jurisprudence semble aller dans le même sens. Antérieurement à la réforme de 1994, les juges avaient écarté, au niveau de l'entreprise, l'appréciation du champ d'application professionnel sur la base de la catégorie professionnelle visée par la convention².

Evitant de recourir aux règles de légitimation des conventions sectorielles, un troisième courant doctrinal a enfin proposé d'appliquer par analogie les règles de légitimation des conventions catégorielles au niveau de l'entreprise introduites par la réforme de 1994³. Favorable à cette possibilité, le Professeur OJEDA souligne cependant que cette option n'est pas exempte de difficultés et semble possible dans les secteurs « où la densité des affiliations permet de l'utiliser »⁴. Cette solution se heurte, quoi qu'il en soit, à des difficultés pratiques importantes. La mise en œuvre de la procédure de désignation, notamment quant aux difficultés inhérentes à la répartition géographique des travailleurs et à l'identification de l'ensemble des salariés visés dans toutes les entreprises de la branche constitue en effet un obstacle difficilement surmontable⁵.

Dés lors, si la validité juridique des conventions catégorielles sectorielles est admise, l'impossibilité de remplir les exigences légales de légitimation conduit irrémédiablement à leur attribuer un effet personnel limité et à les qualifier d'extrastatutaires. Elles ne s'appliquent donc qu'aux affiliés des organisations signataires⁶. Deux aspects peuvent alors être mis en exergue : d'une part, les règles de légitimation constituent des limitations indirectes apportées au principe de liberté de choix de l'unité de négociation de l'article 83.1 ET⁷. D'autre part, le caractère statutaire

¹ M.A. CAMPOS ALONSO, « Los convenios de franja. A propósito de la legitimación para negociarlos », *AL*, 1985, n° 38, p. 1901.

² F. FUENTES RODRÍGUEZ, *Los convenios de franja*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 172 qui souligne d'autre part que la composition des collèges électoraux ne coïncide pas forcément à la catégorie visée.

³ J. LAHERA FORTEZA, « ¿Es posible la negociación colectiva de eficacia general en sectores sin representación unitaria? El caso taurino », *RL*, 1999-II, p. 847.

⁴ Loc. cit., 2000, p.786.

⁵ F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 175.

⁶ STS 4 juin 1999, Ar/5068. Accord conclu dans le secteur taurin. Nous reviendrons plus loin dans ce travail sur cette affaire.

⁷ A. SEMPERE NAVARRO et J. LUJÁN ALACRAZ, « Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos », *RMTAS*, n° 68, 2007, p. 55; des mêmes auteurs, « Límites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española », *RT*, 1990, n° 99, p. 59. Pour la jurisprudence, STC 52/1987 du 7 mai ; STS du 12 déc. 1996, Ar/8991.

En définitive, les règles de légitimation et de représentativité ont des conséquences importantes sur la structure de la négociation. Comme le souligne un auteur, « il résulte que la loi, en n'établissant pas une légitimation de négociation générale de certains sujets mais en la liant à une convention déterminée, oblige à délimiter le cadre ou le périmètre de chacune de ces négociations dans lequel elle peut apprécier les exigences de représentativité nécessaire ; dès lors, sans le prétendre, elle configure des unités de

des conventions sectorielles catégorielles passe nécessairement par une modification légale. Force est alors de constater que la réforme de 2011 n'a apporté aucun élément de réponse¹.

119. Pour conclure sur la configuration de l'audience électorale, il importe de souligner qu'au lendemain de la dictature et de l'hégémonie du syndicat vertical, elle représentait, sans nul doute, le critère le plus adéquat et satisfaisant pour mesurer la représentativité de nouveaux syndicats et possédait tous les avantages pour s'accommoder au contexte de l'époque caractérisé par un mouvement syndical partant de zéro. Son utilité et sa viabilité sont d'ailleurs reconnues par l'immense majorité de la doctrine². Son établissement en critère central et exclusif demeure néanmoins une option adoptée dans un contexte spécifique qui semblait donc vouée à assurer une transition et, par conséquent, à évoluer dans le temps. En droit positif, l'audience demeure aujourd'hui le critère exclusif. Néanmoins, force est de constater que, parallèlement, s'est renforcée l'hétérogène notion jurisprudentielle d'implantation³.

2. La nouvelle configuration du critère de l'audience électorale par la loi de 2008 en droit français

120. Avant de s'attacher à la configuration du critère de l'audience électorale issue de la réforme de 2008, il importe de revenir sur le droit antérieur.

négociations « typiques » » (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 26). Pour une analyse de la structure de la négociation, voir infra, n° 570 s.

¹ La négociation catégorielle au niveau du groupe n'est pas non plus envisagée expressément par la loi. Il semble toutefois possible d'appliquer les dispositions relatives à la négociation catégorielle dans l'entreprise en déplaçant le cadre d'appréciation de la légitimation des sections syndicales (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 143).

² Le Professeur VALDÉS parle ainsi d'un « *indicateur simple, clair, objectif et fiable* » (loc. cit., RL, 1988-II, p.154) Voir également, M.E. CASAS BAAMONDE, « Democracia, representatividad y afiliación sindicales », in *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor M. ALONSO OLEA*, Madrid, MTSS, 1990, p. 599; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2011, p. 363 qui signale justement que le droit français a renforcé le critère de l'audience électorale afin de compenser les faiblesses inhérentes aux autres critères. Dans l'actualité, pour une vision plus critique du critère de l'audience électorale, notamment quant à la mesure de la plus grande représentativité, voir H. ÁLVAREZ CUESTA, *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada, Comares, 2006. L'auteur parle d'un critère « *terriblement subjectif et peu fiable* », p. 5.

³ Voir infra, n° 138.

Antérieurement à la loi du 20 août 2008, les critères légaux relatifs à la détermination de la représentativité syndicale étaient complétés par une importante activité jurisprudentielle¹.

La représentativité se mesurait par la technique du « *faisceau d'indices* »² à partir de critères légalement déterminés et complétés par la jurisprudence. L'ancien article L.133-2 CT précisait que « *la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté, l'attitude patriotique pendant l'occupation* »³. Cette disposition relative aux conditions de négociation des conventions susceptibles d'extension et d'élargissement a, en l'absence d'autres dispositions en la matière, acquis une dimension générale pour apprécier la représentativité dans tous les cas où sa mesure était nécessaire. Ces critères légaux ont alors fait l'objet d'une interprétation des juges qui ont également introduit d'autres critères visant essentiellement à apprécier de manière qualitative la représentativité d'un syndicat.

Lorsque la loi énonce les effectifs du syndicat, elle se réfère au nombre d'adhérents du syndicat⁴ qui selon la jurisprudence doit s'apprécier en termes relatifs⁵. Ce critère permet de rendre compte le paysage syndical dans lequel le syndicat est présent afin de mesurer, dans le cas concret, sa représentativité⁶. La jurisprudence a cependant estimé que le critère des effectifs ne peut être considéré à lui seul comme un

¹ Pour une analyse récente et antérieure à la loi de 2008, L. DAUXERRE, op. cit., p. 271.

² J.M. VERDIER, « Critères de la représentativité syndicale, reconstitution et contrôle du juge de cassation? (Cass. Soc. 3 dec. 2002. Syndicat Sud Caisse d'Epargne) », *Dr. soc.*, 2003, p. 299. Le Professeur BORENFREUND évoque quant à lui dans le même ordre d'idée, un « *alliage de critères* » (obs. sous Cass. Soc. 13 avril 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 644).

³ Ces critères sont issus de la loi du 11 fév. 1950 sur les conventions collectives. L'effectif, l'indépendance et l'expérience et l'ancienneté du syndicat avaient été antérieurement établis par la jurisprudence et par des actes administratifs (S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 161 s.). Le critère relatif à l'attitude patriotique durant l'occupation a, au fil du temps, perdu sa pertinence devenant totalement obsolète.

⁴ Cons. Etat, 17 juin 1960, *Dr. soc.*, 1961, p. 170.

⁵ Les premières décisions jurisprudentielles avaient retenu la conception majoritaire lors de l'appréciation des effectifs (pour approfondir, J. DESPLATS, « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.*, 1945, p. 270). Pour l'appréciation en terme relatif, Cass. Soc. 28 juin 1978, *D.*, 1979, IR, p. 24, obs. Ph. LANGLOIS.

⁶ L'appréciation relative ne s'attache pas uniquement au nombre d'adhérents en valeur absolue mais prend en compte la réalité sociale et la pratique des salariés dans le cadre considéré. Reprenant les propos du Professeur VERDIER, « *les juges s'attachent moins à rechercher si le syndicat est un des plus représentatifs qu'à établir qu'il est suffisamment représentatif, compte tenu à la fois des effectifs des autres syndicats, au même moment et au même lieu, et du taux de syndicalisation dans le cadre considéré* ». Il ne peut donc être dégagé de règle, de seuil préétabli, « *de rapport de proportionnalité* » entre effectif du syndicat et condition de représentativité (op. cit., p. 491).

critère décisif pour reconnaître ou refuser la représentativité d'un syndicat¹. Elle a, de plus, complété cette appréciation quantitative en rajoutant un critère supplémentaire, l'audience électorale. Celle-ci se mesure par le « *nombre de voix obtenues par un syndicat lors d'une élection professionnelle ou sociale* »². Aucun seuil n'est préétabli, son appréciation, comme en matière d'effectifs, est relative et donc teintée de subjectivité³. L'audience vise en fait à mesurer l'influence du syndicat⁴. L'évolution du critère des effectifs vers l'audience électorale ne constitue dès lors qu'un moyen supplémentaire pour apprécier l'influence du syndicat⁵.

Une opération similaire a concerné les critères de l'expérience⁶ et de l'ancienneté⁷ auxquels s'est substitué celui de l'activité réelle du syndicat. Les deux critères légaux posaient en effet certaines difficultés car ils pouvaient aboutir à condamner les syndicats nouvellement créés à purger une période « *de pénitence, à freiner l'expression des mouvements de base et des changements d'orientations de*

¹ Cass soc. 4 mars 1970, *Bull. civ.* V, n° 161. La difficulté d'application fondamentale du critère de l'affiliation tourne autour de l'équilibre entre le respect de la liberté syndicale et la nécessaire vérification de la réalité de chiffres avancés (cette question est également apparue en matière de création d'une section syndicale, voir infra, n° 172). Le Code du Travail prévoit, dans tous les cas, à l'article L. 2121-2 CT que « *s'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête. L'organisation intéressée fournit les éléments d'appréciation dont elle dispose* ». La jurisprudence a également affirmé que la charge de la preuve incombe à l'organisation qui se prétend représentative (Cons. Etat 17 juin 1960, *Dr. soc.*, 1061, p. 170) et que le syndicat est obligé à fournir aux juges le chiffre de ces adhérents (Cons. Etat 15 déc. 1954, *Dr. soc.*, 1955, p. 225). Le problème réside alors principalement dans la détermination du destinataire des informations permettant d'attester le nombre d'affiliés (sur l'ensemble de cette question en droit français, J.M. VERDIER, *op. cit.*, p. 490. En droit espagnol, H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, Comares, 2006, p. 111). De manière générale, le respect du « *secret de l'affiliation* » et l'impossibilité d'identifier personnellement les salariés sans leur consentement doivent guider les dispositifs dans lesquels le juge ou un organisme tiers indépendants peuvent jouer un rôle primordial.

² A. ARSEGUEL, *op. cit.*, p. 168.

³ Cass. Soc 29 mai 1972, *Dr. soc.*, 1973, p. 599, obs. J. SAVATIER. Voir par exemple J.H. STAHL, *loc. cit.*, p. 1104. L'appréciation de l'audience électorale a été l'aspect décisif ayant conduit à refuser la reconnaissance à l'UNSA de la représentativité au plan national (l'audience a été appréciée par rapport aux élections prud'homales).

⁴ L'audience électorale permet alors de mesurer « *la capacité d'un syndicat à mobiliser les travailleurs au cours d'une quelconque action professionnelle* », de connaître le « *nombre de ses sympathisants en pourcentage de voix obtenues lors de ces scrutins* » (A. ARSEGUEL, *op. cit.*, p. 168 et « *La représentativité des syndicats* », in *Le syndicalisme salarié*, *Dir. B. LARDY PELISSIER et J. PELISSIER*, Paris, Dalloz, 2002, p. 7. Voir également C. BARBEROT, « *Les acteurs de la négociation collective, leur représentativité* », *Dr. ouv.*, 1998, p. 332).

⁵ La doctrine souligna ainsi le « *glissement de critères purement quantitatifs vers des critères plus qualitatifs permettant d'établir le lien entre le syndicat et les salariés* » (M.L. MORIN, *op. cit.* p. 362).

⁶ Initialement, l'expérience se mesurait par l'existence d'actions portées par le syndicat dans l'entreprise par le passé comme par exemple la conduite de négociation (J.M. VERDIER, *op. cit.*, p. 508). L'appréciation portait sur le syndicat lui-même, entendu comme personne morale, sans prendre en compte l'attitude et l'expérience personnelle de ses membres (Cass. Soc. 9 juin 1999, *RJS*, 7/99, n° 939 p. 5 76).

⁷ L'ancienneté constituait, quant à elle, « *un gage sûr de la maturité et du sérieux d'un groupement professionnel* » (A. ARSEGUEL, *op. cit.*, p. 516).

celle-ci »¹. La jurisprudence a donc écarté leur appréciation exclusive ou déterminante et a procédé à leur substitution par un critère plus large relatif à l'activité réelle du syndicat².

Quant à l'indépendance, l'ensemble de la doctrine s'accorde à reconnaître à ce critère légal une importance fondamentale et décisive³. L'indépendance prend en considération la position du syndicat vis-à-vis de l'employeur ou du groupement patronal⁴. Comme condition intrinsèque, constitutive du syndicat, il apparaît logique d'admettre que l'indépendance est présumée⁵. Il appartiendra alors à ceux qui la contestent d'en apporter la preuve.

Il ressort de ces considérations que ces critères légaux et jurisprudentiels reposaient sur une appréciation essentiellement qualitative de la représentativité syndicale. Le Professeur VERDIER affirmait dans ce cadre que les critères légaux visaient à vérifier à la fois l'authenticité et la réalité du groupement syndical⁶. Reconnaisant que la représentativité constitue une qualité qui doit être appréciée

¹ J.M. VERDIER, op. cit., p. 509.

² Cass. Soc. 4 avril 1973, *Dr. soc.*, 1973, p. 589, obs. J. SAVATIER.

S. YANNAKOUROU considère ainsi que « l'ancienneté et l'expérience ne constituent qu'un des aspects » du critère de l'activité réelle (op. cit., p. 171). La diffusion d'informations syndicales (Cass. Soc. 3 déc. 2002, *Dr. soc.*, 2003, p.298), l'importance du nombre d'adhérents (Cass. Soc. 21 juill. 1981, *Bull. civ. V*, n° 727, p. 539) constituent des éléments de l'activité réelle du syndicat. Elle peut s'apprécier également de manière négative, c'est-à-dire par la non participation aux élections (Cass. Civ. 15 oct. 1969, *D.*, 1970, p. 34).

³ Reprenant les propos du Professeur VERDIER, « on pourrait presque dire que toute la philosophie du droit syndical français fondée sur le pluralisme se concentre dans cette exigence » (op. cit., p. 501). Dans le même sens, l'indépendance est la « condition sine qua non de la représentativité, critère dominant, hiérarchiquement supérieur aux autres [...], prépondérant » (S. MICHEL, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L.133-2 du Code du Travail », *Dr. Ouv.*, 2003, p. 133).

⁴ L'indépendance n'est donc pas appréciée vis-à-vis par exemple d'un collectif politique, idéologique ou économique. Elle peut s'apprécier de manière négative par l'attitude complice des délégués syndicaux aux positions patronales (Cass. Soc. 4 avril 1973, déjà cité) ou par l'attitude complaisante de l'employeur vis à vis d'un syndicat, notamment par le versement de subventions (Cass. Soc. 31 janv. 1973, *Bull. civ. V*, n° 50, p.43). C'est en fait à travers d'autres critères que les juges vont apprécier l'indépendance d'un syndicat. Outre l'ancienneté, le critère de la cotisation prend ici toute son ampleur. Sachant que « qui finance, contrôle », le critère des cotisations apparaît alors comme un élément pertinent (J.C. JAVILLIER, *Droit du Travail*, Paris, LGDJ, 1978, p. 174). Leur montant ne doit donc pas être faible ou dérisoire (Cass. Soc. 22 juill. 1981, *Bull. civ. V*, n°748, p. 554; Cass. Soc. 27 oct. 1982, *Bull. civ. V*, n° 591, p.434), et leur versement doit être régulier, volontaire et libre (circulaire du Ministre du Travail du 23 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales, *Dr. soc.*, 1945, p.275). L'activité réelle du syndicat est également prise en compte (Cass. Soc. 11 janv. 1979, *Dr. ouv.*, 1979, p.434).

⁵ Cass. Soc. 25 fev. 1971, *JCP*, 1971 IV, p.87. En l'espèce, l'arrêt attribuait cette présomption à un syndicat affilié à une organisation représentative au plan national.

⁶ « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes du droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571. Dans le même sens, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 171 s.

concrètement et dans sa globalité¹, les juges procédaient également à une application non cumulative des différents critères². Dès lors, la technique du faisceau laissait aux juges une grande liberté d'appréciation³ pour constater l'indépendance et caractériser l'influence du syndicat en s'appuyant « *toujours sur la convergence d'éléments positifs* »⁴.

121. Concrétisation d'une réforme annoncée⁵, le nouvel article L. 2121-1 CT issu de la loi du 20 août 2008⁶ conduit à une remise en cause de l'œuvre prétorienne en établissant une nouvelle liste de critères d'application générale⁷ parmi lesquels l'audience électorale change profondément de configuration et de mission⁸.

¹ Selon le Conseil d'Etat la représentativité « *ressort d'un ensemble de considérations propres à chaque espèce* » (Cons. Etat 4 fev. 1950) et provient d'« *une synthèse de l'ensemble des éléments caractéristiques d'une organisation* » (Cons. Etat, 14 sept. 1979, AJDA 1980, p. 196).

² La Cour de cassation estima « *qu'en énonçant que les critères de représentativité sont cumulatifs et en statuant comme il l'a fait, [...], le tribunal d'instance a violé l'article L.133-2 du Code du Travail et n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. Soc. 5 nov. 1986, Bull. civ. V, n° 512, p.388). Voir également Cass. Soc. 13 avril 1999, déjà cité.

³ Les juges, quoi qu'obligé de combiner différents critères, restaient souverains dans leurs choix et leur pondération. La Cour de cassation affirme que le juge ne pourra « *au seul vu de l'activité et de l'audience d'un syndicat, s'interdire d'examiner les autres critères de sa représentativité* » (Cass. Soc. 8 fev. 1994, Dr. ouv., 1994, p.291. Cass. Soc. 5 mai 1998, Bull. civ. V, n° 221, p.166).

⁴ J.M. VERDIER, loc. cit., 2003, p. 301.

⁵ Dès les discussions qui avaient précédé la loi du 13 juillet 1971 sur les conventions collectives, la CGT et la CFDT avaient demandé que les organisations reconnues représentatives ne puissent négocier qu'à la condition d'avoir obtenu un pourcentage minimum (10%) de voix aux élections professionnelles dans le secteur territorial et professionnel en question. L'année 2006 marqua un tournant décisif. Dans son Rapport, R. HADAS-LEBEL faisait de la réforme de la représentativité syndicale sa ligne de force (*Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation Française, 2006). Dans le même sens s'est orienté un avis du Conseil Economique et Social du 29 novembre 2006. Un secteur doctrinal ne s'était pas prononcé en faveur d'une réforme globale proposant plutôt un aménagement du droit positif (A. ARSEGUÉL, « Réformer sans bouleverser », *RDT*, 2006, p. 288. Plus favorable à une réforme, voir la position de J.M. VERDIER « Des propositions de grand intérêt », *RDT*, 2006, p. 285).

⁶ Cette loi illustre le processus de loi négociée, reprenant « *plutôt* » fidèlement la position commune du 9 avril 2008 *sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme* (G. BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008 (b), p. 712. Sur le processus de loi négociée, voir infra, n° 385 s.). Pour une étude de la position commune de 2008, voir *Liaisons Sociales*, 9 mai 2008, n° 113/2008; G. BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT*, 2008 (a), p. 360 ; P.H ANTONMATTEI, « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.*, 2008 (b), p. 771 ; B. GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S*, 2008 (a), n° 16, p. 3.

Le qualificatif de « commune » de cette position peut être toutefois mis en doute. En effet, côté salariés, seules deux des cinq confédérations syndicales reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel ont apposé leur signature à ce document (la CGT et la CFDT). Force est de constater que celles-ci bénéficiaient largement de la réforme proposée (voir infra, n° 145).

⁷ Contrairement au dispositif antérieur dans lequel les critères visaient originellement l'hypothèse d'une convention susceptible d'être étendue.

⁸ Sur la conformité de la configuration du critère de l'audience électorale avec les normes européennes et internationales, voir L. PECAUT-RIVOLIER, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens, Cass. Soc. 14 avril 2010 », *Dr. soc.*, 2010, p. 648.

Le critère de l'audience retenu par la loi de 2008 abandonne sa dimension relative et se mesure, désormais, par rapport à un seuil légalement fixé. En écartant une appréciation relative de l'audience, le seuil légal déplace alors l'appréciation de l'influence du syndicat vers une approche plus quantitative et objective. Le dispositif légal a néanmoins établi des seuils différents selon le niveau auquel est appréciée la représentativité.

122. Pour être considéré comme représentatif au niveau de la branche, un syndicat doit recueillir « *au moins 8 % des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau de la branche, d'une part, des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés dans les conditions prévues aux articles L. 2122-10-01 et suivants. La mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans* »¹. Le même seuil est établi pour le niveau interprofessionnel².

Il ressort de cette disposition relative aux branches que deux processus électoraux sont pris en compte. En effet, outre les résultats provenant des élections du personnel dans chaque entreprise, une loi de 2010 a instauré un processus électoral dans les entreprises de moins de 11 salariés³. Notons d'ores et déjà que l'élection porte

¹ Art. L. 2122-5 CT.

² Un processus électoral est toutefois ajouté afin de prendre en compte certaines activités agricoles. Aux termes de l'article L. 2122-9 CT, les Syndicats doivent avoir « *recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau national et interprofessionnel des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés dans les conditions prévues aux articles L. 2122-10-1 et suivants ainsi que des suffrages exprimés aux élections des membres représentant les salariés aux chambres départementales d'agriculture dans les conditions prévues à l'article L. 2122-6. La mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans* ».

³ La loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 « *complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* » (sur ce texte, voir SSL, 2010, n° 1456 ; voir également l'avis du Conseil d'Etat du 29 avril 2010 qui rappelait la nécessité de prévoir une consultation électorale pour mesurer l'audience des syndicats de salariés auprès des salariés des TPE afin de respecter les principes constitutionnels de participation et d'égalité ; voir infra, n° 130).

L'élaboration d'une loi en la matière était envisagée par la réforme de 2008 qui appelait les acteurs sociaux à prévoir eux-mêmes la prise en charge des TPE. Néanmoins, c'est sans surprise que la loi est finalement intervenue pour faire face au blocage des négociations. La négociation a toutefois été poursuivie par l'UPA), laquelle a co-signé, le 20 janvier 2010, avec quatre des cinq centrales de salariés représentatives au plan national interprofessionnel (seul FO n'a pas signé), une lettre commune prévoyant plusieurs propositions (*Lettre Commune du 20 janvier 2010 sur l'effectivité de la représentation collective du personnel et de la mesure de l'audience des organisations syndicales de salariés pour les TPE*). La réforme de 2008 avait dans tous les cas établi un dispositif transitoire aux termes duquel dans

uniquement sur la représentativité syndicale et ne conduit pas à l'instauration de représentants du personnel¹.

Au niveau de l'entreprise, le syndicat doit recueillir « *au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* »². Ce seuil de 10% par rapport à celui de 8% au niveau de la branche, semble avoir vocation à se généraliser³.

les branches dans lesquelles, en raison de la taille des entreprises des élections ne sont pas obligatoires et dans lesquelles la moitié des salariés sont employés par ces entreprises, les syndicats reconnus représentatifs sur la base des nouveaux critères de représentativité « *autres que celui de l'audience* » et les syndicats affiliés à une confédération représentative au plan national sont présumés représentatifs au sein de ces branches.

¹ Nous reviendrons plus loin dans le travail sur les modalités de ce scrutin (voir infra, n° 125 s.).

Un représentant du personnel peut toutefois intervenir par d'autres voies. D'une part, un *délégué de site* peut, sous certaines conditions, être instauré et ainsi aboutir à la mise en oeuvre d'un processus de négociation (art. L. 2312-5 CT). D'autre part, un processus de négociation concernant plusieurs TPE peut être envisagé au niveau territorial au travers des commissions paritaires locales (art. L. 2234-2 et L. 2234-2 CT). Il ne s'agit pas ici d'aborder en détail ces commissions créées par accord collectif conclu entre les employeurs concernés et les organisations syndicales représentatives (pour approfondir, M.L. MORIN, « *Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale* », *Dr. soc.*, 1999, p. 681; L. TORTEL, P. DE ROO, H. JACOT, *Territoires et dialogue social : Quelles initiatives pour quels acteurs ?*, Lyon, Chronique sociale, 2005; *Les nouveaux cadres du dialogue social : l'espace européen et les territoires*, Coord. A. JOBERT, Rapport final pour le Commissariat général du Plan, septembre 2005; J.L. WALTER, *Réalité et avenir du dialogue social territorial*, Rapport Conseil Economique, Social et Environnemental, 2009). Néanmoins quelques observations peuvent être formulées. Outre leurs fonctions d'application et d'interprétation de conventions collectives conclues à d'autres niveaux et d'examen de réclamations individuelles ou collectives, ces commissions peuvent élaborer des accords qui leur sont propres. La diversité professionnelle propre à ce *niveau de négociation* rend toutefois complexe la prise en compte de l'ensemble des conditions de travail et d'emploi des salariés concernés. Le contenu de ces accords, dénommés par loi « *accord d'intérêt local* », se centre alors essentiellement sur des questions relatives à l'emploi et à la formation continue et fait le plus souvent place à l'intervention des collectivités locales (pour un secteur doctrinal, il est alors « *permis de se demander si le droit commun des conventions collectives est adapté pour régir ce type de négociation* » (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1352). Dans tous les cas, l'enracinement de la perspective professionnelle et sectorielle de la négociation conduit à un essor timide de ces commissions qui peuvent cependant, en ce qui concerne les TPE, permettre l'union des salariés et ainsi compenser l'hétérogénéité professionnelle par la proximité territoriale.

² Art. L. 2122-1 CT. Les juges ont récemment affirmé que « *le nombre de voix recueillies par les organisations syndicales à prendre en considération pour le décompte des suffrages exprimés en leur faveur est le nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste* ». Les ratures de noms de candidats ne sont donc pas prises en compte (Cass. Soc. 6 janv. 2011, *Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2011, p. 197).

³ Selon l'exposé des motifs de la loi, « *à terme, l'objectif est d'unifier le seuil à 10 % au niveau national comme à celui de l'entreprise* ». La position commune de 2008 prévoit que ce seuil est « *à titre transitoire* » (art. 2.2).

123. Le dispositif légal a également envisagé, de manière spécifique, la représentativité des syndicats catégoriels¹. De nombreuses interrogations subsistent néanmoins, notamment en matière de négociation collective².

La particularité du dispositif réside dans le cadre d'appréciation de l'audience. En effet, alors que, par principe, l'appréciation de la représentativité amène à ne pas distinguer les résultats des deux collèges³, l'appréciation du seuil d'audience exigé pour la représentativité catégorielle, qui est le même que pour les organisations intercatégorielles⁴, s'effectue dans « *les collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats* »⁵.

La détermination de la représentativité des syndicats catégoriels est intimement liée à l'existence d'un collège électoral correspondant, constitué lors des élections professionnelles. Le dispositif légal envisage ainsi les « *organisations représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats* ». La doctrine a souligné que l'option de mesurer la représentativité dans ces seuls collèges « *s'entend aisément* »⁶. Néanmoins, la possibilité de bénéficier de ce cadre d'appréciation n'est pas

¹ Il est admis depuis longtemps que « *les salariés investis d'attributions et de responsabilités ont droit d'être représentés par leurs propres organisations syndicales* » au sein d'une entreprise ou d'un secteur d'activité (J.M. VERDIER, op. cit., p. 537 ; Cons. Etat, 13 mai 1938, Syndicat des ingénieurs et agents de maîtrise des industries métallurgiques du nord ; Cass. Soc. 26 juill. 1984, *Bull. civ.* V., n° 335). Pour une perspective plus actuelle, voir V.G. ARTERO et S. BEAL, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », *RDT*, 2010, p. 556 s.

Deux remarques doivent de plus être formulées. D'une part, il est possible de conclure, au niveau interprofessionnel, une convention visant une catégorie particulière de travailleurs qui s'appliquera, dans des conditions spécifiques, dans toutes les branches de forme transversale (par exemple, accord national interprofessionnel des Vendeurs Représentants Placiers (VRP) ; Cass. Soc. 21 fév. 1979, *D.*, 1979, p. 425, obs. J. PELISSIER ; Cass. Soc. 12 fév. 1992, *Bull. civ.* V, n° 101 ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 432). D'autre part, le dispositif légal envisage de manière spécifique le syndicalisme de métiers et prévoit un régime dérogatoire pour les journalistes et les personnels navigant techniques (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. soc.*, 2011, p. 89).

² Un auteur se demande dans ce sens, si la question de la négociation collective avec des syndicats catégoriels n'est pas « *la difficulté la plus sérieuse de la loi du 20 août 2008* » (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2011, p. 89).

³ La doctrine, se fonde alors sur l'article L.2122-1 CT aux termes duquel l'audience s'apprécie, sans précision relative aux collèges, par rapport aux « *suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* » (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 659 ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 68). Dans le même sens, la jurisprudence n'impose pas une présentation de candidats dans tous les collèges pour obtenir une représentativité intercatégorielle considérant ainsi que l'audience électorale s'apprécie tous collèges confondus (Cass. soc. 22 sept. 2010, *JCP S*, 2010, 1459, note J.Y. KERBOURC'H).

⁴ Au niveau de l'entreprise, ce seuil est de 10% (art. L. 2122-1 CT), au niveau de la branche et interprofessionnel, ce seuil est de 8% (respectivement art. L. 2122-6 et L. 2122-10)

⁵ Pour le niveau interprofessionnel, voir art. L. 2122-10 CT ; pour le niveau de la branche, voir art. L. 2122-7 CT ; pour les entreprises, voir art. L. 2122-2 CT.

⁶ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 716.

générale et demeure conditionnée à une exigence d'affiliation. Au niveau de la branche et de l'entreprise, les syndicats catégoriels doivent être affiliés à une organisation syndicale catégorielle représentative au plan national interprofessionnel¹. Sachant qu'au niveau national interprofessionnel, la Confédération Française de l'Encadrement-Confédération Générale des Cadres (CFE-CGC) est la seule organisation susceptible d'être représentative², l'affiliation à cette confédération devient dans la pratique incontournable³. Cette condition « *inattendue* »⁴ qui accorde « *un avantage très substantiel à la CFE-CGC* »⁵ pourrait affaiblir le principe de la liberté syndicale, spécialement le droit des syndicats de se constituer librement⁶. Incontestablement, le nouveau dispositif vise à affaiblir le syndicalisme catégoriel qui ne se situe pas sous la tutelle et la discipline de la CFE-CGC⁷. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas profité de l'opportunité qui lui était offerte de se prononcer et laisse donc ce dispositif subsister⁸.

La détermination de la représentativité d'un syndicat intercatégoriel dans un cadre catégoriel mérite également notre attention. En effet, si ce syndicat obtient plus de 10% dans un collège spécifique, mais n'atteint pas ce seuil sur l'ensemble des collèges électoraux, il ressort du dispositif légal qu'il ne peut être considéré comme représentatif, non seulement au niveau intercatégoriel mais également dans ce collège spécifique quand bien même il y obtiendrait une audience suffisante. La conformité constitutionnelle du dispositif légal par rapport au principe d'égalité entre syndicat pourrait alors être mise en doute⁹. La Cour de cassation a demandé, sous forme de Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC), au Conseil constitutionnel de se

L'appréciation s'effectue à l'intérieur du collège de manière globale même si ce collège regroupe des salariés que le syndicat n'est pas voué à représenter. La doctrine souligne que « *le fait que la composition d'un collège dépasse du champ statutaire d'un tel syndicat ne le disqualifie pas ; mais, même s'il ne regroupe que des salariés d'une des catégories groupées dans ce collège, son audience doit être appréciée au regard des suffrages exprimés dans l'ensemble du collège* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 69).

¹ Respectivement art. L. 2122-7 et L. 2122-2 CT.

² Comme le reconnaît par ailleurs la circulaire du 13 nov. 2008 aux termes de laquelle « *dans le paysage syndical actuel, seule la CFE-CGC est visée par ce dispositif* ».

³ La loi écarte toutefois cette exigence pour les syndicats de journalistes (art. L. 7111-7) et les personnels navigant techniques (Code des Transports, Art. L. 6524-3).

⁴ G. BORENFREUND, loc.cit. 2008 (b), p. 716.

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 69.

⁶ Pour le Professeur ANTONMATTEI, « *cette condition n'est pas justifiée* » (loc. cit., *Dr. Soc.*, 2011, p. 90).

⁷ Le Professeur BORENFREUND écrit dans ce sens que « *cette exigence constitue un barrage à l'acquisition de la qualité représentative par des syndicats catégoriels, non affiliés à ces confédérations et ne relevant pas de la même obédience que la CGC* » (loc. cit. 2008 (b), p. 716).

⁸ Déc. n° 2010-63-64-65 QCP du 12 nov. 2010.

⁹ Dans ce sens, P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2011, p. 90.

prononcer. Les juges ont alors déclaré conforme à la Constitution le dispositif légal estimant, de manière évasive, que les syndicats catégoriels et intercatégoriels « *ne se trouvent pas dans la même situation* » et que « *le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi* »¹.

En marge de ces questions, le nouveau dispositif pose une interrogation de fond : la représentativité catégorielle constitue-t-elle un mécanisme autonome ou connecté aux règles générales de représentativité ? En guise de considération préalable, il importe de souligner que la jurisprudence a traditionnellement admis que les statuts d'un syndicat qui visent une catégorie de salariés, ne peuvent l'empêcher de se présenter dans tous les collèges². Cette jurisprudence devrait semble-t-il se maintenir après la loi de 2008 et ce d'autant plus qu'un syndicat catégoriel non-affilié à la CGE-CFE est désormais contraint de le faire. En revanche, en ce qui concerne les syndicats affiliés à la CGE-CFE dont les statuts se limitent à une catégorie de salariés, on pourrait penser qu'ils se voient désormais contraints de se présenter uniquement dans les collèges correspondants à leur statut. Dans ce cadre, la loi de 2008 consacre « *une nouvelle notion, simplement en germe jusque-là, de représentativité syndicale catégorielle* »³. Néanmoins, la pratique démontre que les syndicats catégoriels, spécialement la CGE-CFE, n'hésitent pas à se présenter tous collèges confondus⁴. Il doit donc être admis qu'un syndicat catégoriel, indépendamment de son lien affiliatif, puisse accéder à une représentativité intercatégorielle⁵. Par conséquent, alors que les syndicats catégoriels

¹ Déc. n° 2010-42 QCP, 7 oct. 2010, *SSL*, 2010, n° 1463; Déc. n° 2010-63/64/65 QPC, 12 nov. 2010.

² Dans ce sens, Cass. Ass. Plén. 15 mars 1985, *D.*, juris., p. 573, concl. J. CABANNES, note J.M. VERDIER.

³ Selon M. le Professeur RADE, aucune atteinte au principe d'égalité entre syndicats ne peut être constatée puisque « *cette différence se justifie a priori pleinement par le fait que les syndicats catégoriels ont librement choisi de cantonner leur vocation à une seule catégorie de salariés* » (« Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010 (b), p. 823 s.).

⁴ Voir également P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. soc.*, 2011, p. 91, qui souligne toutefois qu'une interprétation aboutissant à interdire à un syndicat catégoriel l'accès à une représentativité intercatégorielle, est recevable.

⁵ Les difficultés se déplacent alors vers les conditions de mesure de la représentativité. Doit-elle s'effectuer de manière globale ou doit-elle distinguer chaque collègue ? Plusieurs auteurs considèrent, en se fondant sur l'article L.2122-1 CT, que l'appréciation de la représentativité amène à ne pas distinguer les résultats des deux collèges (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 659 ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 68). La jurisprudence n'impose pas, quant à elle, une présentation de candidats dans tous les collèges pour obtenir une représentativité intercatégorielle considérant ainsi que l'audience électorale s'apprécie tous collèges confondus (Cass. Soc. 22 sept. 2010, déjà cité). Ces solutions doivent, selon nous, être limitées à l'hypothèse dans laquelle il s'agit d'apprécier la représentativité d'un syndicat intercatégoriel. En effet, s'il s'agit d'un syndicat catégoriel dont les préoccupations conduisent, par nature, à exclure les intérêts de certains salariés, sa représentativité globale doit s'apprécier dans chaque collègue (C. RADE, loc. cit., 2010 (b), p. 825 qui estime que « *les règles qui gouvernent désormais la représentativité des organisations catégorielles affiliées excluent que ces dernières soient considérées représentatives dans l'entreprise [...] et ce même si le nombre des suffrages obtenus dans ces collèges*

non-affiliés doivent impérativement obtenir 10% de l'ensemble des suffrages¹, les syndicats catégoriels affiliés peuvent tenter d'obtenir une représentativité intercatégorielle sans risque de perdre leur représentativité catégorielle.

Les difficultés augmentent lorsqu'il s'agit d'apprécier les rapports entre les dimensions catégorielle et intercatégorielle en matière de négociation collective, notamment au niveau de l'entreprise.

Si l'on aborde l'intervention des syndicats intercatégoriels dans la négociation d'accords catégoriels, la difficulté réside dans le cadre d'appréciation de l'audience électorale de ces syndicats. Doivent-ils accréditer d'une audience spécifique dans le collège considéré ou leur suffit-il d'être représentatif dans l'ensemble des collèges confondus ? Certains auteurs soutiennent que le syndicat intercatégoriel doit accréditer d'une audience d'au moins 10% dans le collège considéré. En effet, en vertu de l'article L. 2231-1 CT qui prévoit que les syndicats signataires doivent être représentatifs « *dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* », un syndicat intercatégoriel représentatif dans l'entreprise mais qui n'a pas obtenu 10% dans ce collège, ne peut être considéré représentatif dans ce cadre². Cette interprétation s'appuie sur une application autonome des règles en matière de négociation catégorielle et sur le respect du principe de concordance, véritable fil conducteur de la réforme de 2008. Au contraire, si l'on admet que la représentativité intercatégorielle permet l'accès à la négociation³, les difficultés se déplacent vers les conditions de prise en compte de l'audience électorale⁴.

Si l'on aborde l'intervention des syndicats catégoriels dans la négociation intercatégorielle, l'article L. 2232-13 CT al. 1 relatif aux règles de validité des conventions et accords collectifs d'entreprise énonce que « *la représentativité reconnue à une organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale*

représenterait au moins 10% des suffrages exprimés dans l'ensemble des collèges »). Une exception doit cependant être mentionnée. Traditionnellement, la jurisprudence reconnaissait une représentativité au « deuxième degré » qui aboutissait à reconnaître comme représentatif un syndicat catégoriel sur l'ensemble des catégories si la catégorie qu'il représente est elle-même représentative de l'ensemble du personnel (Cass. Soc. 15 oct. 1981, *Bull. civ.* V, n° 495, p. 591 ; J.M. VERDIER, op. cit., p. 541. Voir également P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. soc.*, 2011, p. 91).

¹ Comment alors ne pas leur reconnaître une représentativité intercatégorielle ?

² Par rapport au champ d'application personnel de l'accord (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. soc.*, 2011, p. 91).

³ La doctrine a souligné que « *ces dispositions ne sauraient évidemment être interprétées a contrario comme l'attribution d'un monopole de négociation collective en faveur des catégories de l'encadrement à la CFE-CGC* » et que, s'agissant des syndicats intercatégoriels représentatif, leur « *représentativité globale suffit à leur ouvrir le droit de participer à la négociation d'un accord catégoriel, quel que soit leur audience dans le(s) collège(s) concerné(s), aucune disposition légale ne leur imposant de justifier d'une audience spécifique dans ce(s) collège(s)* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 169).

⁴ Voir infra, n° 322.

catégorielle au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter lui confère le droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés ». Dans son alinéa 2, est prévue l'exigence du seuil d'audience « *lorsque la convention ou l'accord ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral* ».

Un message ambiguë est lancé puisque le premier alinéa, contrairement au deuxième alinéa, ne semble pas limiter l'intervention de ces syndicats aux seules conventions catégorielles mais envisage de manière plus générale « *toute disposition applicable à cette catégorie de salariés* », peu importe le caractère de la convention dont elle est issue. Ce flou légal aboutit à des positions doctrinales très variées. Distinguant clairement les dispositions relatives à la représentativité et celles relatives à la négociation collective, S. NERON estime que le syndicat affilié dont la représentativité est établie dans les collèges dans lesquels il a vocation à présenter des candidats, ne peut négocier que pour la catégorie de salariés concernés¹. Quid d'une négociation intercatégorielle comportant des dispositions catégorielles spécifiques. En effet, même s'il est souhaitable de négocier un accord spécifique rien n'oblige les parties à le faire. Dans ce cas, la participation des syndicats catégoriels est nécessaire et peut se fonder sur l'alinéa 1 de l'article L. 2232-13 CT. L'intervention des syndicats catégoriels est ainsi admise par la majorité de la doctrine. Néanmoins, alors que certains auteurs affirment que ces syndicats doivent être représentatifs dans l'ensemble des collèges², d'autres considèrent que la représentativité catégorielle permet à elle seule d'accéder à la négociation d'une convention intercatégorielle³.

La jurisprudence s'est inclinée pour cette dernière position et a également précisé l'appréciation des seuils d'audience en matière de conclusion de la convention⁴. Dans un arrêt de 2011, la Cour de cassation affirme qu'« *un syndicat représentatif catégoriel peut, avec des syndicats représentatifs intercatégoriels et sans avoir à établir*

¹ S. NERON, « Des errements suscités par la loi du 20 août 2008 : à propos des syndicats catégoriels et du représentant de la section syndicale », *JCP S*, n° 44, 3 nov. 2010, 1451. Selon l'auteur « *il existe une différence entre représentativité et négociation collective selon que le syndicat est catégoriel ou pas* ».

² La question des statuts est donc ici indifférente. L. FLAMENT, « La représentativité après la loi du 20 août 2008 : nouvelles questions », *JCP S*, 2009 (b), p. 1386.

³ P. ADAM, « La CFE-CGC peut-elle signer un accord d'entreprise intercatégoriel ? », *SSL*, 2009, n° 1424, p. 6 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1028 ; S. BEAL, « Représentativité et syndicat catégoriel » *SSL*, 2010, n° 1455, p. 11.

⁴ Antérieurement, il ressortait de la jurisprudence que l'intervention des syndicats catégoriels lors d'un processus de négociation intercatégorielle était possible et qu'un syndicat catégoriel pouvait signer seul une telle convention à condition toutefois qu'il soit représentatif sur l'ensemble de l'entreprise (Cass. Soc. 7 nov. 1990, *Dr. soc.*, 1991, p. 294, obs. M. DESPAX ; Cass. Soc. 7 avr. 1993, *RJS*, 1993, n° 528 ; Cass. Soc. 24 juin 1998, *Bull. civ.* 1998, V, n° 346).

sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, son audience rapportée à l'ensemble des collèges électoraux durant les élections prises en compte pour apprécier les conditions de validité de accord »¹.

En définitive, l'ensemble de ces considérations relatives à la négociation catégorielle conduisent à une certaine perplexité. Il est indubitable que la réforme introduite en 2008 a produit un bouleversement des règles de représentativité qui sont désormais régies exclusivement par la règle de concordance. Dans ce cadre, il est légitime de voir dans les nouvelles règles de représentativité catégorielle et spécialement dans leur connexion avec le droit à la négociation, une volonté du législateur de rompre avec le dispositif antérieur qui ouvrait des voies de communication entre les dimensions catégorielles et intercatégorielles des syndicats et de la négociation. La position de S. NERON qui limite l'intervention des syndicats catégoriels à leur statut, apparaît donc largement justifiée. Néanmoins, l'ambiguïté légale permet aux juges de maintenir en l'état la jurisprudence². Nous estimons dans tous les cas souhaitable de maintenir l'intervention des syndicats intercatégoriels dans la négociation catégorielle³. En effet, il est opportun que la loi maintienne un lien et un contact entre des organisations syndicales qui poursuivent fondamentalement le même objectif qui est de défendre les intérêts des travailleurs face à la partie patronale. Restent alors patentées les difficultés pour prendre en compte de manière satisfaisante l'audience syndicale des négociateurs lors de la conclusion de l'accord⁴.

124. En guise de conclusion de ce développement, notons que, quelque soit le cadre de la négociation, les pourcentages s'apprécient par rapport aux suffrages exprimés au premier tour des élections des représentants du personnel dans l'entreprise,

¹ Cass. Soc. 31 mai 2011, *Dr. soc.*, 2011, p. 1132, obs. F. PETIT. En application des règles de 2004, la Cour d'appel de Paris avait affirmé qu'un syndicat catégoriel ne peut être exclu d'une procédure de négociation et que ces « résultats aux élections doivent être rapportés aux suffrages exprimés, tous collèges confondus, et doivent être retenus pour la détermination du pourcentage global » (L. FLAMENT « La validité d'un accord inter-catégoriel signé par un syndicat catégoriel » (CA Paris, pôle 6, ch. 2, 14 janv. 2010) », *JCP S*, 2010, n° 1152).

² Selon nous, l'exclusion pure et simple des syndicats catégoriels de la négociation intercatégorielle passe obligatoirement et nécessairement par la limitation de leur capacité de se présenter aux élections dans les seuls collèges où leur statut leur donne vocation à se présenter. Dès lors, c'est la discutabile distinction entre syndicats affiliés et non-affiliés qui pose à nouveau problème.

³ L'intervention des syndicats catégoriels représentatifs dans les processus de négociation intercatégorielle répond à une autre logique. Leur mise à l'écart est, selon nous, justifiée puisqu'elle s'effectue sans préjudice de l'ouverture postérieure d'une négociation catégorielle.

⁴ Voir infra, n° 322.

contrairement au droit espagnol qui prend en considération le nombre de représentants du personnel élus.

B. Les conditions d'application de l'audience électorale

125. Le recours à l'audience électorale s'inscrit indiscutablement dans la perspective de la construction de la démocratie sociale¹, dans la prise en compte du salarié comme citoyen². Toutefois, ce critère de mesure de la représentativité présente par nature deux difficultés d'ordre politico-social : d'une part, en déplaçant le critère de l'effectif des syndicats à un rôle secondaire, l'audience électorale relativise l'acte d'adhésion et accentue la faible syndicalisation³. D'autre part, l'audience électorale est incapable de détecter la constitution de syndicats « *amarillo* », interlocuteurs privilégiés du chef d'entreprise lors de négociations⁴.

L'essentiel des difficultés tient surtout au fait que les deux dispositifs retiennent les élections des représentants élus des salariés, les élections professionnelles⁵ comme scrutin de référence pour apprécier la représentativité syndicale. Il ne s'agit pas ici de

¹ En France, cette évolution illustre le changement de perspective de l'Etat qui se plaçait traditionnellement dans une position paternaliste vis-à-vis des salariés (pour aller plus loin, A. CHATRIOT, *La démocratie sociale à la française*, La Découverte, Paris 2002 ; *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, Dir J. BARREAU, PU de Rennes, 2003). Gardons toutefois à l'esprit les mots du Professeur G. LYON-CAEN lorsqu'il écrivait que « *l'entreprise n'a jamais eu la prétention d'être une société démocratique. Sa loi est le profit* » (loc. cit., Dalloz, 2001, p. 93).

² B. GAURIAU, loc. cit., 2008 (a), p. 4.

³ Sur cette discussion, voir S. NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT*, 2008, p. 437 et F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1988-II, p. 155 (selon cet auteur, l'audience électorale rapproche la représentation syndicale du modèle de représentation politique « *en favorisant un syndicalisme de dirigeant au détriment d'un de militants et des bases* »).

Cette considération permet alors de douter d'une augmentation des faibles taux de syndicalisation dans les deux pays et spécialement en France (en Espagne, en 2006, le taux de syndicalisation est de 14,6%. En France, en 2007, il est de 7,8%. Source OCDE). Dans tous les cas, même si aucun chiffre ne permet de l'attester, il est possible d'affirmer que l'attribution d'une efficacité générale à la convention collective constitue une autre cause de ce faible taux de syndicalisation. Dans ce sens, reprenant les propos du Professeur G. LYON-CAEN relatif au droit français mais dont la pertinence peut s'appliquer au droit espagnol, « *la loi a empêché ou brisé toute tentative d'incitation à la syndicalisation* » (loc. cit., 1984, p. 7). Sur la question de l'efficacité générale de la convention (voir supra, n° 81 s).

⁴ Le refus des salariés de célébrer des élections peut constituer un indice de la dépendance des candidats vis-à-vis de l'employeur. Si les élections sont maintenues, il semble alors peu judicieux de convertir les résultats électoraux en unique critère d'appréciation. Cette hypothèse pourrait alors conduire à l'introduction d'autres critères (voir infra, n° 137).

⁵ Les élections des représentants élus et les élections professionnelles seront considérées comme synonymes, renvoyant aux élections des représentants classiques du personnel dans l'entreprise (comité d'entreprise ou délégué du personnel, sans préjudice de la constitution en France d'une délégation unique du personnel). Pour approfondir sur ces types de représentation, voir infra, n° 206 s.

traiter en détail de la procédure de ces élections¹ mais de démontrer qu'ayant un objet différent, elles ne constituent pas une base totalement satisfaisante pour mesurer la représentativité syndicale.

Sans apporter de réponse adéquate et complète à ces difficultés, le droit français a, de plus, prévu des critères supplémentaires qui viennent compléter le cadre d'appréciation de la représentativité syndicale. Il importe alors de comprendre l'articulation de ces différents critères, notamment en matière de négociation collective. En droit espagnol, au contraire, l'exclusivité du critère de l'audience est rappelée par la jurisprudence qui lie, en définitive, l'existence de représentants élus et la mise en œuvre d'une procédure de négociation collective.

1. Les carences du critère de l'audience électorale mesurée par rapport aux élections professionnelles

126. Les deux dispositifs légaux ont retenu les élections professionnelles dans l'entreprise comme scrutin de référence. Ces élections dont la fonction originaire est l'élection des représentants du personnel de l'entreprise se déploient alors sur deux dimensions : interne, permettant l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise et, externe, permettant de mesurer la représentativité syndicale².

Les régulations légales de la procédure des élections professionnelles ont néanmoins été guidées par leur fonction originaire³. Dans ce cadre, de nombreux problèmes d'application peuvent être relevés lorsque ces élections sont envisagées par rapport à la question de la représentativité syndicale. Plus loin, le dispositif espagnol permet de souligner que cette fonction originaire est paradoxalement dénaturée par la syndicalisation des élections professionnelles que favorisent paradoxalement les dispositions légales.

¹ Pour une étude approfondie du processus d'élections professionnelles en droit espagnol, voir par exemple, *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006; M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit. En France, M.L. MORIN, L. PECAUT- RIVOLIER et Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Paris, Dalloz, 2009.

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La doble cara de las « elecciones sindicales » », *RL*, 1986-II, p. 31. Voir également pour la jurisprudence, STC 208/1989 du 14 déc. et STC 7/1990 du 18 janv.

³ Le TC affirme ainsi que les élections professionnelles « n'ont pas comme objectif immédiat la désignation des syndicats qui vont participer à la négociation collective [...] » (STC 187/1987 du 24 nov.).

a) Un processus électoral imparfait : les problèmes d'application des élections professionnelles en matière de représentativité syndicale

127. La configuration légale des élections professionnelles pose trois problèmes principaux par rapport à la mesure de la représentativité syndicale. D'une part, la définition de l'unité électorale se révèle inadaptée à la complexité de la mesure de la représentativité. D'autre part, la fréquence et la dispersion des élections professionnelles posent des difficultés quant à la méthode et au moment d'appréciation de l'audience électorale. Enfin, elles ne permettent qu'une appréciation partielle de la représentativité syndicale du fait de l'exclusion de nombreux salariés de tout processus électoral.

128. Premièrement, en ce qui concerne la définition de l'unité électorale, il convient tout d'abord de formuler une précision terminologique. Pour évoquer les niveaux inférieurs à l'entreprise, le droit français parle d'établissement distinct et le droit espagnol de centre de travail. L'objet du développement ne consiste pas ici à aborder la délicate question de leur définition¹ mais se limite à souligner que les deux dispositifs ont logiquement permis aux niveaux les plus réduits de procéder aux élections des représentants du personnel² et ont converti l'établissement ou le centre de

¹ En Espagne, le centre de travail est aux termes de l'article 1.5 ET une « *unidad productiva con una organización específica que se ha declarado como tal ante la autoridad de trabajo* ». Pour la doctrine espagnole, J.M. RAMÍREZ et T. SALA FRANCO, « El concepto de centro de trabajo: configuración legal », in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1990, p. 239; M^a.J. ROMERO RODENAS, « El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 87; M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 23). Pour la jurisprudence, STS du 26 janv. 1988 (Ar/56) qui différencie les concepts d'entreprise, de centre de travail et d'unité productive autonome.

En France, la Cour de cassation opère une approche fonctionnelle de l'établissement (Cass. Soc. 1 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 528 et Cass. Soc. 26 mai 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 773, obs. C. RADE) et distingue selon qu'il s'agit de la désignation du délégué syndical ou de l'élection des délégués du personnel. En matière d'élections, l'établissement distinct 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* » (Cass. Soc. 29 janv. 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 453, obs. J. SAVATIER et D., 2004, somm. comm. p. 99, obs. I. DESBARATS). Voir pour approfondir, *Les lieux du droit du travail*, Dir. Ph. WAQUET, SSL, 2003, suppl. n° 1140; J. SAVATIER, « Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », in *Mélanges dédiés à M. DESPAX*, PU Toulouse, 2002, p. 61 et Y. CHALARON, « A propos de l'établissement », in *Etudes offertes à J. PELISSIER*, Paris, Dalloz, 2004, p. 153 ; I. DESBARATS, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, Paris, LGDJ, 1996.

² En effet, l'article L. 2312-1 CT dispose que « *le personnel élit des délégués dans tous les établissements de onze salariés et plus* ». En Espagne, l'article 61 ET dispose que « *[...] les travailleurs ont le droit de participer dans l'entreprise à travers des organes de représentation régulés dans ce titre* ». Plus précisément, aux termes des articles 62 et 63 ET relatifs respectivement à l'instauration des DP et du

travail en « *unité électorale basique* »¹. La perspective interne des élections prend ici toute son ampleur puisqu'il est souhaitable de favoriser l'élection des représentants directs des salariés aux niveaux les plus réduits. Cette configuration aboutit alors à une mesure ascendante, décentralisée de la représentativité syndicale². Néanmoins, outre les difficultés relatives à la mesure de la représentativité lorsque l'entreprise est composée de plusieurs centres de travail³, les élections dans les cadres les plus réduits demeurent confrontées au risque de personnalisation qui conduit à occulter la partie syndicale des élections⁴ ou, au contraire au risque d'abstraction qui permet à un candidat de bénéficier d'un siège *permanent* au sein de l'organe de représentation par la volonté d'un syndicat et l'adhésion des salariés à ce syndicat⁵. Il est de plus contestable de présumer que le vote des salariés au niveau de l'établissement serait nécessairement identique qu'il s'agisse de sélectionner un ou une collègue de travail pour le représenter devant l'employeur ou un syndicat chargé de représenter ses intérêts face à l'Etat et aux organisations d'employeurs. L'impossibilité pour les salariés de pouvoir distinguer le cadre de leur entreprise ou de leur établissement et, notamment, le cadre national interprofessionnel, est sans nul doute, un handicap inhérent aux élections professionnelles qui limite l'expression des salariés.

129. Deuxièmement, le caractère ascendant de la mesure de la représentativité implique la prise en compte d'un nombre considérable de processus électoraux organisés dans chaque entreprise à des moments différents et pose certaines difficultés lorsqu'il s'agit de mesurer la représentativité aux niveaux interprofessionnel et de la branche mais également au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci est composée de plusieurs centres de travail ou établissements.

Il convient de distinguer « *le moment qui est retenu pour comptabiliser les chiffres qui permettent d'accréditer la représentativité qui pourra être exigible* » et le

comité d'entreprise, le Statut des travailleurs évoque une alternative entre l'entreprise « *ou* » le centre de travail.

¹ Selon l'expression de la jurisprudence espagnole, STS 9 juill. 1991 et 18 juin 1993, Ar/5877 et 4764.

² Reprenant les propos du Professeur VERKINDT, le dispositif renvoie à l'« *image d'une pyramide inversée qui repose [...] sur une pointe constituée par les élections professionnelles dans l'entreprise* » (loc. cit., 2009, p. 655).

³ Voir infra, n° 185.

⁴ L'existence d'un leader « *charismatique* » permettra à un syndicat d'être représentatif dans l'entreprise, voir même d'atteindre les seuils permettant de remplir les exigences majoritaires de négociation et de conclusion (J.E. RAY, « *L'accord d'entreprise majoritaire* », *Dr. soc.*, 2009, p. 891).

⁵ La constitution des listes électorales syndicales permet en effet aux candidats les mieux placés de voir assurée leur élection. Le soutien des salariés à la politique générale d'un syndicat est par conséquent intimement lié à l'élection de ses candidats.

moment où celle-ci est exigible¹. Nous reviendrons plus loin dans le travail sur ce dernier point². Attachons-nous ici au moment de décompte des résultats électoraux.

En France, aux niveaux interprofessionnel et de la branche, les conditions dans lesquelles les résultats sont collectés et comptabilisés, sont prévues aux articles D. 2122-6 et D. 2122-7 CT³. Le procès-verbal des élections professionnelles est transmis par l'employeur dans les 15 jours suivant les élections à l'organe administratif correspondant⁴. Les résultats globaux sont alors transmis à la fin de chaque cycle électoral au Haut Conseil du dialogue social⁵. Sachant que les mandats des représentants élus sont de 4 ans⁶, le cycle électoral a la même durée, l'entreprise étant censée avoir procédé au moins à une élection au cours de cette période⁷. Ce Haut-Conseil formule alors son avis qu'il transmet au Ministre du travail qui élabore la liste des organisations représentatives dans les différentes branches et au niveau interprofessionnel⁸.

¹ C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, « La legitimación negocial en el ámbito de la empresa », *REDT*, 2003, n°115, p. 78.

² Les divergences entre les deux droits nous conduiront toutefois à aborder ces questions dans des développements différents. En effet, en droit espagnol, la notion de légitimation à provoquer une controverse doctrinale relative à la concomitance ou non du moment d'appréciation de la légitimation initiale qui renvoie fondamentalement à la représentativité et de la légitimation pleine relative à l'exigence majoritaire. Nous traiterons donc cette question lors de l'étude de la légitimation pleine (voir infra, n° 242 s.). En droit français, considérant que la représentativité est une condition suffisante pour négocier effectivement une convention, sans préjudice de sa validité, la détermination du moment de son appréciation a lieu préalablement à l'exigence majoritaire et sera donc traité dans ce chapitre lorsque nous aborderons l'application des différents critères permettant de mesurer la représentativité (voir infra, n° 140).

³ Décret n° 2008-1133 du 4 novembre 2008. Le processus de décompte doit garantir « la confidentialité et l'intégrité des données recueillies et traitées, « leur fiabilité », leur « exhaustivité » et la transparence des résultats (D. 2122-6 CT).

⁴ Concrètement il s'agit d'un centre de traitement privé sous le contrôle de la Direction Générale du Travail (DGT). Le décompte s'effectue par un programme informatique dénommé MARS (mesure de l'audience de la représentativité syndicale), voir L. BATEMAN, « Un décollage difficile pour MARS », *SSL*, 2010, n° 1455, p. 14 qui met en exergue les risques de contentieux.

⁵ La doctrine s'est posé la question de l'opportunité de la création d'un nouvel organe qui « vient se surajouter à la Commission Nationale de la Négociation Collective pour laquelle cela paraissait être une mission naturelle de donner un avis sur la liste des organisations syndicales reconnues représentatives » (P. RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme », *SSL*, 2008, n° 1370, p. 11).

⁶ Cette durée est fixée depuis la loi n°2005-882 du 2 août 2005 (L. 2314-26 et L. 2324-24 CT respectivement pour les DP et les membres du comité. Pour une analyse critique de cette nouvelle régulation, M. COHEN, « La raréfaction organisée des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.*, 2005, p. 1157). Notons toutefois que la loi permet à un accord collectif d'établir une autre durée comprise entre deux et quatre ans (Art. L. 2314-27 et L. 2324-25 CT respectivement pour le mandat des DP et des membres du comité).

⁷ La réforme de 2008 prévoit que les résultats du premier cycle sont transmis au plus tard le 31 mars 2013. Voir pour compléter P.Y VERKINDT, loc. cit., 2009, p. 657.

⁸ Art. L. 2122-11 CT. En lieu et place de l'intervention du Ministre, le Professeur VERDIER proposait en 2006 « un organisme indépendant composé de représentants divers, des pouvoirs publics, des partenaires sociaux et peut-être d'autres collectivités intéressées » (loc. cit., 2006, p. 286).

L'appréciation des chiffres d'audience électorale est donc acquise pendant tout le cycle électoral suivant¹.

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise composée de plusieurs établissements, le déroulement d'élections à des moments différents peut faire fluctuer la représentativité d'un syndicat au niveau global de l'entreprise. Force est de constater qu'il ne résulte de la loi aucun élément de solution. Aux termes de la circulaire de la DGT du 13 novembre 2008², dans les entreprises à structure complexe, le cycle commence lors des élections dans un premier établissement et se termine lors des élections dans le dernier établissement. La circulaire envisage la même solution au niveau du groupe prenant comme base de référence les première et dernière entreprises dans lesquelles se déroulent des élections. Dès lors, il convient d'admettre que l'audience électorale est maintenue jusqu'à la fin du prochain cycle électoral, comme aux niveaux supérieurs³. Dans ce sens, la jurisprudence a affirmé que la désaffiliation d'un syndicat de sa confédération n'implique pas une modification des résultats électoraux⁴. La circulaire prévoit néanmoins une exception à ce modèle. « *Les élections partielles sont prises en compte dans l'appréciation de la représentativité ; elles peuvent conduire à modifier celle-ci. Ainsi, un calcul de représentativité consolidé doit avoir lieu après chaque élection partielle, afin de déterminer les nouveaux pourcentages, qui fonderont la mesure pour la validité des accords* ».

L'hypothèse des transferts d'entreprise⁵ affecte également la mesure de l'audience électorale. La réforme reste silencieuse en la matière. Pour certains « *il serait conforme à l'esprit de la réforme, selon le cas, d'ajouter aux suffrages exprimés dans l'entreprise ceux des salariés entrants (cas de fusion, absorption, internalisation) et, inversement, de retrancher ceux des salariés sortants (cas de scission, filialisation,*

¹ L'hypothèse de fusions de syndicats n'est pas exhaustivement régulée par la loi. Il est néanmoins possible de considérer que l'audience de la nouvelle organisation résulte du cumul de celles des deux organisations préexistantes (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 89).

² Fiche 1.

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 87. Pour une appréciation positive de cette solution, F. PETIT, « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », *Dr. soc.*, 2010, p. 636.

⁴ Cass. Soc. 18 mai 2011, *Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2011, p. 192. Les juges affirment « *que l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidatures au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs [...] ; en cas de désaffiliation après ces élections le syndicat ne peut continuer à se prévaloir des suffrages ainsi recueillis pour se prétendre représentatif* ». L'union syndicale, la fédération ou la confédération, si elle justifie de l'existence dans l'entreprise au jour de la désignation, d'une section syndicale, peut quant à elle procéder à la désignation d'un DS (L. PECAUT-RIVOLIER, « La loi du 20 août 2008 reformant la démocratie sociale, deuxième présentation », *Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation. Mars 2011*, Paris, Dalloz, 2011, p. 166).

⁵ L. 1224-1 CT.

externalisation), puis de déterminer les nouveaux taux d'audience par référence au totaux des suffrages exprimés, pareillement révisés en prenant compte ceux des salariés entrants et sortants »¹.

Le maintien de la mesure de l'audience, consolidée durant l'ensemble du cycle électoral, constitue sans nul doute la solution la plus adéquate et la plus satisfaisante pour garantir la nécessaire stabilité de la représentation syndicale dans l'entreprise. Néanmoins, plusieurs auteurs se sont prononcés contre cette solution, privilégiant, notamment au niveau de l'entreprise, une « *représentativité instantanée* » qui prendrait en compte chaque nouvelle élection au sein des différents établissements².

En Espagne, quel que soit le niveau, depuis la réforme de 1994³, la représentativité se mesure de manière continue au travers « *d'un registre administratif permanent* »⁴. Dès lors, l'appréciation de l'audience électorale évolue au gré des divers

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 84-85. F. FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 2009 (b), p. 638. Les premiers auteurs cités estiment toutefois que « *lorsque le transfert porte sur une partie seulement de ce qui constituait auparavant le cadre d'institution d'un comité d'entreprise et délection de ses membres [ou] lorsque l'entité sortante ne devient pas ipso facto le cadre d'élection d'un comité d'entreprise, [...], la prise en compte des audiences des organisations syndicales dans l'entité transféré trouve là une limite insurmontable* ». Dans ce cas, les auteurs proposent l'organisation de nouvelles élections dans l'entreprise d'accueil.

² J.F. CESARO, loc. cit., p. 661 estimant qu' « *il paraît discutable d'instituer une présomption de représentativité même à durée déterminée* ». Voir dans le même sens, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 87. La Position commune de 2008 semblait également privilégier cette position prévoyant que la représentativité devait s'apprécier « *à chaque nouvelle élection dans l'entreprise* » (art. 3-2).

Ces difficultés sont amplifiées jusqu'au terme du premier cycle électoral. En effet, la célébration d'élections sous l'empire de la nouvelle loi dans certains établissements peut révéler l'absence de représentativité d'un syndicat reconnu représentatif au niveau de l'entreprise sous le dispositif antérieur. Là encore, faut-il attendre la fin du cycle électoral qui maintient comme représentatif un syndicat qui manifestement ne remplira plus les nouveaux critères ou appliquer une représentativité instantanée ? Même si une appréciation systématique conduit à maintenir le caractère représentatif du syndicat jusqu'à la fin du cycle électoral, un auteur estima qu' « *il paraît préférable de considérer que le syndicat a perdu sa représentativité dans l'entreprise lorsque, après un nombre suffisant d'élections d'établissements, il ne peut plus mathématiquement franchir le seuil des 10% dans l'entreprise* » (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 661).

³ Antérieurement, le dispositif avait établi une période limitée de décompte « *qui contribua de manière décisive à accentuer les défauts et les dysfonctionnements conséquences du dramatisme dans lequel vivaient les syndicats majoritaires les confrontations électorales* » (C. BLASCO PELLICER, *El nuevo procedimiento de « elecciones sindicales »: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 121). Selon ce système, seules les élections célébrées durant une période de 3 mois entraient dans le décompte des résultats électoraux ce qui conduisait à une concentration des procédures électorales. A la fin de cette période, le processus de décompte prenait fin par la proclamation officielle des résultats qui permettait de déterminer les syndicats représentatifs jusqu'à la prochaine période de décompte (correspondante à un durée de 4 ans). Pour approfondir, voir F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, « La intervención administrativa en el proceso de elección de los representantes de los trabajadores en los centros de trabajo », *TL*, 1987, n° 10-11, p. 153.

⁴ C. BLASCO PELLICER, op.cit., 1995, p. 21. Voir également P. GETE CASTRILLO, « La reforma del derecho de representación colectiva », in *La reforma del mercado de trabajo*, Coord. M.E. CASAS BAAMONDE et F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, La Ley, 1994, p. 499 et J. MATÍA PRIM, « Las elecciones

processus électoraux organisés dans les entreprises¹. L'enregistrement et la proclamation des résultats ainsi que la consécutive mesure de la représentativité syndicale reviennent au Bureau Public, qui dépend de la Direction Générale du Travail et des organes correspondants de CCAA².

La composition des organes de représentation élue peut néanmoins être soumise à des changements entre deux processus électoraux. Il convient alors de savoir dans quelles mesures ces changements peuvent affecter la mesure de la représentativité syndicale. Deux types de changements doivent être distingués : ceux qui sont consécutifs de l'intervention des salariés et ceux consécutifs des agissements des représentants élus et des vicissitudes de ces organes. La première catégorie correspond aux processus d'élections partielles. Dès lors les résultats de ces élections seront transmis afin d'intégrer le registre permanent et pris en compte afin de mesurer la représentativité syndicale. La deuxième catégorie fait référence aux changements opérés en marge de tout processus électoral. Les hypothèses de *transfuges syndicaux* ont notamment fait l'objet d'une attention particulière³. L'article 12.3 du Règlement des élections aux organes de représentation des travailleurs de l'entreprise approuvé par le RD 1844/1994, prévoit en effet que « *le changement d'affiliation du représentant des travailleurs qui intervient durant son mandat, n'impliquera pas la modification de l'attribution des résultats* »⁴. La première composition des organes de représentation

en la empresa », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. M.E. CASAS BAAMONDE et F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, La Ley, 1994, p. 221.

¹ Il convient de préciser que lorsque les mandats électifs arrivés à leur terme initial sont maintenus jusqu'à la célébration de nouvelles élections, les représentants syndicaux originaires élus ne rentrent plus dans le décompte de la représentativité ascendante permettant de mesurer la représentativité syndicale au niveau sectoriel (Disposition additionnelle 4 LOLS). Pour approfondir, voir M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 44).

² Art. 75.7 ET et articles 21 s. RD 1844/94 du 9 sept. 1994. Au niveau des CCAA, il s'agira de l'organisme spécifique. Pour approfondir, voir F.J. ARGUÍNÁRIZ PARADA, « La administración laboral y la inspección de trabajo y la seguridad social y su nivel interventivo en materia de elecciones sindicales », in *Derecho Sindical. Elecciones Sindicales (nuevo marco normativo): Sentencias*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 171 et M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 183; T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 263, 279.

³ Le transfuge syndical vise le changement d'affiliation syndicale d'un représentant élu postérieurement au processus électoral. Ce phénomène présente, outre sa relation à la mesure de la représentativité, une dimension interne à l'entreprise qui conduit à se demander si le changement d'affiliation implique la perte de la qualité de représentants unitaires. La doctrine majoritaire et la jurisprudence ont affirmé que le changement d'affiliation n'implique pas automatiquement la fin du mandat de représentant unitaire (STS du 18 nov. 1991, Ar/8245. Pour approfondir sur cette question, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 194; C.L. ALFONSO MELLADO, « Efectos del cambio de afiliación sobre el mandato representativo y sobre la atribución de resultados », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 270).

⁴ Voir dans ce sens et spécialement en matière de négociation collective, STS 17 oct. 1994, Ar/8053 ; STS 21 oct. 1997, Ar/9154 ; STS 7 juill. 1999, Ar/5788. Pour approfondir, C.L. ALFONSO MELLADO, op.cit., p. 263. Pour une critique de cette option, F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 218 et,

élue constitue donc, par principe, le cadre d'appréciation de l'audience électorale¹. L'hypothèse d'intégration ou de fusion de syndicats amène par contre à opérer un nouvel calcul de représentativité. Dès lors qu'une de ces opérations s'accompagne de la disparition de la personnalité juridique d'un des syndicats, « *les résultats électoraux de ceux qui sont intégrés, sont attribués à celui qui accepte l'intégration* »².

En définitive, les deux dispositifs ont prévu un système de centralisation des résultats électoraux. Néanmoins, si en France, il aboutit à figer, notamment aux niveaux interprofessionnel et de la branche, les chiffres relatifs à l'audience électorale, le dispositif espagnol permet au contraire de prendre en compte de manière concomitante à l'exigence de représentativité l'audience des syndicats. Cette différence doit néanmoins prendre en considération qu'en Espagne, le caractère unique et exclusif du critère de l'audience électorale lie directement son appréciation à la reconnaissance de la représentativité alors qu'en France, l'existence d'autres critères et le mode d'appréciation cumulatifs de tous les critères doit conduire à s'interroger sur la viabilité ou non d'une distinction entre l'appréciation de la représentativité et celle de l'audience électorale³.

130. Troisièmement, les élections professionnelles peuvent conduire dans la pratique à l'exclusion ou à la sous-représentation de nombreux salariés.

D'une part, les dispositions légales relatives aux conditions d'électeurs et d'éligibles aboutissent à l'exclusion de certains salariés⁴, notamment par l'établissement

spécialement, sur les implications de cette règle en matière de mesure de la représentativité syndicale, M.A. SOLANS LATRE, op.cit., 2003, p. 191.

¹ Sachant que les mandats des représentants élus sont de 4 ans (art. 67.3 ET et disposition additionnelle 2.1 LOLS), un syndicat peut, en principe, invoquer le nombre d'élus obtenus à la suite du processus électoral durant cette même période.

² Art. 12.4 RD 1844/1994.

³ Voir infra, n° 140.

⁴ L'exclusion se produit dans deux cas. Une condition relative à l'âge est tout d'abord prévue dans des conditions similaires en France et en Espagne. Les salariés doivent avoir 16 ans pour être électeurs et 18 ans pour être éligibles (voir articles cités, infra). Une deuxième condition est relative aux responsabilités de certains salariés. Les deux droits ont ainsi exclu du corps électeur les directifs assimilés au chef d'entreprise. Selon le TC, il s'agit « *des travailleurs liés à l'entreprise par une relation de travail si spéciale qu'elle les prive de l'indépendance nécessaire pour une défense efficace des fins syndicales* » (pour la jurisprudence STS 22 oct. 1987 (Ar/2762). En France, les pouvoirs relatifs à l'embauche, la discipline et le licenciement permettent d'identifier ces salariés exclus du processus électoral (Cass. Soc. 26 sept. 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 1080, note F. DUQUESNE ; *D.*, 2003, somm. comm., p. 385, obs. E. PESKINE ; *TPS*, 2002, comm., p. 376, note J.M. OLIVIER).

d'une condition d'ancienneté¹ ou une infrareprésentation des salariés en contrat précaire².

D'autre part, la loi a fixé des seuils d'effectif dans les entreprises ou établissements, qui conditionnent le déclenchement d'élections³. Ces seuils minimums conduisent alors à l'exclusion flagrante de nombreux salariés de petites entreprises qui ne peuvent pas participer à la détermination de la représentativité syndicale. Cet état de fait est d'autant plus préjudiciable que les accords de branche leur seront en priorité appliqués et que leur proportion est non négligeable dans les tissus productifs espagnol et français⁴. Néanmoins, en ce domaine, une différence notable apparaît entre les deux droits. En effet, alors qu'en Espagne, la loi maintient le lien entre la mesure de la représentativité syndicale et l'existence de représentation élue, elle distingue, en France, ces deux questions et prend en compte le vote des salariés des Très Petites Entreprises (TPE) en matière de représentativité syndicale.

En Espagne, l'ET fixe un nombre minimum de 6 travailleurs en deçà duquel ne peuvent pas être organisées d'élections⁵. Lorsque l'entreprise compte entre 6 et 10

¹ En France, pour être électeur, l'ancienneté exigée est de trois mois (art. L. 2314-15 pour les DP et L. 2324-14 pour le comité). L'ancienneté exigée est d'au moins un an pour être éligible. Les conditions espagnoles sont moins restrictives : aux termes de l'article 69.2. ET, « *tous les travailleurs de l'entreprise ou du centre de travail* » sont électeurs lorsqu'ils comptent un mois d'ancienneté à la date des élections (art. 69.2 ET et RD1844/1994 du 9 sept). Pour être éligibles, les salariés doivent compter six mois d'ancienneté à la date de présentation de la candidature.

Dans les deux pays, le décompte de l'ancienneté s'effectue dans l'entreprise et non dans l'établissement (en France, Cass. Soc. 7 janv. 1985, *Bull. civ.* V, n° 5. En Espagne, H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 54; M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 128).

² Art. 72.2 ET et L. 2312-8 CT (celui-ci opère un renvoi aux articles L. 1111-2 et L. 1111-3 CT relatifs aux modalités générales de calcul de l'effectif de l'entreprise). Pour approfondir, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 128 ; B. QUINTANILLA NAVARRO, *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 105 ; en France, spécialement pour les salariés mis à disposition, Cass. Soc. 26 sept. 2002, déjà cité ; J.E. RAY, loc. cit., 2009, note 11 p. 892 ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 136.

³ Dès lors, il est important que le découpage de l'entreprise ne soit pas laissé à la disposition de l'employeur lorsqu'il s'agit d'élections professionnelles (sur cette idée, voir J.M. RAMÍREZ et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1990, p. 232). En droit espagnol, la déclaration devant l'administration prévue à l'article 1.5 ET constitue ainsi logiquement une présomption simple empêchant l'employeur de diviser artificiellement les différents centres afin de ne pas atteindre les seuils minimums et de se soustraire à la création d'institutions représentatives des salariés de l'entreprise (J. CRUZ VILLALÓN, « El desarrollo del proceso electoral « sindical » a través de las resoluciones judiciales », *TL*, 1987, n° 10-11, p. 27). En droit français, il appartient désormais, à défaut d'accord entre chef d'entreprise et organisations syndicales intéressées, à l'autorité administrative compétente (le directeur départemental du travail) de reconnaître la qualité d'établissement distinct (B. GAURIAU, « Du renouveau sur la reconnaissance des établissements distincts pour la mise en place des délégués du personnel », *JCP S*, 2006, p. 1001).

⁴ Par exemple, en Espagne, entre 2001 et 2003, l'audience électorale a permis de prendre en compte 57% des travailleurs salariés (H. DETLEV KÖHLER et A. MARTÍN ARTILES, *Manual de sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, 2^a ed., Madrid, Delta, 2006, p. 457).

⁵ Pour approfondir, I. ALBIOL MONTESINOS, *Comités de empresa y delegados del personal*, Bilbao, Deusto, 1992, p. 23. La doctrine a cependant souligné qu'une convention collective sectorielle peut permettre l'élection d'un délégué du personnel dans les centres de travail comptant au moins quatre

travailleurs, l'élection de Délégués du Personnel (DP) est soumise à un accord majoritaire des salariés dont l'existence est néanmoins largement reconnue par la jurisprudence¹. A partir de 10 travailleurs, l'élection de DP est prévue sans accord des salariés² et, à partir de 50 travailleurs, sont organisées les élections au comité d'entreprise³.

En France, l'organisation d'élections n'est obligatoire que dans les entreprises qui comptent au moins 11 salariés⁴. Sont alors organisées les élections des DP dans les entreprises ou établissement qui occupent au moins 11 salariés auxquelles s'ajoutent les élections du comité d'entreprise à partir de 50 salariés⁵. Notons toutefois que la jurisprudence puis la loi ont dessiné la notion d'Unité Economique et Sociale (UES) qui permet d'éviter les fraudes patronales visant à constituer plusieurs sociétés juridiquement distinctes et à affecter à chacune d'entre elles un nombre de salariés n'excédant jamais le seuil légalement établi, contournant ainsi l'obligation d'instaurer des institutions représentatives⁶. Ce dispositif apparaît alors fort similaire à celui établi

salariés (M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 40). La jurisprudence a souligné que la loi a pris l'option d'exclure les entreprises de moins de 6 salariés des élections syndicales (STS du 31 janv. 2001, Ar/2138. Voir pour approfondir, J. CABEZA PEREIRO, « Las elecciones a representantes unitarios en las pequeñas unidades productivas », *TS*, n° 155, 2003, p. 15).

¹ Art. 62.1 ET. En effet, cet article doit alors être mis en parallèle avec les articles 6.3 e) LOLS et 67.1 ET (également art. 2.1 RD 18844/1994) qui reconnaissent aux syndicats plus représentatifs la possibilité d'initier un processus électoral. Une interprétation stricte de l'article 62.1 ET conduirait alors à nier la vocation générale de ces syndicats dans ces entreprises laissant cette faculté uniquement aux salariés concernés. Le TC et le TS ont néanmoins combiné ces deux textes. Pour le premier, les syndicats plus représentatifs peuvent promouvoir des élections dont la célébration et la validité ne sont possibles que si elles s'accompagnent de la décision majoritaire des salariés prévue à l'article 62.1 ET. Cette décision d'acceptation de la majorité des salariés est alors largement interprétée puisque selon le TC, « *la decisión des trabajadores pourra se producir antes o después de la celebración de las elecciones [...et pourra] ser expresa o tácita* » (STC 36/2004 du 8 mars. Concrètement, la participation majoritaire des salariés aux élections vaut décision d'acceptation). Le TS opère quant à lui une différence entre la promotion des élections qui peut être d'origine syndicale et la célébration des élections (STS du 10 mars 2004, Rec. 2/2003). Pour approfondir, J. LAHERA FORTEZA, « Promoción electoral por los sindicatos más representativos en empresas o centros que cuenten entre 6 y 10 trabajadores (comentados a las STS 10 de marzo 2004 y STC 36/2004 de 8 de marzo) », *RL*, 2005-I, p. 643 et C. BLASCO PELLICER, op. cit., 1995, p. 37).

Dans tous les cas, il convient de retenir que les syndicats les plus représentatifs peuvent procéder à l'organisation d'élections dans ces entreprises sans attendre un accord majoritaire préalable des salariés.

² Une interprétation restrictive de la jurisprudence empêche de regrouper des centres de moins de 10 salariés pour permettre l'élection de DP (STS 31 janv. 2001, Ar/2138).

³ Art. 63.1 ET. Pour la doctrine, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 39.

⁴ Art. L.2312-1 CT. L'article L. 2312-4 CT prévoit néanmoins que dans tous les cas, « *dans les établissements employant moins de onze salariés, des délégués du personnel peuvent être institués par convention ou accord collectif de travail* ».

⁵ Article L. 2314-6 « *L'élection des délégués du personnel et celle des représentants du personnel au comité d'entreprise ont lieu à la même date. Ces élections simultanées interviennent pour la première fois soit à l'occasion de la constitution du comité d'entreprise, soit à la date du renouvellement de l'institution* ».

⁶ La reconnaissance de l'UES permet ainsi l'addition des effectifs de toutes les entreprises (voir notamment R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.*, 1979, p. 5 ; J. SAVATIER, « L'unité économique et sociale entre personnes

en droit espagnol¹. Néanmoins, une loi de 2010 vient rompre l'interdépendance de l'existence de représentants du personnel et de la prise en compte de la représentativité syndicale dans les TPE². En effet, comme nous l'avons vu antérieurement la représentativité au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel prend en compte les résultats d'un scrutin électoral organisé dans les entreprises de moins de 11 salariés³. Ce scrutin est organisé par l'Administration au niveau régional tous les 4 ans⁴. Le dispositif légal prévoit notamment les conditions à remplir pour être électeur⁵, les modalités d'établissement de la liste électorale⁶, les exigences relatives aux candidatures⁷, le déroulement du vote¹, les obligations de l'employeur² et les règles de

morales juridiquement distinctes », *Dr. soc.*, 1986, p. 11 ; du même auteur, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 944 et « Le contentieux de la reconnaissance d'une unité économique et sociale », *Dr. soc.*, 2007, p. 1248 ; G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 68).

¹ Soulignons que depuis les lois Auroux de 1982, le dispositif légal prend également en compte une hypothèse particulière qui conduit à l'organisation d'élections de DP, qualifiés de DP de site, alors même que les entreprises concernées n'atteignent pas chacune 11 salariés. Aux termes de l'article L. 2312-5 CT (anc. art. L. 421-1 al. 5), « dans les établissements employant habituellement moins de onze salariés et dont l'activité s'exerce sur un même site où sont employés durablement cinquante salariés et plus, l'autorité administrative peut, de sa propre initiative ou à la demande des organisations syndicales de salariés, imposer l'élection de délégués du personnel lorsque la nature et l'importance des problèmes communs aux entreprises du site le justifient ». En pratique ce DP peut être instauré dans des centres commerciaux, des galeries marchandes ou des zones industrielles ou artisanales (citons, par exemple, le DP de site du centre commercial à Lyon instauré en 2008).

Les conditions des élections sont définies par accord collectif ou, à défaut, par l'administration. Ces délégués de site fonctionnent de manière similaire aux DP sous réserve de certaines particularités et adaptations. Ils peuvent notamment négocier une convention qui sera applicable à l'ensemble des entreprises concernées mais dont le contenu demeure limité à des thèmes transversaux. Dans tous les cas, force est de constater qu'il s'agit d'un dispositif juridiquement lacunaire, spécialement quant aux missions de ces DP, et qui s'avère dans la pratique long et complexe à mettre en oeuvre (pour approfondir, Circ. DRT n° 5, 28 juin 1984 et n° 12 du 17 mars 1993).

² La loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 « complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 »

³ Voir supra, n° 122.

La question de l'instauration de représentants des salariés est par contre toujours sans réponse. Dommage que sous la pression des organisations patronales, MEDEF et CGPME, le texte final n'est pas intégré l'instauration facultative de commissions mixtes paritaires régionales qui, bien que dotées de peu de prérogatives, assureraient le suivi des conventions conclues et apportaient une aide en matière de dialogue social (ces commissions étaient ainsi envisagées dans l'article 6 du projet de loi). Voir *SSL*, 2010, n° 1456.

⁴ Le premier scrutin devra toutefois se célébrer, au plus tard, avant la fin 2012 pour pouvoir être intégré à la première liste d'organisations représentatives prévue en 2013.

⁵ Être salarié des entreprises qui emploient moins de 11 salariés au 31 décembre de l'année précédant le scrutin (ce qui se distingue du mode de calcul en matière de représentation du personnel, voir note supra) ; être titulaire d'un contrat de travail au cours de ce mois de décembre ; être âgé de 16 ans révolus ; ne faire l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques.

⁶ Celle-ci sera établie par l'autorité administrative compétente ; les électeurs seront inscrits dans deux collèges (« cadres » et « non cadres ») en fonction des informations relatives à l'affiliation à une institution de retraite complémentaire portées sur les déclarations sociales des entreprises, dans des conditions fixées par décret.

⁷ Pourront se déclarer candidats auprès des services du ministre chargé du travail, dans des conditions fixées par décret, les organisations syndicales de salariés qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins 2 ans et auxquelles les statuts

compétence en cas de contestation³. La réalité et l'effectivité pratique de cette procédure électorale peuvent néanmoins être mises en doute et demeurent fondamentalement conditionnées par l'attitude des employeurs et la mobilisation syndicale et celles des salariés⁴.

131. En définitive, tous ces inconvénients sont essentiellement liés à la perspective interne des élections professionnelles. En effet, abordés du point de vue de l'institution de représentants élus dans l'entreprise, ils trouvent une justification raisonnable et objective. Néanmoins force est de constater qu'ils portent un préjudice certain à la légitimité de ce scrutin envisagé dans une perspective externe ou syndicale.

Paradoxalement, la dimension externe des élections professionnelles affecte également et à l'inverse, l'objectivité des résultats qui permettent d'élire les représentants des salariés dans l'entreprise.

b) Un processus électoral dénaturé : la syndicalisation des élections professionnelles

132. Le phénomène de syndicalisation des élections professionnelles peut être envisagé sous plusieurs perspectives. Nous nous attacherons ici à l'analyse des dispositifs légaux régulant le processus électoral afin de souligner les aspects qui tendent à y renforcer la place des syndicats⁵. Du fait de sa tradition historique liant la

donnent vocation à être présentes dans le champ géographique concerné, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel. Les salariés auront à se prononcer non sur des noms de candidats mais sur des sigles syndicaux (art. L. 2122-10-4 CT).

¹ Celui-ci se déroulera par voie électronique et par correspondance, dans des conditions qui seront déterminées par décret (art. L. 2122-10-7 CT), de sorte que les entreprises concernées n'aient pas à se préoccuper de l'organisation matérielle du scrutin. Ce décret précisera également les modalités de l'information délivrée aux salariés. Lorsqu'il n'en dispose pas, l'employeur n'aura pas l'obligation de mettre à la disposition des salariés le matériel informatique permettant le vote par voie électronique. L'entreprise devra laisser aux salariés le temps nécessaire pour voter depuis leur lieu de travail, tout en garantissant la confidentialité du scrutin. Si le scrutin a lieu pendant les horaires de travail, le temps consacré au vote sera traité comme du temps de travail (art. L. 2122-10-9 CT).

² A l'égard des salariés désignés dans le cadre de ce scrutin en tant qu'assesseur, délégué et mandataire des organisations syndicales candidates, l'employeur devra leur laisser le temps nécessaire pour remplir leurs fonctions (art. L. 2122-10-10 CT).

³ Le juge judiciaire sera compétent pour connaître des contestations relatives au déroulement des opérations électorales, dans des conditions fixées par décret.

⁴ Dans tous les cas, l'insistance du gouvernement pour assurer que cette procédure ne crée aucune charge supplémentaire pour les entreprises, n'est pas encourageante.

⁵ D'un autre côté la syndicalisation des élections professionnelles garantit une présence syndicale importante dans les organes de représentation du personnel et conduit à s'interroger sur les connexions entre le droit syndical et le comité d'entreprise (voir infra, n° 213).

mesure de la représentativité syndicale et les élections professionnelles, le droit espagnol est particulièrement sensible à ce phénomène qui est de plus accentué par la prédominance accordée aux syndicats reconnus plus représentatifs. La conversion de l'audience électorale en critère central de la représentativité syndicale a toutefois conduit les juges français à changer leur perspective des élections professionnelles¹, notamment au travers des circonstances entourant les causes d'annulation des élections² et de la restauration du pourvoi en cassation dans le contentieux préélectoral³.

Suivant un ordre chronologique, nous aborderons successivement la procédure de convocation des élections, les conditions de présentation des candidatures et enfin les modalités de décompte des voix⁴.

133. La détermination des sujets habilités à convoquer les élections ne répond pas à la même logique en droit français et en droit espagnol.

En Espagne, aux termes de l'article 67.1 al.1 ET, « *les travailleurs du centre de travail par accord majoritaire* »⁵, les syndicats « *qui comptent sur un minimum de 10% des représentants dans l'entreprise* »⁶ et les syndicats plus représentatifs¹ peuvent convoquer les élections dans l'entreprise ou le centre de travail.

¹ P.H. ANTONMATTEI, « Brèves observations sur la jurisprudence relative au titre I de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », in *Les rencontres de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Mars 2011*, Paris, Dalloz, 2011, p. 157.

² Cass. Soc. 13 janv. 2010, n° 09-60.203, *Bull. civ. V*, n° 7. Les juges affirment qu'« *attendu qu'à moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultats des élections ou depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical* ».

³ Cass. Soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.535, *Bull. civ. V*, n° 195. Les juges considèrent que « *les nouveaux enjeux attachés aux élections professionnelles par la loi du 20 août 2008 ont incité à une nouvelle réflexion et montré la nécessité de permettre le pourvoi immédiat en matière préélectorale pour s'assurer, dans les meilleurs délais, de la régularité du processus électoral* ».

⁴ Indépendamment du dispositif légal, la centralité de l'audience électorale en matière de mesure de la représentativité constitue un avantage indéniable pour les grands syndicats qui, lors des campagnes électorales, possèdent une capacité financière et un éventail de moyens matériels et humains qui les place dans une situation privilégiée par rapport aux autres syndicats.

⁵ L'intervention des travailleurs vise alors à pallier une éventuelle passivité des syndicats (STC 57/1989). L'exigence majoritaire a été interprétée strictement par la jurisprudence puisque les juges ont estimé qu'une majorité absolue, appréciée lors d'une assemblée régulière par les règles encadrant le droit de réunion, était nécessaire (art. 77 ET s.; voir dans ce sens, STSJ d'Andalousie-Malaga du 8 mai 1992, AS/2583). Pour approfondir, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 96. Notons que cette position contraste avec celle adoptée par les juges relative à l'instauration de DP dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 6 et 10 salariés (voir supra, n° 130, note).

⁶ Ou le centre de travail si le processus électoral est enclenché à ce niveau (dans ce sens, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 95). Si l'entreprise est composée de plusieurs centres de travail et que les élections visent l'ensemble de l'entreprise, la doctrine est divisée. Pour certains, il convient d'opérer une interprétation stricte qui conduit à une appréciation au niveau de

Dans la pratique, deux points ont conduit à donner aux syndicats plus représentatifs un rôle décisif en la matière. D'une part, l'organisation de premières élections dans un cadre considéré revient largement aux syndicats plus représentatifs puisque, par hypothèse, il n'existe pas de représentations du personnel permettant de mesurer la représentativité des syndicats dans l'entreprise².

D'autre part, l'article 67.1 al.3 ET, introduit par la réforme de 1994, établit une procédure d'« *organisation d'élections de manière généralisée dans un ou plusieurs champs fonctionnels et territoriaux* »³ qui peut être mise en œuvre uniquement par « *accord préalable majoritaire entre les syndicats plus représentatifs ou représentatifs* » dans le champ d'application de l'accord considéré⁴. Il ressort de ces dispositions que les syndicats suffisamment représentatifs et, spécialement, les syndicats plus représentatifs⁵, possèdent la mainmise sur l'initiation d'un processus électoral⁶. Dès

chaque centre (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1987, p. 35). D'autres auteurs considèrent toutefois que le pourcentage doit être apprécié au niveau de l'ensemble de l'entreprise (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et T. SALA FRANCO, « Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral « sindical », *AL*, 1987-I, p. 339 ; M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 95). Nous adhérons à cette dernière position.

¹ Art. 6.2 et 7.1 LOLS.

² Le TC a admis ce traitement de faveur aux organisations plus représentatives arguant une exigence d'efficacité et le danger d'atomisation (STC 164/1992 du 26 oct., STC 76/2001 du 26 mars). Plusieurs auteurs ont néanmoins souligné que le principe d'égalité syndicale devrait conduire à admettre que les syndicats reconnus suffisamment représentatifs dans un cadre territorial et fonctionnel spécifique puissent également convoquer des élections dans les entreprises comprises dans ce cadre et ce, en vertu de l'article 7.2 LOLS, (dans ce sens, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 93).

³ Plusieurs niveaux territoriaux (local, départemental, régional, étatique) et professionnels (intersectoriels ou sectoriels) sont possibles, pouvant de plus se combiner librement.

⁴ Le décompte de la majorité se détermine en fonction de l'audience électorale de chacune d'elles dans le cadre considéré (art. 2.4 et 6.2 RD 1844/1994 et 1846/1994 respectivement). Cette modalité proportionnelle de décompte de la majorité est plus favorable aux syndicats plus représentatifs au niveau étatique (pour approfondir, H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 27 s. et J. MATÍA PRIM, loc. cit., 1994, p. 222 ; M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 106). Antérieurement dans l'absence de régulation légale, ce type de procédure généralisée avait provoqué la dénommée « guerre des préavis » lors des élections de 1990. La jurisprudence avait admis la validité des préavis globaux (SAN 27 août 1990 et STS du 11 avril 1991. Pour la doctrine, F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 213 et B. VALDÉS DE LA VEGA, « Promoción de elecciones sindicales: un punto negro en el proceso electoral », *RL*, 1992-I, p. 437).

⁵ Ces derniers peuvent en effet convoquer des élections « à tous les niveaux territoriaux et fonctionnels ». Dès lors, ils n'ont pas à démontrer préalablement leur représentativité (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 107). Par conséquent, un tel syndicat peut convoquer des élections sans même être *implanté* dans le cadre considéré (H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 19). Cela aboutit également à un monopole des syndicats plus représentatifs pour convoquer pour la première fois des élections. L'intervention des syndicats plus représentatifs qui accompagne la décision majoritaire des salariés dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 6 et 10 travailleurs représente une preuve supplémentaire des privilèges de ces syndicats (voir supra, n° 130, note).

⁶ Le TC a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que la convocation des élections intègre le contenu additionnel de la liberté syndicale (voir parmi une jurisprudence abondante, STC 9/1988 du 25 janv. et STC 76/2001 du 26 mars).

En marge de cette question, il convient de noter que la position de force des syndicats reconnus représentatifs et notamment des plus représentatifs, se retrouve également lors de la campagne électorale précédant la votation. En effet, ces syndicats possèdent un avantage économique incontestable qui est, de

lors, sachant qu'a l'issu de leur mandat, en l'absence d'elections, les representants elus sont maintenus, l'existence de conditions electoralistes conjoncturelles favorables represente une variable decisive pour les syndicats habilites a convoquer des elections et a etabli le preavis electoral¹. Ce cadre normatif favorise alors fortement l'immobilisme du paysage syndical puisqu'il permet aux syndicats plus representatifs de maintenir leur position et constitue « *en definitive ce qui serait une manifestation supplementaire de la subordination des institutions representatives dans les entreprises aux objectifs des organisations syndicales* »².

En France, au contraire, la convocation d'elections incombe a l'employeur et peut etre reclamee par un salarie ou par un syndicat³. L'employeur doit alors informer les organisations syndicales presentes dans l'entreprise de l'organisation des elections des representants du personnel⁴ et les inviter a negocier le protocole preelectoral¹. Le

plus, renforce par la loi qui leur reconnaît par exemple le droit de disposer d'un tableau d'annonce (pour approfondir, H. ALVAERZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 31 ; M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 162).

¹ Dans cet ordre d'idée, la possibilité de ne pas obtenir de représentants élus n'encourage pas les syndicats à convoquer des élections. L'intérêt des syndicats prime donc sur l'intérêt des salariés de l'entreprise de voir se constituer une représentation élue. La doctrine s'est alors montrée critique envers cette option, estimant que « *toutes les organisations légalement constituées* » devraient également pouvoir convoquer des élections sachant « *que les résultats à ces élections sont ceux qui servent à attribuer la qualité de plus représentatif ou de représentatif dans le cadre spécifique considéré* » (dans ce sens, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 97). Dans le même sens, ont été formulées des critiques relatives au droit reconnu à l'ensemble des syndicats habilites à convoquer des élections, d'accéder aux registres des Administrations publiques afin de connaître les effectifs des entreprises (art. 67.1 ET. Pour une vision critique, M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS, « Art. 67. Promoción de elecciones y mandato electoral » in *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 1998, p. 759). Ecartant ces arguments, le TC a validé l'ensemble du dispositif concrétisant les privilèges de certains syndicats (voir par exemple, STC 57/1989 du 16 mars, 98/1985 du 29 juill. et 76/2001 du 26 mars).

En ce qui concerne le préavis électoral, la problématique centrale tourne autour de son intégration ou non dans la matière électorale et consécutivement à la détermination des voies de contestation possibles (pour approfondir, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « La impugnación de elecciones. ¿Ha de tramitarse por el procedimiento arbitral? », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 81; M. FALGUERA BARÓ, « El marco legal y reglamentario regulador de los comicios sindicales. Su desarrollo práctico », in *Derecho Sindical. Elecciones Sindicales (nuevo marco normativo): Sentencias*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 205).

² M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 91. Dans le même sens, s'était prononcé antérieurement F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 1986, p. 216.

³ L. 2314-2 CT : « *l'employeur informe tous les quatre ans le personnel par affichage de l'organisation des élections* ». Article L. 2314-4 : « *Lorsque, en l'absence de délégués du personnel, l'employeur est invité à organiser des élections à la demande d'un salarié ou d'une organisation syndicale, il engage la procédure définie aux articles L. 2314-2 et L. 2314-3 dans le mois suivant la réception de cette demande* » (pour le comité d'entreprise, voir L. 2324-3 et L. 2324-5 CT).

⁴ Jusqu'à la loi du 20 août 2008, l'employeur n'était obligé d'informer et d'inviter que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Désormais, il doit informer et inviter toutes les organisations syndicales qui, sans être représentatives, remplissent les critères suivants : respecter les valeurs républicaines et l'indépendance, l'ancienneté de deux ans depuis le dépôt des statuts et s'être constituées dans un champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise ou l'établissement concerné.

dispositif tend à renforcer l'égalité syndicale, contrairement au dispositif espagnol, mais fait persister le risque de voir l'employeur faire coïncider certains aléas de la vie de l'entreprise, plus ou moins favorables à ces intérêts ou à ceux de syndicats déterminés, avec l'organisation d'élections².

134. Quant à la présentation des candidatures, le droit espagnol a, de manière constante, reconnue à tous les syndicats « *légalement constitués* » le droit de se présenter³. Dans le même temps, les conditions dans lesquelles un salarié indépendant peut présenter sa candidature en marge de toute structure syndicale sont restrictives et encouragent le rattachement à un syndicat⁴. En France, le mode de scrutin a été

L'employeur satisfera son obligation d'information et d'invitation par voie d'affichage pour les organisations syndicales et par courrier pour les organisations syndicales représentatives (Art L. 2314-3 CT pour les élections de DP et L. 2324-4 CT pour les élections au comité d'entreprise.

¹ La loi de 2008 a procédé à l'adaptation des règles de conclusion du protocole électoral aux nouvelles règles de représentativité. Aux termes de l'article L. 2324-4-1, « *la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise* ». Précisons néanmoins que certaines clauses du protocole doivent être signées à l'unanimité (art. L. 2324-12 CT : les clauses du protocole préélectoral qui prévoiraient une modification du nombre et de la composition des collèges électoraux devraient être signées « *par toutes les organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise* »).

Pour une étude des implications de la loi de 2008 quant à la négociation des accords préélectoraux, voir G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 13 ; F. PETIT, loc. cit., 2010, p. 640 ; P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2009, p. 652. Ce dernier regrette que la nouvelle régulation de l'accord préélectoral constitue « *un nid à contentieux* » alors que « *les élections sont appelées à devenir le point d'ancrage des relations collectives dans l'entreprise* ». Voir également pour approfondir, bien qu'antérieurement aux dernières réformes : A. SUPIOT, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.*, 1988, p. 115 ; G. BORENFREUND, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in *Mélanges J.PELISSIER*, Paris, Dalloz, 2004, p. 93 et C. BARBEROT, « Accord préélectoral, organisations syndicales à inviter à la négociation », *RJS*, 2002, p. 807.

² J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 891. L'auteur évoque par exemple, l'inopportunité pour un employeur de négocier une procédure de licenciement collectif quelques mois avant le déroulement d'élections évitant ainsi de radicaliser certaines positions syndicales. A l'inverse, l'employeur peut favoriser le poids d'un syndicat *conforme à ses attentes* en organisant un processus électoral postérieurement à la conclusion avec ce syndicat d'une convention *ponctuellement* favorable aux salariés.

³ Cette option se fonde directement sur les dispositions de l'article 28.1 CE proclamant la liberté syndicale et se trouve prévue à l'article 69.3 ET. Pour la jurisprudence, voir STC 51/1988 du 22 mars; pour la doctrine, voir M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 148.

Peuvent également se présenter des coalitions de syndicats « *qui devront avoir une dénomination concrète* » et prévoir les modalités d'attribution des résultats.

⁴ Le salarié doit en amont réunir un nombre de signatures de salariés qui équivaut au moins à trois fois le numéro de postes à couvrir (art. 69.3 ET. Le RD 1844/1994 prévoit de plus en son article 8.1 que le candidat doit présenter l'identification et les signatures des salariés qui approuvent la candidature (C. BLASCO PELLICER, op. cit., 1995, p. 105). Pour approfondir sur la présentation de candidatures, J. CRUZ VILLALÓN, « Presentación y proclamación de candidaturas », in *Aspectos conflictivos de la elecciones sindicales*, Coord. M.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006 (a), p.158.

fortement modifié par la réforme de 2008. Tout en maintenant un scrutin à deux tours¹, l'accès au premier tour n'est plus exclusivement réservé aux syndicats représentatifs². Désormais, peuvent également présenter des listes de candidats au premier tour, les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné³. Notons également que les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel sans être représentatifs ou présents dans l'entreprise peuvent présenter des candidatures⁴.

D'un point de vue comparatif, on observe sur ce point un alignement du dispositif français sur la position espagnole puisqu'il renforce l'égalité des listes syndicales lors des élections professionnelles. Néanmoins, le droit espagnol n'imposant pas de restrictions particulières, notamment d'ancienneté, apparaît plus respectueux du principe de liberté syndicale mais également des salariés dont la liberté de choix n'est pas limitée par une intervention légale. Dans tous les cas, le mode de présentation des candidatures favorise largement la présence syndicale dans les organes de représentations élus.

135. Le dernier point qu'il convient d'aborder concerne l'assiette de calcul de la représentativité syndicale. En Espagne, indépendamment du niveau considéré, la jurisprudence a rappelé que la représentativité est mesurée en fonction du « *pourcentage de délégués du personnels et des membres des comités d'entreprise obtenu par chaque organisation syndicale lors des élections aux organes de représentation légale des travailleurs dans l'entreprise* »⁵. En France, la loi prévoit que la représentativité se

¹ Un second tour est organisé si le nombre de votants est inférieur à la moitié des électeurs. Celui-ci permet alors aux « *listes autres que celles présentées par une organisation syndicale* », notamment aux candidatures de salariés indépendants de participer au processus électoral.

² Une multiplication des listes syndicales est dès lors prévisible.

Avant la loi du 20 août 2008, seules les listes des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement pouvaient se présenter au premier tour (anc. art. L. 423-14 al.2 CT et L. 433-10 CT). Pour approfondir, J.M. VERDIER, loc. cit., 1978, p. 263 ; Cass. Soc. 13 sept. 2005, *Dr. soc.*, 2006, p. 235, obs. P.Y. VERKINDT.

³ Art. L. 2314-24 CT.

⁴ Contrairement à la reconnaissance de la représentativité (voir infra, n° 197), l'affiliation continue de jouer en cette matière.

⁵ STS du 17 oct. 1994, Ar/8053 et STS du 20 déc. 1995, Ar/9841.

mesure par rapport aux « *suffrages exprimés au premier tour des dernières élections [...] quelque soit le nombre de votants* »¹.

Alors que la loi française procède à une instrumentalisation du premier tour de ces élections qui est réservé aux syndicats, le dispositif espagnol lie de manière directe le mode de scrutin des élections professionnelles à la mesure de la représentativité. Le nombre de voix obtenues par chaque liste présentée par les syndicats n'est donc pas directement pris en compte. La représentativité est uniquement appréciée par rapport au nombre total de représentants obtenus².

Il convient alors de souligner que cette option n'est pas neutre quant à l'appréciation de la représentativité syndicale. Conformément aux articles 70 et 71 ET complétés par l'article 12 du RD 1844/1994, les élections de DP sont régulées par le système majoritaire³ alors que pour les élections au comité d'entreprise est appliqué le système proportionnel⁴. Incontestablement, l'utilisation de quotients inhérents au système proportionnel produit d'importantes distorsions qui se répercutent au niveau de

¹ Art. L. 2122-1, L. 2122-5 et L. 2122-9 CT.

La loi n'a pas défini la modalité de décompte des « *suffrages exprimés* » recueillis par chaque syndicat. Doit-il s'effectuer par rapport à chaque liste de manière absolue, par rapport à la moyenne des suffrages exprimés pour chaque liste ou par l'addition des suffrages recueillis par chaque candidat figurant sur une liste. Pour une position doctrinale favorable à cette dernière modalité, voir G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 72. Les auteurs soulignent qu'il appartiendra dans tous les cas au juge de se prononcer sur ce point.

La question des listes communes est par contre explicitement régulée. Aux termes de l'article L. 2122-3 CT, « *lorsqu'une liste commune a été établie par des organisations syndicales, la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste. A défaut d'indication, la répartition des suffrages se fait à part égale entre les organisations concernées* ».

² La mention du sigle du syndicat auquel est affilié le candidat revêt alors une importance particulière. Selon l'article 71.2.a). ET, « *dans chaque liste devront figurer les sigles du syndicat ou groupe de travailleurs qui la présentent* ». Cette précision doit permettre de pouvoir assigner de manière efficace et directe les votes à un syndicat pour mesurer son poids électoral et d'éviter des problèmes d'interprétation en cas de coalitions électorales ou de listes comportant syndiqués et indépendants. En cas de listes de syndicats affiliés, qui se présentent sous leurs propres sigles, la confédération syndicale, s'il est établi entre eux « *un lien organique* » (STC 198/87 du 24 nov. 1987), pourra exiger que les votes de ses syndicats confédérés entrent en compte pour mesurer sa représentativité (STS (Cont.-Adm.) du 25 mars 1990). Pour approfondir, F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 216.

³ Art. 70 ET. Il s'agit d'un système majoritaire de listes ouvertes. Chaque électeur peut voter pour autant de candidats qu'il existe de postes à pourvoir. Les candidats qui reçoivent le plus de votes seront alors élus (en cas d'égalité, le candidat ayant le plus d'ancienneté dans l'entreprise sera élu).

⁴ Art. 71.2 b ET ; M^a.J. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 174.

Le dispositif français retient un système proportionnel indépendamment des élections. Aux termes des articles L. 2314-24 pour les DP et L. 2324-22 CT pour le comité d'entreprise, « *le scrutin est de liste à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne* » (voir également R. 2314-22, R. 2314-23, R. 2314-24 pour les DP et R. 2324-18, R. 2324-19, R. 2324-20 pour le comité d'entreprise). Les postes sont par conséquent répartis entre les listes de candidats en fonction de la moyenne des suffrages recueillis par chaque liste. Les candidats sont proclamés élus dans l'ordre de présentation (Cass. Soc. 3 mars 1993, RJS, 4/93, n° 427). Les listes peuvent être incomplètes mais ne peuvent comporter un nombre de candidats supérieur au nombre de sièges à pourvoir (Cass. Soc. 27 oct. 1999, RJS, 12/99, n° 1477).

la représentativité syndicale, favorisant les plus grands syndicats¹. Prévoyant la constitution de listes fermées et complètes pour les élections du comité, le dispositif espagnol renforce une nouvelle fois la dimension syndicale des élections². Un autre élément fausse également la mesure de la représentativité. L'ET prévoit en effet qu'un syndicat doit au moins obtenir 5% de votes dans chaque collège pour prétendre obtenir un représentant³. Cette disposition interfère donc sur la mesure de la représentativité syndicale puisqu'elle favorise la concentration des votes sur certains syndicats, compromet fortement l'essor de petits syndicats ou de syndicats catégoriels et conduit à la non-prise en compte du vote de certains salariés⁴.

Le dispositif français qui distingue clairement le mode de répartition des postes aux élections et le mode de mesure de la représentativité apparaît plus satisfaisant sur ce point, permettant de refléter plus fidèlement le vote des salariés comme mesure de la représentativité syndicale. Néanmoins, l'éventuelle organisation d'un second tour afin d'élire les membres du comité ou les délégués du personnel peut conduire, en réalité, à fausser l'appréciation de la représentativité syndicale. Se mélangent alors une nouvelle fois les deux visages des élections professionnelles. En effet, l'organisation d'un second tour, qui ne se rapporte qu'aux élections des représentants du personnel, est nécessaire lorsque le quorum au premier tour n'a pas été atteint. Un salarié désirant voir se convertir en représentant du personnel de l'entreprise un candidat indépendant qui pourra alors se présenter, ne participera donc pas au premier tour espérant que le quorum ne soit pas atteint. En définitive, le salarié devra donner priorité ou bien à l'élection des représentants du personnel ou bien à la mesure de la représentativité syndicale.

D'autre part, le nouveau dispositif prévoit que l'appréciation des résultats au premier tour s'effectue « *quelque soit le nombre de votants* ». Antérieurement la jurisprudence avait estimé que « *lorsque le quorum [...] n'est pas atteint au premier*

¹ Tout d'abord est déterminé le nombre de voix recueillies par chaque liste (par l'addition des voix obtenues par chaque liste divisée par le nombre de candidats de la liste). Ensuite est attribué à chaque liste autant de sièges que le nombre de ces voix contient de fois le quotient électoral (calculé en divisant le nombre de suffrages valablement exprimés par le nombre de sièges à pourvoir). S'il reste des sièges, ils sont attribués à la plus forte moyenne (M. FALGUERA BARÓ, loc. cit., 1996, p. 164; STSJ du Pays Basque 11 janv. 2000, Ar/3259). Pour une critique du système proportionnel en matière de mesure de la représentativité, H. ÁLVAERZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 33; M^aJ. ROMERO RODENAS et G. PÉREZ BORREGO, op. cit., p. 174.

² Au vu du dispositif, le Professeur RODRÍGUEZ-SAÑUDO estime que lors de élections de DP, les salariés votent des personnes alors que lors de l'élection du comité, les salariés élisent des syndicats (« La reforma del Título II del Estatuto de los trabajadores », DL, n° 14, 1984, p. 18).

³ Art. 71.1 b) ET.

⁴ H. ÁLVAERZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 35.

tour des élections professionnelles à la proportionnelle, il n'y a pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de chacune des listes syndicales »¹. Une abstention importante au premier tour des élections professionnelles empêchait donc de mesurer l'audience syndicale². La précision introduite par la loi de 2008 fait disparaître cette jurisprudence et implique que dorénavant, il faudra dépouiller les résultats du premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, même si le quorum n'est pas atteint, afin de déterminer la représentativité syndicale et plus loin les majorités syndicales³. Au regard des considérations antérieures, force est de constater que les conditions d'appréciation de la représentativité syndicale au premier tour ne sont que partiellement satisfaisantes si elles ne prennent en compte en réalité qu'un nombre de votes limité. Le Professeur MAZEAUD souligna dans ce sens, qu'il ne faut pas confondre « *la légitimité électorale avec l'audience électorale au premier tour* »⁴.

136. En guise de conclusion sur les carences des élections professionnelles pour mesurer la représentativité syndicale, il convient de souligner que les dispositifs légaux ne prennent pas en compte la double dimension de ces élections qui restent logiquement régulées sur la base de leur fonction originaire. Ce constat est empreint d'une certaine logique en droit français dans lequel l'objet des élections professionnelles s'est traditionnellement centré sur la représentation du personnel de l'entreprise. Néanmoins, depuis l'introduction en force du critère de l'audience électorale en matière de représentativité syndicale, ces élections ont incontestablement un nouvel objet que les salariés devront rapidement intégrer au regard des conséquences sur le paysage syndical⁵. En droit espagnol, le lien entre les élections professionnelles et la mesure de

¹ Arrêt Adecco, Cass. Soc. 20 déc. 2006, *Dr. soc.*, 2007, p. 457. Cet article a été fortement critiqué par la doctrine, voir par exemple B. BOUBLI, « Retour sur l'arrêt Adecco : un tour d'horizon nécessaire », *SSL*, 2007, n° 1302, p. 5 ; P.H. ANTONMATTEI, « Négociation collective : un bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. soc.*, 2007 (b), p. 459. En effet, le quorum est un concept de droit électoral dont l'instrumentalisation en matière de négociation collective est contestable (P.Y. VERKINDT, « Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles=carence. A propos de l'arrêt Adecco », *Dr. soc.*, 2007, p. 455).

² En assimilant dans le silence de la loi le défaut de quorum à une carence, cette jurisprudence conduisait alors à subordonner la validité des accords d'entreprise conclus avant l'entrée en vigueur de la loi à l'approbation de la majorité des salariés.

³ Cette précision légale ne fait toutefois pas disparaître tous les effets de cette jurisprudence, voir *infra*, n° 175.

⁴ A. MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. soc.*, 2009, p. 670.

⁵ J.E. RAY, « A propos de l'audience électorale », *Liaisons soc. Magazine*, sept. 2008 (b), p. 60.

la représentativité syndicale est quasiment constitutif du système¹. Alors que le dispositif légal tend à prendre en considération la fonction originaire de ces élections, la pratique a toutefois conduit à convertir ces élections en véritables élections syndicales soulevant des craintes justifiées de politisation du syndicalisme². Reste alors à savoir si le droit français empruntera la même voie.

Quoi qu'il en soit, il ressort de ces développements que les deux fonctions des élections professionnelles sont difficilement compatibles. Il est certes possible de soutenir qu'un équilibre a été atteint. Néanmoins, une réforme légale visant à distinguer deux élections dont les objets sont forts différents, constitue incontestablement la seule voie permettant de mettre fin à ces difficultés³.

2. L'opportunité de recourir à des critères supplémentaires?

137. En marge de l'audience électorale, il est certain que plusieurs autres critères peuvent être envisagés afin de mesurer la représentativité des syndicats. Les positions des deux droits divergent profondément sur ce point. En effet, dès l'apparition de la notion de représentativité, le droit français a établi une liste de plusieurs critères dans lesquels l'audience électorale n'était pas, par ailleurs, le critère central. Au contraire, le dispositif espagnol a opté pour attribuer un caractère exclusif et unique au critère de l'audience électorale.

Ce cadre nous conduit alors à distinguer les problématiques existantes dans chaque dispositif. En Espagne, le caractère exclusif du critère de l'audience électorale a provoqué un débat doctrinal relatif à la portée du concept jurisprudentiel d'implantation syndicale et à son éventuelle mise en œuvre afin de suppléer l'absence de résultats électoraux. En France, la prévision légale d'autres critères de mesure de la

¹ Dans ce sens, la doctrine évoque non pas l'expression d'*élections professionnelles* mais celle d'*élections syndicales*.

² Comme l'écrit le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, les élections établissent « *un processus de concurrence* », dans lequel les syndicats sont amenés à transmettre un message propre favorisant la division syndicale (loc. cit., *RL*, 1986-II, p. 33). Notons cependant l'unité actuelle des deux grandes confédérations syndicales espagnoles.

³ L'indépendance de ces deux procédures pourrait toutefois se combiner avec leur concomitance. Notons qu'en France, la loi de 2004 permettait aux négociateurs de branche d'organiser des élections de représentativité au sein des branches (voir infra, n° 314). La loi de 2008 abandonna néanmoins cette possibilité. Ont été également évoquées les élections prud'homales (sorte de référendum social au suffrage universel avec 16,4 millions électeurs d'inscrits). Cependant, l'inconvénient majeur de ces élections réside dans leur incapacité à prendre en compte la représentativité syndicale dans les cadres réduits et de déconnecter la représentativité de l'action syndicale dans ces cadres (G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (a), p. 361).

représentativité appelle dès lors à aborder leur articulation avec l'audience électorale, notamment en matière de négociation collective.

a) L'inapplication du critère d'implantation syndicale en Espagne

138. L'application exclusive du critère de l'audience électorale pour mesurer la représentativité syndicale a naturellement produit de nombreux dysfonctionnements en cas d'absence de résultats électoraux¹. L'introduction du critère de l'implantation syndicale qui pourrait intervenir en cas d'impossibilité d'utiliser le critère de l'audience a alors été proposée. La notion d'implantation est néanmoins chargée d'ambiguïté et se déploie sur deux dimensions².

Son origine se situe dans la jurisprudence du TC antérieure à la LOLS, en matière d'exercice du droit de grève et de déclenchement de conflits collectifs³. L'implantation « *se configure comme une alternative au cadre technico-juridique de la représentativité [...comme] une condition qui habilite pour l'exercice d'activités représentatives déterminées comme l'exercice du droit de grève et fondamentalement pour la mise en œuvre de conflits collectifs* »⁴. Elle se présente alors comme une qualité autonome à la représentativité qui permet de compenser le difficile accès à la qualité de représentatif lors de la transition démocratique favorisant ainsi l'intervention et le renforcement des syndicats auprès des salariés⁵. Les juges constitutionnels se sont néanmoins gardés de définir ce concept, d'en fixer les éléments objectifs⁶. Selon l'expression « *la plus étendue* », le syndicat implanté correspond à celui qui n'a pas

¹ Le Professeur NAVARRO souligne son « *caractère hégémonique* » (op. cit., 1993, p. 207).

² Le Professeur VALDÉS écrit dans ce sens que ce « *concept aux contours diffus et de contenu ambigü* » n'est pas envisagé dans un sens « *uniforme et convergent* » par la jurisprudence et la doctrine (loc. cit., 1993, p. 93-94).

³ La représentativité n'était à ce moment régulée par l'ET qu'en matière de négociation collective et de participation institutionnelle (voir supra, n° 105). Les juges ont dès lors dû intervenir afin de déterminer quels syndicats pouvaient agir en matière de droit de grève (STC du 11/1981 du 8 avril qui établit le critère de « *la notoire implantation du syndicat* ») et en matière de conflit collectif (STC 70/1978 du 29 nov. ; STC 37/1983 du 11 mai ; STC 59/1983 du 6 juill., STC 74/1983 du 30 juill. qui évoquent l'« *implantation suffisante* » du syndicat). On retrouve également cette notion dans les accords collectifs conclus lors de la transition démocratique. L'accord cadre interprofessionnel (AMI) de 1980 prévoyait l'attribution de certains droits aux syndicats « *convenablement implantés* ». Pour approfondir, voir notamment J. GARCÍA MURCIA, op. cit. 1987, p. 95).

La création du concept d'implantation répond en définitive à l'absence de régime légal de la représentativité syndicale qui n'a été défini qu'en 1985 par la LOLS.

⁴ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 234.

⁵ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1993, p. 93-94

⁶ A. MONTOYA MELGAR, « El sindicato más representativo en la LOLS y la Sentencia del Tribunal constitucional 98/1985 », *AL*, 1986-I, p. 486.

atteint les 10% d'audience tout en possédant des représentants élus et celui qui, n'ayant pas de représentants, accrédié des travailleurs affiliés dans le cadre considéré¹.

En matière de négociation collective, la représentativité est, dès l'entrée en vigueur de l'ET, la qualité légale incontournable pour accéder à la négociation collective statutaire. Dès lors, l'implantation ne peut se considérer comme une qualité alternative à la représentativité en matière de négociation collective.

Surgit alors la deuxième acceptation de la notion d'implantation qui s'entend ici comme un critère alternatif à l'audience électorale, permettant de reconnaître le caractère représentatif d'un syndicat et donc son accès à la négociation d'une convention statutaire². Au niveau sectoriel, un syndicat est considéré suffisamment représentatif dès lors qu'il atteint un seuil électoral fixé à 10% des représentants unitaires dans le champ d'application de la convention. L'implantation pourrait ainsi jouer dans deux cas : d'une part si le syndicat est crédité d'une audience électorale inférieure mais proche à 10% ou d'autre part, si l'absence d'élections dans le secteur empêche de mesurer l'audience d'un syndicat.

Lorsque sont disponibles des résultats électoraux dans le cadre considéré, la jurisprudence est ferme et affirme que le syndicat qui n'atteint pas les seuils fixés ne peut être considéré comme représentatif ce qui l'empêche, par conséquent, de se prévaloir de la légitimation initiale. Les juges ont ainsi rappelé que les règles de légitimation sont d'ordre public absolu³.

L'absence de résultats électoraux dans un secteur constitue une situation distincte dans laquelle le recours au critère de l'implantation peut présenter un certain intérêt. Un arrêt rendu dans le secteur taurin a permis d'apporter des éléments de réponse. L'Audience Nationale a tout d'abord admis qu'en l'absence de résultats électoraux, l'implantation des syndicats signataires appréciée par rapport au nombre d'affiliés pouvait constituer l'élément déclencheur de la légitimation de négociation⁴. Le

¹ M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 185. Voir également STC 70/1982 du 29 nov., 37/1983 ou 184/1987. La doctrine a de plus relevé que « *cette absence de critères stables pour mesurer l'implantation laisse aux juges une grande marge d'appréciation des critères mentionnés mais également d'autres qui pourraient s'apprécier dans le cas concret comme celui de l'activité syndicale développée, l'existence de sections syndicales ou le nombre de conventions négociées* » M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., 1999, p. 68 ; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 93-94.

² La notion d'implantation syndicale a, d'autre part, été avancée par un secteur doctrinal afin de corriger les effets de la représentativité par irradiation, voir infra, n° 181.

³ Parmi une abondante jurisprudence, voir par exemple, STS du 23 juill. 2003, Ar/7166.

⁴ En l'espèce, une convention nationale du secteur taurin est conclue par des syndicats qui comptent sur un niveau d'affiliation de plus de 90% des travailleurs affectés. L'absence d'élections de représentants empêche néanmoins de mesurer leur audience électorale. Les juges, soulignant l'anormalité de la

Tribunal Suprême a quant à lui refusé d'appliquer ce raisonnement. Il a tout d'abord écarté l'application du critère affiliatif, soulignant que les règles de légitimation de l'article 87.2 ET sont d'ordre public absolu. Invoquant cet article, les juges ont toutefois admis que les syndicats plus représentatifs possèdent la légitimation initiale et peuvent donc, a priori, engager un processus de négociation¹. Néanmoins, ils relèvent que l'inexistence d'élections professionnelles rend impossible l'appréciation de la légitimation pleine². Afin de respecter le droit à la négociation collective constitutionnellement reconnue, la convention n'est pas pour autant annulée et sera qualifiée de convention extrastatutaire³. Nous verrons alors que la réforme de 2011 est intervenue en écartant définitivement la notion d'implantation appréciée selon le critère affiliatif, et s'est attachée directement à la question de la légitimation pleine de ces syndicats plus représentatifs⁴.

139. En définitive, l'introduction du critère de l'implantation, mesuré par une audience électorale réduite ou par le nombre d'affiliés en cas d'absence d'élections, se heurte à l'exigence légale d'accréditation d'un seuil d'audience électorale qui constitue le critère unique et exclusif de mesure de la représentativité syndicale, condition incontournable à la reconnaissance de la légitimation initiale pour accéder à la négociation d'une convention sectoriel⁵. La doctrine avait très tôt affirmé que le recours à l'implantation, spécialement au travers du critère de l'affiliation, appelait nécessairement une réforme législative⁶.

situation, procèdent alors à une interprétation extensive des règles de légitimation et estiment que l'implantation fondée sur l'affiliation syndicale peut se substituer à l'audience électorale et permettre ainsi aux syndicats d'être dotés de la légitimation initiale nécessaire pour négocier une convention d'effet général (SAN du 29 juin 1998, As 2610). Pour un secteur doctrinal, il s'agit de « *la solution optimale* » au problème de détermination de la légitimation en l'absence de résultats électoraux (H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 181).

¹ En vertu de l'irradiation dont ils bénéficient grâce à leur affiliation à une centrale syndicale plus représentative.

² STS du 4 juin 1999, RL, 99-II, p. 955 et J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 1999, p. 847.

³ En l'espèce le taux d'affiliation de 90% conduisait dans la pratique à l'application générale de la convention collective.

⁴ Voir infra, n° 255.

⁵ Sur les conséquences de l'absence de représentation unitaire en matière de négociation d'entreprise (voir infra, n° 269).

⁶ L.M. CAMPS RUIZ et T. SALA FRANCO, « La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios », 1986, PJ, n° 4, p. 194. Plus récemment, H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 99 s.

b) Les autres critères de représentativité en droit français et la place centrale du critère de l'audience électorale en matière de négociation collective

140. En France, au contraire, l'existence de critères distincts de l'audience électorale est une constante du dispositif légal¹. La nouvelle rédaction de l'article L. 2121-1 CT issue de la réforme de 2008 prévoit ainsi une liste de critères renouvelés et complétés permettant d'apprécier la représentativité syndicale². Les critères d'indépendance, d'ancienneté, de mesure des effectifs et des cotisations sont maintenus au prix d'une définition légale de leur contenu³. Le critère jurisprudentiel de l'influence du syndicat est désormais légalement reconnu. La loi en détermine néanmoins l'appréciation précisant qu'elle s'effectue « *prioritairement par l'activité et l'expérience* »⁴. Quant aux nouveaux critères, la loi prévoit l'exigence de transparence financière et le respect des valeurs républicaines⁵. Des critères spécifiques ont

¹ Voir supra, n° 120.

² Aux termes de cet article, « *la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations* ».

³ L'ancienneté requiert notamment une durée minimale de deux ans à partir de la date de dépôt légal des statuts et « *dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation* ».

Le maintien du caractère affiliatif est essentiel puisqu'il permet de mesurer les liens et les connexions que le syndicat entretient avec sa base.

⁴ Le terme « *prioritairement* » laisse toutefois penser que les juges, après avoir apprécié l'activité et l'expérience, peuvent ensuite prendre en considération d'autres éléments. Pour approfondir la notion d'influence, voir E. LETOMBE, « La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale », *JCP S*, 2008, n° 25, p. 5.

⁵ Sur la définition du critère des valeurs républicaines, la loi reste silencieuse. La position commune de 2008 se réfère au « *respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse* » et au « *refus de toute discrimination, de tout intégrisme ou de toute intolérance* ». Les juges ont contrairement aux autres critères, considéré que ce critère est présumé acquis aux syndicats, la charge de la preuve incombe donc à la partie qui le conteste (Cass. Soc. 8 juill. 2009, Okaïdi, *Dr. soc.* 2009, p. 957 ; L. PECAUT-RIVOLIER, rapp. sous Cass. Soc. 8 juill. 2009, *Dr. soc.*, 2009, p. 961 et loc. cit., 2011, p. 162). Voir également Y. PAGNERRE, « Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale » », *JCP S*, 2009, p. 1050.

Quant à la transparence financière, précisons que la loi d'août 2008 procède également à la régulation du financement du syndicat (L. 2135-1 et L. 2135-6 CT relatifs à la certification et publicité des comptes. Sur cette matière, voir R. HADAS-LEBEL, op. cit., p. 56 ; G. BORENFREUND, « Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 106 ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 52. Voir également sur le chèque syndical (mécanisme par lequel l'entreprise donne à chaque salarié un chèque que ces derniers attribuent au syndicat de leur choix), les réflexions de S. NADAL, loc. cit., 2008, p. 438).

également été prévus au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel¹. Tout d'abord, le syndicat doit présenter « *une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche* »². Au niveau interprofessionnel, la représentativité est appréciée « *à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »³. La doctrine souligna que ces exigences spécifiques s'inscrivaient dans un « *souci de concordance et d'homogénéité* »⁴.

En marge de l'instauration de nouveaux critères, la réforme de 2008 aboutit également à une transformation profonde de leur modalité d'application. En effet, l'article L. 2121-1 CT prévoit dorénavant que l'appréciation des différents critères doit être cumulative⁵. Toutefois, plusieurs commentateurs ont souligné qu'au regard de l'exposé des motifs de la loi⁶, le juge, respectant l'obligation de prendre en compte tous les critères énoncés à l'article L. 2121-1 CT, pourra continuer de pondérer son appréciation⁷.

La doctrine souligna l'impact de cette modification. D'une part, elle transforme le contrôle du juge qui « *perd en souplesse* »⁸ et d'autre part, elle ouvre la porte à un important contentieux sur l'appréciation judiciaire⁹. En effet, en vertu du principe de concordance, la représentativité est appréciée « *au moment où est juridiquement*

¹ Le Professeur BORENFREUND souligne que ces spécificités sont largement influencées par la notion communautaire de « *représentativité cumulée suffisante* » (loc. cit., 2008 (b), p. 715).

² Art. L. 2122-5 CT. L'implantation s'envisage ici dans une perspective strictement géographique afin de vérifier que les pourcentages atteints ne se concentrent pas uniquement dans une zone spécifique. Reste alors à attendre les premières décisions des juges pour apprécier son contenu et son interprétation. Certains auteurs ont également regretté que cette implantation soit restreinte à une perspective territoriale sans prendre en compte une condition d'équilibre entre les entreprises. « *A défaut, faut-il en déduire qu'une implantation dans une seule entreprise, ayant elle-même des implantations dans de nombreuses régions, suffirait à satisfaire à ce critère alors même que l'organisation syndicale considérée serait absente de la majeure partie des entreprises constituant cette branche ?* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 78).

³ Art. L. 2122-9 CT.

⁴ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 637.

⁵ Aux termes de l'article L. 2121-1 CT, « *La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants [...]* ».

⁶ La position commune de 2008 visait ainsi une appréciation « *dans un cadre global* ». Or comme le souligne le Professeur RODIERE, « *le cumul veut analytiquement que chaque élément soit satisfait ; l'appréciation globale que l'on ne satisfasse pas de la considération de certains éléments et que l'on prenne complémentarément une vue d'ensemble de la situation* » (loc. cit., 2008, p. 9). On retrouve de plus l'idée de pondération dans l'exposition des motifs de la loi, § 1-1.

⁷ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 81. Dans le même sens, G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 715. Contre, P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 9.

La fixation d'un seuil légal d'audience électorale exclut néanmoins toute pondération de ce critère.

⁸ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 715. L'auteur affirme dans ce sens que l'exigence de cumul « *pourrait bien marquer un tournant au regard du contrôle exercé jusqu'alors par le juge judiciaire* ». Antérieurement, les juges ayant constaté l'indépendance du syndicat, mesuraient l'influence du syndicats à travers des critères légaux sans exigence de cumul (voir supra, n° 120).

⁹ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 714 ; F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 638 ; P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 9.

envisagée l'opération à laquelle souhaite participer le syndicat »¹. En matière de négociation collective, elle s'appréciera donc au moment de son ouverture². Dès lors, au niveau de l'entreprise, un employeur est toujours à même de contester en justice la représentativité d'un syndicat. L'option de retenir d'autres critères que l'audience électorale afin d'apprécier la représentativité conduit alors à s'interroger sur la distinction entre l'acquisition d'une audience électorale et la reconnaissance du caractère représentatif, spécialement au niveau de l'entreprise. Il convient alors d'admettre que le caractère cumulatif des critères d'appréciation de la représentativité permet dans tous les cas de contester la représentativité d'un syndicat dans une entreprise sur la base d'un autre critère que l'audience qui demeure acquise durant 4 ans³. Comme le souligne le Professeur RODIERE, « *seule la mesure de l'audience vaut pour quatre ans, d'une élection à la suivante. [...]. Si présomption il y a, pour quatre ans, c'est une présomption d'audience et d'audience uniquement* »⁴.

141. Au regard de ces considérations, il est possible d'estimer que l'audience électorale est mise sur un pied d'égalité avec les autres critères afin de mesurer la représentativité syndicale. L'ensemble de la doctrine a néanmoins souligné que l'audience électorale est vouée à se convertir en critère décisif de la reconnaissance de la représentativité syndicale qui demeure la qualité incontournable pour négocier et conclure une convention collective de travail⁵. Dès lors, l'existence de critères distincts de l'audience permet de distinguer les conditions d'attribution des différentes prérogatives syndicales sur d'autres bases que le caractère représentatif du syndicat.

C. Des panoramas syndicaux sous influence légale

142. La reconnaissance de la représentativité syndicale en fonction de l'audience électorale mesurée par rapport à un seuil légalement déterminé d'ordre public absolu

¹ L. DAUXERRE, op. cit., n° 390.

² Cons. Etat, 26 oct. 1973, *Dr. soc.*, 1975, p. 40, note F. MODERNE.

³ Contre cette position, P. MASSON, « Un brèche est ouverte », *SSL*, 2008, n° 1370, p. 25.

⁴ P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 11.

⁵ Selon la Professeure FAVENNEC-HERY, « *d'un critère participant à un faisceau d'indices, l'audience est devenue une condition centrale de la représentativité syndicale. [...] L'audience tient une place centrale ; puis il y a les autres...* » (loc. cit., 2009 (b), p. 635 et 637).

Les conditions d'attribution de prérogatives syndicales distinctes de la négociation collective en marge du caractère représentatif du syndicat constituent une autre question sur laquelle nous reviendrons plus loin dans le travail (voir infra, n° 197).

permet incontestablement à l'Etat d'influencer le niveau de pluralisme syndical. L'objectif de la loi doit alors viser à trouver un équilibre satisfaisant entre le pluralisme syndical et la capacité des syndicats de constituer un contre-pouvoir efficace face aux employeurs¹ mais également face à l'Etat². Il s'agit alors d'identifier, en France, les syndicats reconnus représentatifs au niveau national et interprofessionnel et, en Espagne, les syndicats reconnus plus représentatifs au niveau de l'Etat et de la CCAA, qui représentent les intérêts des salariés au plus haut niveau et possèdent le traditionnel pouvoir d'irradiation³.

Les divergences quant à la place traditionnelle de l'audience électorale des deux droits conduisent à adopter des angles d'analyse distincts. Il convient ainsi d'une part, de s'attacher de manière rétrospective aux conditions d'attribution du caractère de « plus représentatif » et à l'influence du critère électoral sur le paysage syndical espagnol et, d'autre part, de mesurer l'impact des nouveaux seuils instaurés par la loi de 2008 dans le dispositif français.

1. Le pluralisme « très tempéré » en Espagne

143. La détermination du seuil d'audience à 10%, à l'exception du niveau de la CCAA, a, comme nous l'avons abordé, fait l'objet d'un consensus général. Néanmoins, la possibilité d'atteindre ce seuil reste relative puisque, même si lors de l'exposition des motifs de la loi, ce pourcentage a été qualifié de « réduit », la pratique et les faits ont et continuent de démontrer les difficultés pour atteindre ce seuil au niveau interprofessionnel. Le Professeur GARCÍA MURCIA a pu justement déduire du cadre légal que « *le syndicat qui se trouve en meilleure position pour atteindre la qualité de plus représentatif est celui qui dirige son action à l'ensemble des travailleurs et qui a, de préférence, une implantation dans les secteurs d'activité dans lesquels prédominent les grandes entreprises et les travailleurs fixes* »⁴.

¹ Comme le souligne le Professeur SUPIOT, « *le pluralisme syndical est aussi une source structurelle d'affaiblissement de la représentation des salariés face aux employeurs* » (« Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives du travail » in *Le Droit collectif du travail, études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 63). Diviser pour mieux régner, disait Machiavel...

² Notamment lors de négociation de cadre national interprofessionnel ou d'un processus de concertation sociale.

³ Sur ce point, voir infra, n° 190.

⁴ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 110. Dans le même sens, pour M^a. E. CASAS BAAMONDE, « *le système espagnol est un modèle hautement sélectif, institutionnalisé et centralisé soutenu et dominé par les syndicats de grande dimension territoriale et fonctionnelle* » (loc. cit., REDT, 1988, p. 72).

Afin d'apprécier l'évolution du paysage syndical espagnol, il convient de distinguer deux étapes dont le point d'articulation est la LOLS de 1985¹.

Au lendemain de la dictature franquiste, l'élaboration de l'ET, dans un contexte de crise économique et de consolidation de la démocratie, a tout d'abord favorisé l'instauration d'un syndicalisme centralisé et fortement institutionnalisé. Il s'agissait d'une part, d'un point de vue politique, de stabiliser la démocratie et de réformer l'économie² et d'autre part, de permettre aux syndicats de se consolider et de se développer dans un cadre juridique sûr. Les grands syndicats, récemment légalisés, ont donc constitué un instrument important, du point de vue économique et social, pour stabiliser cette délicate période de transition et d'adaptation et ont reçu en contrepartie l'appui des pouvoirs publics pour se consolider auprès des salariés³.

Dans ce cadre, l'introduction par la LOLS de la notion de plus grande représentativité a permis de cristalliser le paysage syndical en permettant aux centrales syndicales participant au processus de transition de concrétiser leur hégémonie⁴. Une fois institutionnalisées et reconnues plus représentatives, ces centrales syndicales, pressées par l'instauration de l'audience électorale comme unique critère d'appréciation de la représentativité, ont néanmoins modifié leur politique pour se rapprocher de leur base et « entretenir » leur rente issue de la transition démocratique⁵.

144. Ce bref résumé du contexte historico-politique permet alors d'expliquer la configuration en « *duopole atténué* »⁶ du paysage syndical espagnol dans lequel l'Union

¹ Pour approfondir, R. SERRANO DEL ROSAL, *Transformación y cambio del sindicalismo español contemporáneo*, Córdoba, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2000.

² L'ET envisageait ainsi la négociation collective et la participation institutionnelle. On retrouve cette idée dans la conclusion de nombreux accords nationaux interprofessionnels (les pactes de la Moncloa) entre 1977 et 1984. Pour approfondir, voir supra, n° 23.

³ « *En ce sens, la représentativité s'est conjoncturellement déplacée de son cadre de technique de représentation pour répondre aux nécessités de consensus, de « contrôle » de la dynamique syndicale* » (F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p.173). La construction démocratique s'est donc déroulée au prix de l'instrumentalisation politique des forces économiques et sociales (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1988, p. 77).

⁴ La LOLS, malgré la proclamation du pluralisme syndical dans son préambule, avait comme objectif la sélection « *de manière claire et décidée* » d'organisations dotées d'une grande force représentative dans la perspective « *d'une gestion concertée de l'économie* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., RL, 1988-II, p.153).

⁵ La plus grande représentativité a ainsi constitué la fin du modèle institutionnaliste du syndicat prédominant depuis la transition (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1988, p.77). Selon la même idée, un auteur affirma que « *les grands objectifs des syndicats dans chacune de ces deux périodes de transition sont la caractéristique principale qui les différencie* » (R. SERRANO DEL ROSAL, op. cit., p. 217).

⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit. RL, 1996-I, p. 119. Voir également dans le même sens, J. GARCÍA MURCIA, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y R. GUTIÉRREZ PALACIOS, « La incidencia de

Générale des Travailleurs (UGT)¹ et les Commissions Ouvrières (CC.OO)² comptent chacune sur plus du tiers du total des représentants unitaires³. Les atténuations de ce duopole tiennent alors à l'existence de syndicats reconnus plus représentatifs au niveau des CCAA. Néanmoins, consécutivement aux exigences de représentativité renforcées, leur nombre est réduit, variable⁴ et aboutit à leur existence essentiellement dans deux CCAA⁵. Actuellement, sont plus représentatifs dans le Pays-Basque, Eusko Langilleen Alkartasuna-Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA-STV)⁶, et en Galice, la Confédération intersyndicale Galicienne (CIG)⁷.

En marge de ces centrales, des syndicats nationaux présents dans certaines branches spécifiques⁸ et des syndicats catégoriels, notamment dans le secteur service et dans l'administration publique, influencent néanmoins de manière ponctuelle et dans le cadre correspondant à leur statut les négociations. Les atténuations du duopole syndical sont ainsi extrêmement réduites au niveau interprofessionnel⁹. Force est cependant de

los criterios de representatividad en la configuración del sistema sindical español », in *Estudios sobre el funcionamiento del mercado de Trabajo español*, Madrid, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 1995, p. 245.

Précisons toutefois que ce duopole a évolué. Durant les premières années de la démocratie, le Professeur VALDÉS évoquait sans nuance « *un duopole syndical* ».

¹ *Unión General de los Trabajadores*. Intimement liée au Parti Socialiste Ouvrier Espagnol, l'UGT s'est tout d'abord appuyée essentiellement sur une structure centrale organisée pour compenser sa faible implantation dans les entreprises due à son inactivité durant la dictature franquiste. Pour approfondir, *Historia de la UGT*, Dir. S. CASTILLO, Madrid, Siglo XXI de España, 2008.

² *Comisiones Obreras*. Historiquement liées au Parti Communiste, CC.OO présentent les caractéristiques contraires. Implantées clandestinement dans les entreprises durant la dictature jouant un rôle important dans les luttes sociales des années 60, elles bénéficiaient d'une base considérable parmi les salariés mais présentaient des lacunes importantes en matière d'organisation interne. Pour approfondir, voir *Historia de Comisiones Obreras (1958-1988)*, Dir. David Ruiz, Madrid Siglo XXI de España, 1994.

³ En 2003, UGT comptait sur 36,5% et CC.OO sur 38,9% des représentants du personnel dans l'ensemble des entreprises (P.J. BENEYTO, « La afiliación sindical en España: viejos tópicos y nuevas realidades, in *Afiliación sindical en Europa*, Vol.1, Germanía, Valencia, 2004, p. 44; H. DETLEV KÖHLER et A. MARTÍN ARTILES, op. cit., p. 457).

⁴ En effet, comme nous l'avons abordé antérieurement, la représentativité s'apprécie en fonction du registre permanent et peut donc varier selon les différents processus électoraux enregistrés.

⁵ Notons que ces syndicats se retrouvent dans des CCAA qui se caractérisent par un profond sentiment identitaire. A partir de ce constat, la détermination des syndicats reconnus plus représentatifs au niveau de la CCAA confirme l'appréciation du Professeur VALDÉS qui estimait que les seuils de représentativité fixés légalement répondaient à des motifs politiques et visaient des syndicats déterminés (loc. cit., 1982, p. 78).

⁶ Au 30 juin 2012, ELA-STV dispose en Navarre de 1369 représentants élus et atteint 21,18% des suffrages (chiffre fourni par le propre syndicat).

⁷ Source: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

⁸ Ce qui limite par conséquent leur rayon d'action. Citons par exemple, le syndicat USO (Unión Sindical Obrera) largement implanté dans le secteur du rail, dans les services publics ainsi qu'au sein de la poste et des télécoms. Il pourrait constituer le parallèle du syndicat SUD en France.

⁹ Il est alors intéressant de constater que le paysage syndical est fortement similaire au paysage politique. En effet celui-ci est composé de deux grands partis nationaux, de partis nationaux plus réduits très peu influents et de formations politiques de CCAA surreprésentées.

constater que les positions syndicales ainsi définies peuvent s'appuyer sur un taux de participation élevé aux élections professionnelles qui assure leur légitimité.

2. Le traditionnel « pluralisme à cinq composantes » du droit français

145. Il est indéniable qu'au titre de la défense et de la promotion du pluralisme syndical comme élément fondamental de la liberté syndicale, la loi française est venue, par ses successives interventions, modeler en grande partie le paysage syndical¹. La réforme de 2008 s'inscrit, selon nous, dans cette même ligne. Il demeure néanmoins important de souligner que la Position commune de 2008 a constitué un aval syndical important, bien que partiel, à cette réforme².

Antérieurement à cette réforme, la représentativité au niveau national interprofessionnel était reconnue à cinq centrales syndicales par une décision adoptée en Conseil des ministres le 8 avril 1948 et modifiée par un arrêté signé du Premier ministre et du Ministre des Affaires sociales le 31 mars 1966³. Il s'agissait de la Confédération Française et Démocratique du Travail (CFDT), de Force Ouvrière (CGT-FO), de la Confédération Générale du Travail (CGT), de la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC) et de la Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC)⁴. D'autres organisations syndicales exclues de cette liste, comme l'union

¹ Le rôle et l'attitude de la CGT ont spécialement orienté les politiques législatives. Par exemple en matière d'élections professionnelles dans l'entreprise, le principe majoritaire fut substitué, en 1947, par le vote proportionnel afin de contrecarrer la prédominance de la CGT encore unifiée ; même chose en 1979 en matière d'élections prud'homales (A. SUPIOT, loc. cit., 1994, p. 64). L'introduction du principe majoritaire en matière de conclusion de convention collective (voir infra, n° 304 s.) a également été facilitée par le changement de position idéologique de la CGT (J.E. RAY, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.*, 2004, p. 591).

² En effet, seules deux des cinq confédérations ont signé cette Position commune. Il s'agit néanmoins des deux plus grandes confédérations, CGT et CFDT. Sur cette position commune, voir, note supra, n° 121.

³ La décision de 1948 prévoit qu'« en vue de la conclusion des conventions collectives de travail nationales intéressant les grandes branches d'activité [...] sont considérées comme les plus représentatives les organisations syndicales nationales de salariés affiliées aux confédérations suivantes : [...] » (Déc. du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *Dr. soc.*, 1948, p. 156). L'arrêté du 31 mars 1966 vise uniquement à modifier la liste élaborée en 1948 afin de prendre en compte la scission au sein de la CFTC et la création de la CFDT (Arrêté du 31 mars 1966, JO du 2 avril 1966, p. 2675 ; *D.*, 1966, Législ., p. 207).

La généralisation de cet arrêté s'est opérée tout d'abord dans la pratique avant d'être confirmée par la jurisprudence (Cass. Soc. 20 juill. 1981, *D.*, 1982, IR, p. 397, obs. Ph. LANGLOIS ; Cass. Soc. 9 déc. 1982, déjà cité). Pour approfondir sur les controverses doctrinales relatives à la nature réglementaire de cet arrêté et à sa portée, voir notamment, A. ARSEGUEL, op. cit., p. 265 et J.M. VERDIER, op. cit., p. 533 ; J.H. STAHL, loc. cit., p. 1100.

⁴ Par application de la règle de concordance, la C.G.C est reconnue représentative uniquement dans la catégorie professionnelle fixée dans ses statuts, pour la catégorie professionnelle des cadres (Cass. Soc. 21 juill. 1986, *D.*, 1987, somm. comm., p. 204, obs. J.M. VERDIER). Dans le même sens, il a été jugé

syndicale solidaires (SUD) ou l'Union Nationale des Syndicats Autonomes (UNSA), font néanmoins preuve d'une activité syndicale non-négligeable¹.

Contrairement au droit espagnol, l'institutionnalisation des syndicats reconnus représentatifs au niveau national et interprofessionnel s'est donc opérée unilatéralement par le pouvoir étatique sans intervention directe des salariés².

146. L'introduction du critère de l'audience électorale par la loi de 2008 conduit alors à s'attacher aux résultats électoraux de ces syndicats. La transposition de ces résultats au regard des nouvelles règles peut ainsi permettre d'envisager les changements à venir :

	ELECTIONS PROFESSIONNELLES 2003-2004	ELECTIONS PRUD'HOMALES 2002	ELECTIONS PROFESSIONNELLES 2005-2006	ELECTIONS PRUD'HOMALES 2008
CGT	24	32	22,9	34
CFDT	22	25	20,3	21,81
CGT-FO	12	18	12,7	15,81
CFTC	6	9	6,8	8,69
CGE-CGC	6	7	6,5	8,19
Autres	7		8,2	11,49
Représentants non- syndiqués	23		22,6	

Chiffres appréciés en %. Sources : Rapports Dares *Mythes et réalités de la syndicalisation en France*, oct., 2004 ; *Elections aux comités d'entreprise et délégations uniques du personnel. Cycle : 2005-2006- rapport de 2008* et Ministère du travail pour les Prud'hommes

Il convient tout d'abord de souligner l'importance du taux d'abstention aux différentes élections qui atteint le tiers des électeurs lors des élections au comité d'entreprise³ et l'importance des élus non-syndiqués qui malgré une légère baisse

qu'une organisation affiliée à la C.G.C. ne pouvait revendiquer une représentativité qui excédait celle de l'organisation nationale. Si ses statuts prévoient la représentation pour d'autres catégories professionnelles, elle devra alors faire la preuve de sa représentativité dans ces catégories tout en bénéficiant de la représentativité présumée pour la catégorie des cadres (Cass. Soc. 15 oct. 1981, *Juri. Soc.* 1982, F.1).

¹ Pour approfondir, D. ANDOLFATTO, *Les Syndicats en France*, Paris, La Documentation française, 2007. En ce qui concerne l'UNSA, voir spécialement, J.H. STAHL, loc. cit., p. 1099).

² Ce processus poursuivait, comme l'affirme le Professeur BORENFREUND, « l'objectif de concentrer la représentation sur les cinq confédérations que l'Etat reconnaît comme des interlocuteurs responsables dans le cadre global des relations sociales » (loc. cit. 1988, p. 479). Pour un auteur ce pluralisme syndical est en fait le reflet de la division syndicale française. Il est vrai que les différents syndicats présents dans le paysage français proviennent de plusieurs scissions syndicales (CGT/CGT-FO en 1947, CFTC/CFDT en 1964 et à partir des années 90 départ des militants de la CFDT vers SUD et de ceux de FO vers l'UNSA). Voir J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 887.

³ Aux élections des DP et des membres des comités d'entreprise de 2005-2006, la participation s'élève à 63,8 %. Aux élections Prud'homales de 2002, le constat est beaucoup plus alarmant puisque l'abstention s'élève à 67 % en 2002 et à 74,4 % en 2008 (sources : Rapports Dares, *Elections aux comités*

représentent près du quart des votes exprimés. Incontestablement ces deux variables amoindrissent la réalité des pourcentages rapportés aux cinq centrales syndicales.

En marge de ce constat qui demeure problématique, l'introduction du critère de l'audience électorale par rapport à un seuil déterminé devrait avoir, comme l'a souligné la doctrine, des effets considérables sur le paysage syndical¹. D'une part, certaines centrales syndicales se voit menacées, notamment si le seuil de représentativité est plus tard fixé à 10 %². D'autre part, il ne serait pas surprenant de voir se multiplier des alliances syndicales et des listes communes qui permettraient aux syndicats de remplir les conditions d'audience électorale.

§ 3 : *La mesure de la représentativité des organisations d'employeurs : un mal endémique commun*

147. Au niveau de l'entreprise, la représentativité patronale ne présente aucune difficulté insurmontable³. Les problèmes fondamentaux se concentrent alors essentiellement au niveau sectoriel où interviennent des sujets collectifs.

De manière comparable à la représentation des salariés, la qualité de représentatif peut permettre de distinguer les organisations d'employeurs susceptibles de négocier et conclure des accords ou conventions collectives de travail⁴. Néanmoins,

d'entreprise et délégations uniques du personnel. Cycle : 2005-2006 ; Ministère du travail pour les Prud'hommes.

¹ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 716. Voir également, L. PECAUT-RIVOLIER et F. PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales », *Dr. soc.*, 2010, p. 1172.

² L'établissement du seuil à 8% aux niveaux des branches et interprofessionnel est donc loin d'être anodin puisqu'il permet de ne pas bouleverser le paysage syndical de manière brutale. Dans tous les cas, au niveau des branches, il est prévisible de voir des changements plus profonds.

³ En Espagne, antérieurement à la réforme de 2011, l'article 87.1 ET ne se réfère pas à la partie patronale qui « *correspond clairement au propre chef d'entreprise qui l'exercera directement ou au travers d'un représentant auquel il aura confié les pouvoirs opportuns, ce qui se déduit avec facilité de l'article 88.1 ET* » (L.E. NORES TORRES et G. RODRÍGUEZ PASTOR, « Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^o. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 111 ; M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p 47). Notons toutefois qu'une organisation patronale peut négocier à ce niveau par mandat spécifique de l'employeur à cet effet. La réforme de 2011 se contente alors de mettre par écrit une question pacifique et prévoit aux termes du nouvel article 87.3 a) ET que dans les conventions d'entreprise ou de cadre inférieur, « *le propre employeur* » est légitime pour négocier. En France, aux termes de l'article L. 2231-1 CT, « *un ou plusieurs employeurs pris individuellement* » peuvent négocier et conclure une convention. Comme en droit espagnol, l'employeur peut, à travers une délégation de pouvoir expresse ou tacite, se faire représenter par ses subordonnés (sur les conditions du mandat et pour une application de la théorie du mandat apparent, voir notamment Cass. Soc. 23 mars 1994, RJS, 5/94, n° 583).

⁴ La représentativité patronale apparaît comme une question essentielle au regard de la multiplication des fonctions de la négociation collective et notamment du développement de la loi négociée. Néanmoins, elle reste un thème peu étudié par la doctrine, spécialement française. Pour la France, voir J. BUNEL, *La*

une première approche des deux droits aboutit à souligner une différence importante : le cadre légal français n'impose pas, en principe, d'exigence de représentativité contrairement au droit espagnol. L'hypothèse de la négociation de conventions susceptibles d'extension du droit français offre toutefois un point de rencontre entre les deux droits prévoyant une telle exigence.

Afin de traiter ces questions, nous aborderons tout d'abord la nature et la capacité conventionnelle de la représentation patronale dans les deux pays. Nous nous attacherons par la suite à la portée de l'exigence de représentativité en matière de négociation collective sectorielle avant de formuler, pour terminer, certaines remarques spécifiques relatives à la représentation patronale lors de la négociation au niveau du groupe¹.

A. La nature et la capacité conventionnelle des organisations d'employeurs

148. En ce qui concerne leur nature, le droit espagnol a exclu du domaine syndical les organisations d'employeurs. Se basant sur le champ d'application subjectif de la LOLS qui se réfère exclusivement aux travailleurs², le TC estime que « *les organisations patronales ne sont pas, dans tous les cas, assimilables aux syndicats de travailleurs* » et que l'article 28.1 CE « *se réfère uniquement aux syndicats de travailleurs* »³. Conséquence majeure de cette exclusion, les employeurs ne peuvent pas invoquer « *la riche doctrine du contenu essentiel du droit à la liberté syndicale* »⁴. Cette exclusion n'implique cependant pas une limitation de la capacité d'organisation collective des employeurs. En effet, l'article 7 CE définit le cadre constitutionnel et reconnaît deux acteurs chargés « *de défendre et promouvoir les intérêts qui leur sont*

transformation de la représentation patronale, Paris, La documentation Française, 1995 et également le document d'étude de la DARES rédigé par M. BARBIER, *Organisations patronales en France et en Europe*, Paris, Documents d'études de la Dares, n° 130, 2007; en Espagne, le faible intérêt de la doctrine est souligné par D.M^a. CAIRÓS BARRETO, « La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales », *REDT*, 2003, n° 118, p. 584.

¹ L'analyse de la représentation patronale lors de la négociation au niveau du groupe permet de mettre en exergue l'enjeu fondamental de l'identification du détenteur des pouvoirs économiques et de décisions. Pour l'analyse de la représentation salariale à ce niveau, voir infra, n° 217.

² Articles 1 et 3 LOLS

³ STC 52/92 du 8 avril 1992 et 75/1992 du 14 mai.

⁴ Notamment la possibilité d'invoquer le droit à la négociation collective dans un recours de protection (amparo) constitutionnelle comme cela est admis pour les syndicats de salariés (STC 92/1994 du 21 mars et A. ESTEVE SEGARRA, *Las asociaciones empresariales: Régimen Jurídico y representatividad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 43. Voir également, M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad: los diferentes sistemas de mediación de la representatividad empresarial y sindical », *REDT*, 1993, n° 58, p. 229.

propres »¹. Garantissant une valeur constitutionnelle aux représentations des antagonismes sociaux, cet article a conduit le TC à renvoyer à l'article 22 CE relatif au droit d'association, la protection constitutionnelle du droit d'association des employeurs². Ces associations d'employeurs font néanmoins l'objet d'une prise en compte juridique spécifique qui les distingue des associations de droit commun³ puisque leur régime juridique est régulé par la loi 19/1977 du 1^{er} avril 1977 et par le décret 873/1977 du 22 avril 1977 relatifs aux normes spéciales d'association syndicale⁴.

Le droit français se démarque fortement en cette matière. D'une part, comme le souligna le Professeur VERDIER, « *l'identité de régime juridique des syndicats de salariés et des groupements d'employeurs ou de travailleurs indépendants singularise dans une large mesure le droit français par rapport à bien des législations étrangères* »⁵. D'autre part, aux termes de l'article L. 2231-1 CT, une convention collective est conclue du côté patronal par « *une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* »⁶. La loi retient donc une conception extensive de la représentation patronale lors de négociations envisageant aussi bien les organisations constituées en syndicats que celles constituées sur le modèle associatif de droit commun⁷ ; la loi laisse en fait l'option.

149. En ce qui concerne le type de représentation des organisations d'employeurs, les deux dispositifs ne répondent pas non plus à la même logique.

¹ A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 38.

² F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 216 s. Les dispositions du droit international (convention OIT n° 87) conduisaient également et de manière certaine à la reconnaissance de la capacité d'organisation des employeurs.

³ STS du 21 mars 2002, Ar/3812. Ces associations ne correspondent donc pas aux associations soumises au régime associatif de droit commun. Dès lors, les associations patronales ou corporations de droit public représentatives d'intérêts professionnels comme les collèges professionnels ou les chambres de commerce ne peuvent pas négocier des conventions statutaires (sur la possibilité pour ces groupements de négocier des conventions extrastatutaires, voir STS du 4 mai 1995, Ar1996/3247 et A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 117.

⁴ Expressément maintenus en vigueur par disposition dérogatoire de la LOLS.

⁵ Op. cit., 1987, p. XI.

⁶ Antérieurement la loi évoquait la notion de « *groupement* ». Le Conseil d'Etat avait entendu largement ce terme estimant qu'un groupement d'employeurs pouvait revêtir la forme associative (Cons. Etat, 11 mars 1951, *Dr. soc.*, 1951, p.252 ; voir également Cass. Soc. 8 mars 1978, *J.C.P.*, 1978, IV, 149)

⁷ L'alinéa 2 de l'article L. 2231-1 CT précise que les associations « *constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* ».

En France, contrairement à la représentation salariale, la représentation des employeurs n'est pas une représentation d'intérêts mais bien une représentation de personnes qui se rapproche de la conception civiliste. En effet, en principe, l'application de la convention collective n'est obligatoire que pour les employeurs affiliés aux organisations signataires¹. Ces organisations ont ainsi le pouvoir de négocier dans le respect des règles d'habilitation et les limites de leur mandat prévues dans leur statut². La conclusion de la convention est donc possible si les statuts de l'organisation prévoient cette attribution et déterminent le mode de délibération. Les employeurs seront donc liés personnellement par la signature du groupement³. Dès lors le caractère obligatoire d'un accord « *est subordonné à l'étendue du pouvoir de représentation qui résulte des règles d'habilitation* »⁴. Aucune exigence de représentativité n'est ainsi nécessaire puisque la convention collective ne s'applique, a priori, qu'aux membres des organisations signataires.

En Espagne, l'effet personnel général de la convention statutaire transforme les pouvoirs de la représentation patronale en lui permettant de dépasser « *les paramètres exclusivement civilistes de type privé propres au contrat de mandat* » et d'aller « *plus loin qu'une représentation d'affiliés* »⁵. Elle correspond donc à une représentation institutionnelle ou d'intérêts qui s'éloigne de la représentation de volonté⁶. Dès lors, par analogie à la représentation syndicale, la loi a prêté une attention particulière à la représentativité des organisations patronales dotées de capacité normative⁷.

¹ Article L. 2262-1 : « *Sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires* ». Dans tous les cas, il s'agit de personnes morales puisque ce sont les entreprises qui adhèrent aux associations patronales et non pas le chef d'entreprise. Notons ici que le petit effet erga omnes conduit toutefois un employeur lié par une convention collective à l'appliquer à tous les salariés de l'entreprise indépendamment de leur affiliation aux syndicats signataires. Au niveau de l'entreprise, l'effet contractuel de la convention collective ne joue donc que pour les employeurs.

² L'article L. 2231-2 CT (anc. art L. 132-3) stipule ainsi que « *les associations d'employeurs déterminent elles-mêmes leur mode de délibération* ». La Cour de cassation s'est très tôt prononcée sur l'exigence d'une habilitation régulière (Cass. Soc. 27 nov. 1958, *Dr. soc.*, 1959, p.87).

³ Dans la pratique, l'entreprise n'adhère pas directement aux grandes organisations patronales « *mais à un groupement professionnel ou à une union territoriale* » qui en est membre (J. BUNEL « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, 1997, n° 70, p. 7-9). De manière similaire, en Espagne, l'affiliation des employeurs est établie par l'incorporation à des fédérations sectorielles ou à des associations territoriales (pour approfondir, A.M. GARCÍA FEMENÍA, *El asociacionismo empresarial en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002).

⁴ M.L. MORIN, op. cit., p. 346.

⁵ A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 80. Le Tribunal Suprême se référant aux représentations de salariés et d'employeurs énonce dans le même sens qu'il ne s'agit pas d' « *une représentation classique de droit privé* » STS 23 nov. 1991 (Ar/8828 de 1992).

⁶ F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 239. Pour la jurisprudence voir notamment STC 70/1982 du 29 nov.; STC 37/1983 du 11 mai.

⁷ La démarche est logiquement comparable à celle effectuée en matière syndicale.

Les conditions dans lesquelles une convention collective sectorielle déploie une efficacité normative et surtout générale à l'intérieur de son champ d'application expliquent dès lors les divergences de principe entre les deux pays quant à la portée de l'exigence de représentativité.

B. L'exigence de représentativité en matière de négociation collective sectorielle

150. Dans le prolongement des développements antérieurs, il convient de traiter tout d'abord de la configuration légale de la représentativité patronale en droit espagnol, notamment en matière de négociation collective. Ensuite, nous nous attacherons au droit français dans lequel la représentativité des associations patronales en matière de négociation collective n'est exigée que dans une hypothèse spécifique. Pour terminer, l'analyse des critères de mesure de la représentativité patronale permettra de mettre en exergue les difficultés endémiques auxquelles sont confrontés les deux dispositifs.

1. La généralité de l'exigence de représentativité en Espagne

151. Le dispositif légal régulant la représentativité des associations patronales se distingue à plusieurs égards de celui relatif à la représentativité syndicale.

De manière globale, on ne retrouve pas une liste de fonctions attribuées aux associations patronales représentatives¹. La représentativité patronale est envisagée ponctuellement dans deux dispositions de l'ET. La Disposition Additionnelle 6 (DA 6) contemple les questions de la participation institutionnelle et de la cession d'immeubles², et l'article 87.3 c) ET régule la représentativité des associations patronales en matière de négociation collective sectorielle statutaire.

¹ En revanche, les articles 6 et 7 LOLS régulent globalement le régime de la représentativité syndicale.

² En matière de participation institutionnelle, les organisations patronales « *qui comptent sur au moins 10% des entreprises et des travailleurs au niveau étatique* » seront chargées de la « *défense des intérêts généraux des employeurs devant les Administrations publiques et autres entités ou organismes de caractère étatique ou de CCAA* » (l'alinéa 2 prévoit comme en matière syndicale, que les associations patronales de CCAA peuvent également être reconnues plus représentatives et donc participer à la participation institutionnelle, dès lors qu'elles ne sont pas affiliées à une organisation de caractère étatique et qu'elles remplissent le double conditionnement qui est alors renforcé s'élevant à 15% des entreprises et travailleurs au niveau de la CCAA. La constitutionnalité de la plus grande représentativité a posé les mêmes questions et a obtenu les mêmes réponses que celles relatives aux syndicats. Pour approfondir, voir supra, n° 106 et STC 57/1989 du 16 mars; A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 89; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, « Aspectos problemáticos de la representatividad de las asociaciones empresariales »,

Pour ce qui nous intéresse, l'article 87.3 c) ET dispose que peuvent négocier des conventions sectorielles « *les associations d'employeurs qui, dans le cadre géographique et professionnel de la convention, comptent sur 10 % des employeurs au sens de l'article 1.2 de cette loi, et donnent occupation au même pourcentage de travailleurs affectés* » et, désormais depuis la réforme de 2011, les associations qui, dans le cadre considéré, regroupent des entreprises qui emploient 15 % des travailleurs affectés.

Deux éléments peuvent être dégagés.

152. En premier lieu, antérieurement à la réforme de 2011, l'article 87.3 ET fixe, comme en matière de participation institutionnelle, un double seuil. D'une part est prévu un critère de « *consistance associative* » qui permet de mesurer le pouvoir de représentation de l'association vis-à-vis des propres employeurs dans le cadre considéré¹. D'autre part, est établi un critère de « *recensement de travailleurs* » qui permet de garantir que l'association patronale en question est un interlocuteur viable vis-à-vis des travailleurs². La jurisprudence estima que « *ce double conditionnement a une justification raisonnable qui a été soulignée par la doctrine scientifique : il s'agit de trouver un équilibre pondéré entre les entreprises du secteur pour que ne se donne pas une prédominance excessive aux entreprises ayant un grand personnel sur celle ayant un personnel réduit ou inversement* »³. La représentation des petites et moyennes entreprises s'opère ainsi à travers de la consistance associative alors que celle des grandes entreprises est assurée grâce au critère du recensement des travailleurs⁴.

La réforme de 2011 a ajouté un nouveau critère permettant de reconnaître la légitimation initiale à d'autres associations d'employeurs. En effet, outre les

REDT, 1990, n° 44, p. 763). Aux termes de l'alinéa 3, « *les associations patronales qui auront la condition de plus représentatives conformément à cette disposition additionnelle* » bénéficieront également des cessions temporaires d'immeubles.

¹ Seuls les employeurs définis à l'article 1.2 ET peuvent entrer dans le décompte (STS du 22 déc. 1998, Ar/377). Dès lors les chefs d'entreprise qui ne sont liés par aucun contrat de travail sont exclus de toute prise en compte (STCT du 16 déc. 1986, Ar/14642).

² La loi 32/1984 introduit la prise en compte du nombre de travailleurs employés. Avant celle-ci, la seule affiliation des employeurs permettait de mesurer la représentativité patronale, ce qui aboutissait à favoriser la représentation des PME. Source de débats doctrinaux, la nouvelle réforme permit un rééquilibrage entre les différentes associations patronales. Notons alors que les grandes entreprises auront tendance à négocier leur propre convention et que la négociation sectorielle s'avère pertinente pour les PME (M.A. SOLANS LATRE, op.cit., 2004, p.195).

³ STS du 15 fév. 1993, Ar/1164.

⁴ Pour une approche des discussions doctrinales quant à l'utilisation de ce double critère, voir F. VALDÉS DAL- RÉ, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTAS, 1996, p. 318 ; J. LAHERA FORETZA, « Prueba de la legitimación empresarial en la negociación colectiva sectorial de eficacia general (comentario a la STS 4^a de 7 de julio de 2004) », *RL*, 2005-I, p. 673.

associations d'employeurs qui rassemblent 10 % des employeurs et des salariés affectés, l'article 87.3 c) ET *in fine* prévoit désormais que cette qualité est reconnue aux associations qui, dans le cadre professionnel et géographique considéré, « occupent 15% des travailleurs affectés »¹. Le nombre ou le pourcentage d'entreprises affiliées n'est pas prise en compte. Incontestablement, cette ajout offre une opportunité supplémentaire aux associations d'employeurs d'atteindre la légitimation initiale et prend largement en compte les secteurs dans lesquels les grandes entreprises sont prédominantes².

153. En deuxième lieu, il ressort de l'article 87.3 c) ET que la loi envisage, par principe, la seule représentativité suffisante fortement imprégnée de la règle de concordance³. Consécutivement, il ressort que la capacité d'irradiation des organisations d'employeurs considérées comme plus représentatives est extrêmement limitée⁴. En matière de négociation collective, une association patronale de cadre sectoriel affiliée à une association de cadre étatique intersectoriel plus représentative, doit démontrer sa représentativité dans le cadre sectoriel considéré⁵. En effet, aux termes de l'article 87.3 c) ET, les associations patronales doivent remplir les critères de sélections « dans le cadre géographique et professionnel de la convention » pour prétendre accéder à la procédure de négociation⁶. La représentativité doit donc être appréciée dans le champ

¹ Un auteur souligne la défectueuse rédaction légale qui laisse supposer, de manière erronée, que ce sont les associations qui occupent les travailleurs affectés au lieu des entreprises qui leur sont affiliées (J. GÓMER ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 145).

² J. GÓMER ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 145.

³ A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 84. Pour le Professeur GARCÍA MURCIA, aucun précepte équivalent aux articles 6.2 b) et 7.1 b) LOLS n'est prévu pour la plus grande représentativité patronale. Dès lors, une association affiliée à une association plus représentative au niveau étatique ou de CCAA « d'une part, ne peut se qualifier comme association plus représentative et d'autre part, n'acquiert pas la position juridique singulière caractéristique de la plus grande représentativité » (op. cit., 1987, p. 137-138). Précisons que, par exception, la qualité de plus grande représentativité joue dans des procédures de négociation spécifique. Il s'agit des négociations d'accords-cadre et d'accords sur des matières concrètes (art. 83 ET). Nous reviendrons en détail sur ces accords plus loin dans le travail (voir infra, n° 670).

⁴ Concrètement, elle peut être mise en oeuvre en matière de participation institutionnelle ou de cession d'immeubles (J. GARCÍA MURCIA op. cit., 1987, p. 137-138 pour qui l'irradiation joue dans ces hypothèses de forme « naturelle »).

⁵ L'inefficacité de la condition de plus représentatif en matière de négociation collective conduit à l'impossibilité de faire jouer la technique de l'irradiation par la simple affiliation à une organisation considérée plus représentative par notoriété (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 137 et R. ROQUETA BUJ, « La legitimación negocial de las asociaciones empresariales », *AL*, 1993-I, p. 327. Pour l'application de cette technique, J. RIVERO LAMAS, « La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales para negociar. La legitimación en los grupos de empresa », *RL*, 1992-II, p. 436).

⁶ Ces exigences doivent être respectées par chaque association de forme individuelle. Ne sera donc pas valable une négociation menée par différentes associations qui atteindraient les seuils légaux seulement

d'application territorial et professionnel de la convention considérée en application stricte du principe de concordance (ou correspondance)¹.

Deux exceptions à ce principe sont toutefois envisagées par la loi.

154. La première exception se réfère, comme en matière syndicale, à la participation d'organisations de CCAA aux procédures de négociation de cadre étatique. En effet, outre les organisations patronales représentatives à ce niveau en vertu des dispositions générales, il ressort de l'article 87.4 ET que les organisations patronales reconnues plus représentatives au niveau de la CCAA en vertu de la disposition additionnelle 6 ET peuvent y participer².

Se trouve-t-on toutefois dans la même situation qu'en matière de syndicale ? Comme en matière syndicale, il est indubitable que cette faculté aboutit à une rupture de la règle de concordance depuis une perspective territoriale puisqu'une organisation d'employeurs considérée comme plus représentative au niveau de la CCAA peut participer à la négociation de cadre étatique³. Une divergence apparaît alors si l'on adopte une perspective fonctionnelle ou professionnelle⁴. En effet, la plus grande représentativité des organisations patronales se réfère, conformément à la 6^o DA, uniquement au niveau interprofessionnel ou intersectoriel et ne met pas en jeu le mécanisme de l'irradiation⁵. Dès lors, une association patronale sectorielle affiliée à une organisation patronale reconnue plus représentative au niveau de la CCAA et, insistons, au niveau intersectoriel, devra atteindre dans le secteur objet de la négociation une audience de 15%⁶. Les craintes formulées par un secteur doctrinal se trouvent alors

en cumulant ensemble ces exigences (voir par exemple, STS du 25 mai 1996, Ar/4674 ; STS du 21 nov. 2002, Ar/509 de 2003. Pour approfondir, A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 114).

¹ Ainsi, contrairement aux syndicats plus représentatifs, une organisation patronale de niveau national doit accréditer la représentativité correspondante dans le cadre fonctionnel de la convention (F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 236 et F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 57).

² C'est-à-dire celles qui comptent sur 15% des entreprises et des salariés de la CCAA et qui ne sont pas affiliées à une fédération ou à une confédération de cadre étatique. Ce renvoi à la plus grande représentativité pour déterminer les négociateurs de ce type de convention est établi par la réforme de 1994 déjà abordée en matière syndicale (voir supra, n° 117).

³ Les juges ont admis la constitutionnalité de cette disposition se fondant sur les mêmes arguments avancés en matière syndicale (STC 57/1989 du 16 mars et A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 89).

⁴ Un secteur doctrinal estime toutefois qu'« établir un régime de légitimation différent entre syndicats et associations d'employeurs de communauté autonome qui, à part de configurer une représentation inégale, ne paraît pas pouvoir se justifier » (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1994, p. 367, 369). F. VALDÉS-DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 77 qui écrit que la réforme « semble » mettre en place pour la première fois en matière de négociation le mécanisme de l'irradiation pour les organisations patronales plus représentative pour finalement conclure qu'il s'agit en réalité d'une modification purement formelle.

⁵ F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 242.

⁶ T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 236, pour qui la réforme « ne modifie en rien la législation antérieure » maintenant ainsi une appréciation dans le cadre fonctionnel.

infondées¹, sauf à admettre que le mécanisme de l'irradiation puisse jouer en matière de négociation collective ce qui est, selon nous, erroné.

155. La deuxième exception conduit toutefois à nuancer l'affirmation antérieure dans les secteurs où il n'existe pas une organisation patronale dotée de légitimation initiale selon les critères et seuil classiques². Depuis la réforme de 2011, l'article 87.3 c) ET dispose d'un nouvel alinéa aux termes duquel seront légitimes pour négocier les conventions sectorielles visées, « *les associations d'employeurs de cadre étatique qui compte sur 10% ou plus des entreprises ou des travailleurs dans le cadre étatique, ainsi que les associations d'employeurs de Communauté Autonome qui compte dans celle-ci sur un minimum de 15% des entreprises ou travailleurs* ».

Notons tout d'abord que le pourcentage doit être apprécié par rapport aux employeurs « ou » par rapport aux travailleurs affectés contrairement à la légitimation initiale classique dans laquelle l'appréciation des travailleurs affectés et des entreprises affiliées est cumulative lorsque le seuil est de 10 %.

¹ Pour certains auteurs, alors que dans la rédaction antérieure à la réforme de 1994, l'article 87.4 ET prévoyait que la représentativité devait être appréciée à l'intérieur de la CCAA « *dans le cadre fonctionnel de la convention* », la nouvelle rédaction de l'article 87.4 ET conduit à admettre qu'une organisation plus représentative au niveau de CCAA puisse participer à la négociation sans démontrer sa représentativité réelle dans le cadre fonctionnel considéré (M. CORREA CARRASCO, *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 1997 (b), p. 83). Voir également M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 186 s., pour qui l'article 87.4 ET « *établit une rémission matérielle et expresse sans aucune nuance ni limite, tant à l'article 7.1 LOLS comme à la disposition additionnelle 6 ET ; ce qui ne permet pas non plus de justifier un traitement distinct sur ce point entre la légitimation syndicale et patronale* ».

A partir de cette considération, la doctrine a identifié plusieurs dysfonctionnements.

D'une part, cela conduit à écarter les organisations d'employeurs de CCAA remplissant les conditions de représentativité dans le secteur d'application de la convention négociée sous prétexte de ne pas bénéficier d'une représentativité dans l'ensemble des secteurs.

D'autre part, cela aboutit à reconnaître à une organisation d'employeurs plus représentative de CCAA ou à ses affiliées, la faculté de participer à la négociation sans remplir les exigences dans le secteur considéré alors qu'une organisation plus représentative de niveau étatique ou ses affiliées doivent prouver leur représentativité dans le secteur considéré (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p.78).

Un autre auteur affirme également que ce dispositif « *produit une situation confuse car, paradoxalement, les associations patronales plus représentatives de CCAA vont pouvoir négocier une convention de cadre étatique en marge de leur représentativité réelle et concrète mais pas nécessairement une convention qui affecte leur CCAA* » devant, dans ce cadre, démontrer leur représentativité (I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., 2001, p. 73).

Afin d'éviter ces dysfonctionnements, un secteur doctrinal soutient que l'appréciation de toute association patronale doit continuer de s'effectuer par rapport au cadre fonctionnel de la convention et donne « *une portée formelle et pas matérielle* » au renvoi légal à la plus grande représentativité qui viserait uniquement la détermination des seuils de représentativité qui y sont fixés (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 78).

² Doit-on alors considérer que l'existence d'une seule organisation légitime empêche la nouvelle règle de jouer ? Nous verrons que la réforme de 2011 vise à garantir, dans tous les cas, la négociation d'une convention dans un secteur déterminé (voir infra, n° 255).

L'apport fondamental de cette réforme provient toutefois de la mise à l'écart du principe de concordance et de l'exigence de représentativité réelle¹. La doctrine parle alors « *de légitimation virtuelle ou légale* »², de « *légitimation universelle, [...], par rapport aux cadres territoriaux et sectoriels dans lesquels il ne peut être identifié à aucun interlocuteur patronal conformément aux règles générales de légitimation* »³.

La formulation légale laisse cependant planer plusieurs doutes quant à l'identification des associations patronales susceptibles de négocier. Nul doute qu'il ne peut s'agir d'une association qui, dans le cadre de la convention, ne remplit pas les exigences classiques. L'association patronale qui négocie est constituée dans un cadre plus large que celui de la convention. Cette considération permet alors de distinguer ce mécanisme de celui de l'irradiation au niveau syndical dans laquelle le syndicat de cadre plus large irradie celui de cadre plus réduit qui négocie par conséquent de manière directe. Au niveau patronal, c'est l'organisation de cadre étatique ou autonome qui négocie, venant en définitive se substituer à l'organisation constituée dans le même cadre que celui de la convention⁴. La doctrine parle ainsi d'une « *d'une modalité d'irradiation atypique ou impropre* » qui se limite à la négociation collective⁵.

La rupture de la règle de concordance au niveau territorial est incontestable. Dès lors, si dans un département, aucune organisation d'employeurs n'est légitime selon les critères classiques, les organisations de cadre étatique ou autonome qui comptent dans le cadre correspondant sur 10% ou plus des entreprises ou des travailleurs, peuvent intervenir. La principale difficulté apparaît alors quant à savoir si la rupture de la règle de concordance peut également avoir lieu sur le plan fonctionnel. Autrement dit, si dans un département, aucune organisation d'employeurs n'est légitime selon les critères classiques, une organisation étatique ou de CCAA interprofessionnelle qui remplit les nouveaux critères dans le cadre considéré, peut-elle intervenir ou doit-il s'agir nécessairement de l'organisation sectorielle de cadre territorial plus large ? Plus loin, si dans un cadre sectoriel étatique, aucune organisation d'employeurs n'est légitime selon

¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 147.

² F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 145.

³ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2011, p. 45 qui parle de manière similaire aux syndicats « *d'organisations d'employeurs plus représentatives au niveau étatique et de Communauté Autonome* ».

⁴ Il est toutefois possible que, dans la pratique, l'organisation plus large renvoie la conduite des négociations à l'organisation affiliée dans le secteur considéré.

⁵ A.B. MUÑOZ RUIZ, « Propuestas, contrapuestas y texto final de la reforma de la negociación colectiva de 2011 », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 391.

les critères classiques, une organisation interprofessionnelle de cadre étatique peut-elle intervenir ?

Alors qu'un auteur semble exclure l'hypothèse de négociation de cadre étatique et ainsi limiter la rupture de la concordance au niveau territorial¹, nous estimons que la généralité de la formule légale qui évoque les « *les associations d'employeurs de cadre étatique* » ou « *Communauté autonome* », rappelle celle employée en matière syndicale, et doit par conséquent inclure le niveau interprofessionnel. La doctrine parle dans ce sens des « *grandes organisations patronales* »² ou « *d'organisations d'employeurs plus représentatives au niveau étatique et de Communauté Autonome* »³. Nous estimons cependant qu'au regard de l'ambiguïté des termes de la loi, cette interprétation n'empêche pas une organisation d'employeurs sectorielle de cadre territorial plus large de venir substituer une organisation du même secteur dans le cadre territorial plus réduit objet de la négociation.

156. Avant d'aborder le dispositif français, précisons que dans tous les cas, le caractère représentatif de l'association d'employeurs permet uniquement, comme pour les syndicats, la reconnaissance d'une légitimation initiale qui ouvre la faculté d'accéder à la commission de négociation. La négociation effective et l'éventuelle conclusion de la convention sont quant à elles soumises à des exigences supplémentaires de majorité⁴.

2. L'exigence de représentativité comme exception en droit français

157. En France, il ressort de la combinaison des articles L. 2231-1 CT (anc. art. L. 132-2)⁵ et L. 2261-19 CT (anc. art. L.133-1) que l'exigence de représentativité des groupements patronaux n'est requise que lors de la négociation de conventions et accords collectifs susceptibles d'être étendus. Les organisations patronales n'ont donc pas, en principe, à être considérées comme représentatives pour participer à la négociation collective sauf dans l'hypothèse d'une convention susceptible d'extension dans laquelle la représentativité des organisations patronales devient une condition de validité. Aux termes de l'article L. 2261-19 CT, « *pour pouvoir être étendus, la*

¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 148.

² A.B. MUÑOZ RUIZ, loc. cit., 2012, p. 391

³ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2011, p. 45.

⁴ Voir infra, n° 256.

⁵ La convention collective est conclue par « *une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* ».

convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus en commission paritaire. Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré ». Le Ministre peut diligenter une enquête pour apprécier la représentativité d'une organisation¹.

La fonction de la représentativité se justifie alors par le pouvoir reconnu à ces organisations de négocier en représentation de tous les employeurs compris dans le cadre de la convention et plus seulement en représentation de leurs membres². On se situe ainsi dans une représentation d'intérêt qui dépasse la simple représentation de personnes. Dans ce sens, la doctrine a affirmé que la représentativité des groupements d'employeurs est « *une représentativité de négociation* »³. L'efficacité générale de la convention est quant à elle liée fondamentalement à l'acte d'extension et n'est pas directement consécutive de la représentativité des associations patronales. D'un point de vue comparatif, il est néanmoins intéressant de relever que l'exigence de représentativité est prévue lors de la négociation de conventions qui sont dotées d'efficacité personnelle générale.

3. Les difficultés pour apprécier la représentativité

158. Dans les deux pays, la mesure de la représentativité d'une association d'employeurs se heurte à de profondes difficultés.

159. En Espagne, la difficulté majeure réside dans la mise en œuvre pratique des critères légaux de mesure de la représentativité. Les obstacles pour vérifier les chiffres d'affiliation⁴ et la consécutive impossibilité de mesurer le recensement des travailleurs

¹ L. 2121-2 CT (anc. art. L.133-3) : « *S'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête* ». Cette enquête concerne aussi bien les organisations patronales que les organisations de salariés et se déroule sous le contrôle du juge administratif ce qui explique l'apport de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de représentativité.

² Ph. LANGLOIS, loc. cit. 1982, p. 284.

³ M.L. MORIN, op. cit., p.359.

⁴ A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 94. La jurisprudence refusa de considérer comme preuve un document présenté par une association contenant le nombre d'entreprises affiliées et le nombre de travailleurs affectés s'agissant « *d'un document privé* » qui ne se base sur aucun « *autre appui documentaire public* » (SAN du 4 déc. 1997, AL, 1998-I, ref. 641 et STS du 15 mars 1999, Ar/2917). Notons ici la problématique relative à l'affiliation d'un employeur à plusieurs organisations. La jurisprudence a alors estimé que les deux adhésions pouvaient être comptabilisées (STSJ de Murcia du 31 oct. 2000, AS/4360. Contre cette option, F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 239). L'adhésion d'un

ont conduit le Tribunal Constitutionnel à affirmer qu' « *il manque un système de mesure sûr des pourcentages relatifs aux entreprises et travailleurs [...]* »¹. Dans le même sens, la doctrine estime qu' « *il existe un critère qui attribue la représentativité mais il n'existe pas un moyen efficace qui permet de la constater de façon satisfaisante* »². Les juges recourent, par conséquent, à divers moyens pour mesurer la représentativité de l'association patronale³. Ils procèdent, en définitive, à « *une évaluation raisonnable des éléments œuvrant dans le dossier* »⁴. Afin de surmonter ces difficultés, plusieurs mécanismes palliatifs ont alors été mis en œuvre⁵.

Tout d'abord, une présomption de représentativité « *par notoriété ou par apparence sociale* » a été reconnue à une confédération, la CEOE-CEPYME⁶ et de manière dérivée, à ses affiliés en matière de participation institutionnelle et de cession d'immeubles⁷. Deux éléments spécifiques doivent être néanmoins relevés. D'une part, la mise en œuvre de l'irradiation est tout d'abord apparue dans le fonctionnement

employeur à plusieurs associations est également répandue en France. J. BUNEL souligne ainsi que « *la double, voire triple adhésion d'une entreprise, d'un syndicat ou d'une fédération est possible et nullement exceptionnelle* » (loc. cit., p. 9).

¹ STC 52/1992 du 8 avril 1992. Dans la même sentence, les juges évoquent le « *vide normatif existant en ce qui concerne la délimitation de la plus grande représentativité des associations patronales au niveau étatique [...] comme au niveau des CCAA* ».

² Pour la doctrine F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 63; R. ROQUETA BUJ, loc. cit., 1993, p. 334; L.E. NORES TORRES et G. RODRÍGUEZ PASTOR, loc. cit., p. 154. En effet, il s'avère extrêmement difficile de se fier totalement aux chiffres annoncés par les organisations patronales concernées (A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 98).

³ Par exemple, les juges apprécient les certificats de la Trésorerie Générale de la Sécurité Sociale retraçant l'inscription de l'entreprise et le nombre de travailleurs affiliés (STS du 27 fev. 1996, Ar/1510. Pour approfondir, R. ROQUETA BUJ, loc. cit., 1993, p. 335 s.

⁴ STS du 27 fev. 1996, Ar/1510.

⁵ Néanmoins aucune intervention légale n'a été explicitement envisagée. Un secteur doctrinal a alors affirmé que les carences du dispositif sont « *délibérément* » maintenues. Dans ce sens, il est intéressant de noter la passivité des organisations patronales afin de ne pas modifier un cadre légal qui leur permet d'exercer leurs fonctions sans contrôle étatique sur leur structure et leur fonctionnement et par conséquent, sur la véracité des chiffres d'affiliation (voir par exemple, R. ROQUETA BUJ, loc. cit., 1993, p. 341).

⁶ Créée en 1977, la Confédération Espagnole des Organisations d'Employeurs (CEOE), regroupe en effet, les grandes et petites entreprises. Ces dernières se sont regroupées au sein de la Confédération Espagnole des Petites et Moyennes Entreprises (CEPYME) qui est une structure adhérente à la CEOE (D. M^a CAIRÓS BARRETO, loc. cit., 2003, p. 585 et A.M^a. GARCÍA FEMENÍA, op. cit., p. 210-232.

⁷ Le TS se réfère ainsi à une résolution de la Direction Générale du travail qui énonce qu'« *à la différence de la situation des travailleurs, l'Administration manque d'informations qui lui permettent déterminer le pourcentage de représentativité atteint par les organisations d'employeurs. Dans le cadre étatique, devant une telle situation, est reconnue cette condition de représentativité, par notoriété à la confédération CEOE, CEPYME* » (STS du 20 fév. 1991, Ar/1333 et résolution DGT du 10 juill. 1985). Voir A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 101. Selon l'auteur, « *la condition de représentativité de l'association patronale ne serait pas reconnue par rapport au nombre d'employeurs affiliés et de travailleurs employés dans un champ concret mais par la participation dans divers organismes publics, par la « présence sociale » ou par la simple affiliation à une association qui aura la considération de plus représentative* ».

interne, dans la pratique des organisations¹. D'autre part, la reconnaissance du caractère représentatif est intervenue a posteriori afin de consacrer une situation de fait qui se produisait en dehors de tout cadre légal. Plus encore qu'en matière syndicale, le droit a pris acte sans apporter d'exigences propres.

En matière de négociation collective, au niveau national et interprofessionnel, la représentativité par notoriété de la CEOE-CEPYME est admise. Au niveau sectoriel, les juges ont admis l'intervention d'organisations affiliées à la CEOE-CEPYME sans exiger que celles-ci démontrent leur représentativité². Néanmoins, ils n'ont pas invoqué les effets de l'irradiation mais ont basé leur raisonnement sur deux techniques différentes et spécifiques à la représentation patronale qui trouvent à s'appliquer indépendamment du lien affiliatif. D'une part, la jurisprudence a estimé que la participation traditionnelle et répétée à la négociation de la convention dispense l'association d'employeurs d'apporter la preuve de sa représentativité. D'autre part, les juges ont construit une présomption de légalité de la convention qui est mise en route une fois les démarches administratives d'enregistrement, dépôt et publication de la convention accomplies³. Il incombe alors à celui qui conteste la représentativité d'une association patronale de prouver que celle-ci ne l'est pas, ce qui s'avère dans la pratique et au regard de l'absence d'instrument de mesure, extrêmement complexe⁴.

L'application combinée de ces deux mécanismes conduit en définitive à fonder la représentativité d'une organisation d'employeurs sur la reconnaissance de la partie syndicale qui participe à la négociation⁵. Les juges procèdent donc à une interprétation extensive de l'article 87.1 al. 3 ET aux termes duquel, « *dans tous les cas, il sera nécessaire que les deux parties se reconnaissent comme interlocuteurs* »⁶ jusqu'à le convertir, dans la pratique, en « *voie indirecte d'attribution de la condition de*

¹ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 57.

² A. ESTEVE SEGARRA, « El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales », AS, 2006, n° 22.

³ STS du 5 oct. 1995, Ar/8667 ; STS du 14 fév. 1996, Ar/1017 ; STS du 15 mars 1999, Ar/2917 ; STS du 25 janv. 2001, Ar/2065. Cette présomption est néanmoins, comme l'a souligné la doctrine, d'une « *légalité douteuse* » au regard du caractère d'ordre public des règles de légitimation (M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 178).

⁴ A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 106.

⁵ Adoptant une autre perspective, un courant de la doctrine affirme que la représentativité par notoriété des associations affiliées s'était étendue dans les faits au cadre de la négociation collective (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p.78 et A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 103). Il demeure dans tous les cas que cette considération ne peut se fonder sur une norme légale ou sur une position jurisprudentielle.

⁶ STS du 13 fév. 1996, Ar/1016 et notamment STS du 25 janv. 2001, Ar/2065. Ce précepte, comme l'a souligné la doctrine, pose dans tous les cas des difficultés relatives à sa signification, (C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 73).

représentativité patronale »¹. Il n'en demeure pas moins que plusieurs arrêts récents ont refusé, malgré le caractère favorable et flexible de l'interprétation jurisprudentielle, de reconnaître la légitimation initiale à des associations d'employeurs². Reste alors à apprécier dans le futur les effets de la réforme de 2011 qui a par ailleurs supprimé l'alinéa 3 de l'article 87.1 ET.

160. En France, un constat s'impose : aucun critère n'est prévu par la loi, « *la représentativité des employeurs n'est véritablement définie par aucun texte* »³. Ce vide normatif a alors conduit le Ministre du travail et les juges à transposer au cadre patronal, certains critères de la représentativité syndicale énoncés à l'ancien article L. 2121-1 CT. Très tôt, le Conseil d'Etat a notamment apprécié les effectifs des organisations patronales⁴. Leurs effectifs sont alors appréciés de manière relative⁵. Le nombre de salariés employés par les entreprises adhérentes semble également voué à constituer une variable importante. Elle est notamment prise en compte par le Ministre du Travail⁶ et a les faveurs de nombreux auteurs⁷. Le poids économique de l'organisation considérée a enfin été avancé et représente un critère spécifique à la représentativité patronale et étranger à la pratique espagnole⁸.

Comme en droit espagnol, le niveau national interprofessionnel constitue de plus, le seul niveau dans lequel une présomption de représentativité est reconnue par les

¹ A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 111.

² STS 14 mars 2011, Ar/3252; STS 4 nov. 2010, Ar/8469 ; STS 1 mars 2010, Ar/1478 ; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 144.

³ R. HADAS-LEBEL, op. cit., p. 183). La réforme de 2008 ne s'est pas attachée à la représentativité patronale.

⁴ Cons. Etat 11 janv. 1963, *Dr. soc.*, 1963, p. 397.

⁵ L. FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.*, 2009, p. 438. Les juges visent traditionnellement à apprécier l'importance de l'organisation dans le cadre considéré, envisageant le nombre d'entreprises adhérentes dans le secteur (Cons. Etat 9 fév. 2005, *RJS*, 7/05, n° 757 ; Cons Etat 9 nov. 2007, n° 257252).

⁶ Les juges ont eu l'occasion d'apprécier le nombre de salariés employés (Cons. Etat 13 juill. 1966, *JCP*, 1966, II, 14900, note J.M. VERDIER). Rendue dans une hypothèse particulière, cette décision ne permet pas d'apprécier réellement le rôle attribué par la jurisprudence à ce critère (en l'espèce, une organisation professionnelle conclut un accord instaurant un régime de retraite complémentaire alors que dans son champ d'application existe une entreprise non-adhérente qui occupe plus de la moitié des salariés du secteur. Se basant sur cette circonstance, le Ministre refuse d'agrée la convention. Le Conseil d'Etat estime au contraire que cette circonstance ne suffit pas à elle seule à refuser l'agrément au motif de l'absence de représentativité dès lors que cette organisation professionnelle remplit d'autres critères d'appréciation, notamment celui du nombre d'entreprises affiliés. Rendue dans une hypothèse particulière, cette décision ne permet toutefois pas d'apprécier réellement le rôle attribué par la jurisprudence au critère du nombre de salariés employés).

⁷ J. BUNEL, loc. cit., p. 27 ; voir également L. FLAMENT, loc. cit., *Dr. soc.*, 2009, p. 438.

⁸ Dans ce cadre le Ministre apprécie le chiffre d'affaires des différentes entreprises membres de l'organisation (L. FLAMENT, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 439)

pouvoirs publics¹. Les juges judiciaires ont toutefois réduit la portée de cette présomption en refusant l'application d'une convention interprofessionnelle dans un secteur d'activité concret où les organisations d'employeurs, qui y sont représentatives, ne sont pas affiliées aux signataires de l'accord interprofessionnel². Cette solution remet alors en doute l'existence d'une représentativité au niveau national et interprofessionnel³ et conduit à s'interroger plus loin sur la réalité de ce niveau de négociation en tant que tel et sur les limites de l'autonomie de la branche d'activité⁴. Dans le même sens, les juges administratifs et judiciaires ont affirmé que ces organisations doivent prouver leur représentativité lorsque la négociation porte sur une branche ou un secteur considéré⁵.

La position des juges administratifs reste paradoxalement plus extensive en ce qui concerne la représentativité par irradiation. Le Conseil d'Etat a en effet reconnu représentative une fédération patronale par sa seule affiliation à une organisation

¹ Au niveau national interprofessionnel, trois organisations patronales bénéficient d'un label de représentativité : le Mouvement des entreprises de France (MEDEF, dénommé CNPF jusqu'en 1998), la Confédération générale des petites entreprises (CGPME) et l'Union Professionnel de l'Artisanat (UPA). Pour un historique synthétique de l'apparition de ces trois organisations, L. DAUXERRE, *op. cit.*, n° 445 s. Aux dernières élections prud'homales de 2008, dans le collège des employeurs (participation : 31, 18%), la liste d'Union de Employeurs (qui réunit la CGPME, le MEDEF, l'UPA, la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), l'Union nationale des professions libérales (UNAPL) atteint 72,15% des suffrages (un autre liste, « Economie sociale et solidaire » (AEES) obtient 18,97%; Divers : 8,88%).

² Cass. Soc. 16 mars 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 642 ; Ph. LANGLOIS, « Qu'est-ce-que l'interprofession ? », *Dr. soc.*, 2005, p. 640 ; J. BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.*, 2008, p. 566.

³ En effet, un accord interprofessionnel national conclu par le MEDEF, la CGPME et l'UNA ne sera pas applicable aux entreprises membres d'une organisation non-affiliée à l'une de ces trois structures.

⁴ Sur les conditions de détermination de la branche d'activité, voir *infra*, n° 569.

⁵ Dans ce litige, l'UPA instaure par l'accord collectif du 12 déc. 2001 une contribution de 0,15% du montant de la masse salariale des entreprises artisanales afin de financer le dialogue social. Son entrée en vigueur est alors subordonnée à son extension. Deux questions sont posées : Cette contribution obligatoire n'est-elle pas contraire à la liberté d'association ? L'ensemble des organisations représentatives ne devait-il pas être invité à participer aux négociations de cette convention collective susceptible d'être étendue en vertu de l'article L. 2261-19 CT ? Le Conseil d'Etat (Cons. Etat 30 juin 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 1117 ; P. FOMBEUR, « Conclusions du commissaire du Gouvernement. Sur représentativité du MEDEF dans le secteur de l'artisanat », *Dr. soc.*, 2003, p. 1112 ; D. CHELLE et X. PRETOT, note sous, *D.*, 2004, somm. comm., p. 1701) et la Cour de cassation (Cass. Soc. 4 déc. 2007, *Dr. ouv.*, 2008, p. 535, note I. MEYRAT ; voir également Ph. LANGLOIS, « L'institution par accord collectif étendu d'une contribution destinée à financer le dialogue social », *Dr. soc.*, 2008, p. 460 ; P. RENNES, « Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », *Dr. ouv.*, 2008, p. 113) se sont prononcés sur ces deux questions. Le Conseil d'Etat admet tout d'abord qu'une telle contrainte peut être établie et n'est pas contraire à la liberté d'association. Un arrêté d'extension peut rendre cette contribution obligatoire pour tous les employeurs compris dans le champ d'application de la convention. Ensuite, estimant que les requérants n'ont pas fait la preuve de leur représentativité dans le secteur de l'artisanat, les deux organes affirment qu'ils ne peuvent bénéficier des dispositions relatives à la procédure de négociation d'un accord national susceptible d'être étendu. En définitive, les juges rappellent que la représentativité n'est présumée qu'au niveau national interprofessionnel et que l'invitation à négocier un accord susceptible d'être étendu n'est obligatoire que pour les syndicats reconnus représentatifs dans le cadre d'application considéré.

représentative au niveau national lui permettant ainsi de conclure une convention de niveau départemental¹. Cette position, formulée antérieurement à la loi de 2008, peut se fonder sur une interprétation a contrario de l'article L.2121-2 CT² mais elle choque frontalement contre les nouvelles dispositions en matière syndicale³. Rappelons par ailleurs que la réforme de 2008 prétend rénover la démocratie sociale.

C. La représentation patronale au niveau du groupe

161. Face aux niveaux traditionnels de négociation, les dispositifs légaux ont montré, une certaine réticence à aborder la convention ou l'accord de groupe⁴. En France, la reconnaissance de l'accord de groupe est intervenue par la loi du 4 mai 2004⁵. En Espagne, jusqu'à sa consécration par le RDL 7/2011⁶, l'absence de dispositif légal qui envisageait uniquement le niveau de l'entreprise et le niveau sectoriel n'avait pas empêché la jurisprudence d'admettre la validité du groupe, notamment sur des questions relatives aux relations individuelles et à la détermination de l'employeur⁷. Il ne s'agit

¹ Cons. Etat 30 juin 2006. Voir L. DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S*, n° 30 du 25 juill. 2006, p. 1609.

² Qui dispose que « s'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête ».

³ L. FLAMENT, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 441. Pour approfondir, voir infra, n° 192.

⁴ Nous limiterons ici notre analyse aux groupes de dimension nationale.

⁵ Antérieurement, le vide normatif n'avait pas empêché la pratique conventionnelle de conclure des accords à ce niveau (la première manifestation remonte à 1972, Accords Clin-Midy du 26 janv. 1972, ou plus récemment, accord Unisor-Sacilor du 29 oct. 1990). La jurisprudence se contentait alors d'appliquer les dispositions relatives à la négociation d'entreprise (Cass. Soc. 29 juin 1994, déjà cité. Pour la doctrine, la validité de l'accord de groupe pouvait se fonder sur l'ancien article L.132-2 CT qui prévoyait que la convention est conclue par « un ou plusieurs employeurs pris individuellement » (M.A. ROTSCCHILD-SOURIAC, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 493. Pour une position plus nuancée, J.E. RAY, « Restructurations et statut collectif », *Dr. soc.*, 1989, p. 69). La jurisprudence a pris en compte pour la première fois la spécificité de l'accord de groupe lors d'un arrêt de 2003 (Cass. Soc. 30 avril 2003, *Dr. soc.*, p.740 ; B. GAURIAU, loc. cit., 2003, p.738 ; M.L. MORIN, « Les accords collectifs de groupe, une variété d'accords collectifs de droit commun », *RJS*, 10/2003, p. 743). L'accord de groupe a été finalement consacré par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (G. COUTURIER, « Nouveaux contrats: conventions et accords de groupe », in *Le nouveau Droit de la négociation collective (Loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed Panthéon-Assas, 2004, p.86 ; P.H. ANTONMATTÉI, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe: satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 601 ; B. TEYSSIE, « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 643 ; J.F. CESARO, loc. cit., 2010, p. 780).

Sur l'importance des groupes d'entreprise dans le tissu économique français, voir H.J. LEGRAND, « Accords collectifs de groupe et d'unité économique et sociale, une clarification inachevée », *Dr. soc.*, 2008, p. 60.

⁶ Fortement souhaité par la doctrine, pour tous F. VALDÉS DAL-RÉ, « Por una reforma de la disciplina estatutaria de la negociación colectiva », *RL*, 2010-I-, p. 10.

⁷ Voir par exemple, STS du 7 déc. 1987, Ar/8851, 8 fév. 1988, Ar/594, STS du 8 juin 1988, Ar/5256 et STS du 30 juin 1993, Ar/4939.

pas ici d'ouvrir la boîte de Pandore et d'aborder cette notion de groupe d'entreprise dont les contours sont fuyants, hétérogènes et variables¹. Il conviendra cependant d'esquisser certains éléments de définitions en matière de négociation collective, afin de comprendre l'état du droit positif relatif à la détermination des parties aux processus de négociation à ce niveau et, en l'espèce, de la partie patronale.

1. Le mandat légal au représentant de l'entreprise dominante en France

162. La particularité du dispositif français réside dans la dualité du périmètre du groupe selon qu'il s'agit de l'instauration d'un comité de groupe ou de la mise en œuvre d'un processus de négociation collective. En effet, aux termes de l'article L. 2331-1, I CT relatif à la création du comité de groupe, un groupe est « *formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les 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* ». En revanche, en matière de négociation collective, l'article L. 2232-30 CT se limite à énoncer que « *la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* ».

La combinaison de ces textes laisse donc en suspens la définition du périmètre du groupe² mais permet d'affirmer que l'existence d'une entreprise dominante, définie par rapport aux canons du droit commercial, constitue une variable fondamentale du groupe d'entreprises³. Cette affirmation se voit confirmée par l'article L. 2232-31 CT qui dispose que peuvent négocier « *l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou*

¹ Pour approfondir, voir en France, *Dr. soc.*, Juillet-Août 2010, n° spécial, « Groupes de sociétés et droit du travail ». En Espagne, L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, Ministerio del Trabajo, 1986; E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Los "grupos de empresa" ante la jurisprudencia social española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000 et *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Modernas fórmulas de regulación*, Madrid, CES, 2000; J.L. MONEREO PÉREZ, *Teoría jurídica de los grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997, p. 234; *La negociación colectiva en los grupos de empresa: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Coord. J. MARTÍNEZ GIRÓN, Madrid, MTAS, 2003.

² La doctrine se demande alors si le groupe est une notion objective déterminée par la loi au travers du cadre du comité de groupe ou s'il s'agit d'une notion subjective permettant alors aux parties de définir eux-mêmes le cadre du groupe (J.F. CESARO, loc. cit., 2010, p. 781).

³ Néanmoins, un processus de négociation collective spécifique pouvant aboutir à la conclusion d'un accord d'intéressement, de participation ou relatif à l'instauration d'un plan épargne, propose une définition du groupe distincte et plus large dont le critère de définition est l'existence d'« *entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* (art. L. 3344-1 CT).

plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord »¹.

Incontestablement, le représentant de l'entreprise dominante possède un rôle central en matière de négociation collective. Il se voit attribuer « *un véritable pouvoir légal* »² pour négocier un accord qui s'appliquera à l'ensemble des entreprises du groupe sans que les représentants de ces dernières n'aient participé directement à la négociation³. Ce texte, sous son apparente clarté, pose néanmoins toute une série de problèmes dont le degré de difficulté est variable.

Tout d'abord, une interprétation littérale du texte qui emploie la conjonction « ou », conduirait à affirmer que la négociation ne peut être conduite à la fois par le représentant de l'entreprise dominante et par des représentants des autres entreprises. Néanmoins, la doctrine a justement souligné que l'entreprise dominante « *a le choix de conduire seule la négociation ou d'y associer, à côté des ses propres dirigeants (ou représentants), un ou des représentants des autres entreprises concernées* »⁴.

Une deuxième difficulté est consécutive aux modalités dans lesquelles s'effectue le mandat évoqué par la loi. La détermination de l'auteur du mandat reste en effet ambiguë. La lettre de l'article L. 2232-31 laisse penser que le mandat doit émaner des entreprises affectées par la convention, objet du processus de négociation⁵. Néanmoins, l'administration considère que l'employeur de l'entreprise dominante peut également

¹ La première remarque est d'ordre sémantique. La doctrine relève justement la malheureuse rédaction légale qui mentionne « *l'employeur de l'entreprise* ». Or si « *dans l'entreprise, il y a un employeur, celui-ci n'est pas l'employeur de l'entreprise mais il est l'employeur de son personnel* » (G. COUTURIER, loc. cit., 2004, p. 86 ; P.H. ANTONMATTEI, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe: satisfaction et interrogations », *Dr. Soc.*, 2004, p. 601).

² G. COUTURIER, loc. cit., 2004, p. 85.

³ Le représentant de l'entreprise dominante dispose ainsi d'un mandat légal lui permettant d'être habilité de plein droit à négocier et conclure une convention applicable à l'ensemble des entreprises du groupe. Dans ce cadre, le représentant de l'entreprise dominante n'a pas à être mandaté par les représentants des autres entreprises. Comme le souligne H.J. LEGRAND, « *la situation des sociétés membres d'un groupe n'a rien en commun avec celles des entreprises membres d'une association ou d'un syndicat patronal. [...] En effet, la domination inhérente à la notion de groupe suppose que la société qui l'exerce ait le pouvoir d'imposer ses décisions aux autres* » (loc. cit., 2008, p. 62). Un auteur s'est montré critique estimant notamment que la nécessité du mandat « *aurait permis de vérifier la réalité de la domination affirmée* » (J.F. CESARO, loc. cit., 2010, p. 782). Antérieurement à la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait qu'un accord signé par une entreprise, même dominante, ne s'appliquait pas aux autres sociétés du groupe n'ayant pas négocié et signé ledit accord (Cass. Soc. 23 janv. 2002 ; P. LAGESSE, « Sur les conventions et accords de groupe », in *Le nouveau Droit de la négociation collective (Loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, *Dir. B. TEYSSIE*, Paris, Ed Panthéon-Assas, 2004, p. 97).

⁴ B. TEYSSIE, op. cit., p. 540. L'auteur souligne toutefois que « *le risque existe de constituer alors une délégation patronale pléthorique* ».

⁵ J. GRANGE et N. EL AOUGRI, « La négociation de groupe », *SSL*, 2003, n° 1144, p. 5). Concrètement peut être mandaté un des dirigeants des entreprises concernées, un des dirigeants du groupe non concernés ou même une tierce personne, étrangère au groupe.

être l'auteur du mandat¹. Il s'agit dans tous les cas d'un mandat exprès, relatif à la négociation envisagée qui permet l'application de la convention à l'ensemble des entreprises concernées².

La dernière difficulté renvoie à l'hypothèse dans laquelle l'accord ne porte que sur une partie du groupe³. Si l'entreprise dominante entre dans le cadre d'application de l'accord, sa participation à la convention est logique et s'effectue au regard des considérations antérieurement exposées. Par contre, si l'accord porte sur une partie du groupe dans laquelle n'est pas incluse l'entreprise dominante, son intervention peut être remise en question⁴. Dès lors, la négociation ne pourrait être conduite que par les représentants des entreprises comprises dans le champ d'application de l'accord⁵. Selon cette interprétation, les deux modalités prévues à l'article L. 2232-31 CT visent alternativement ces deux situations. Le représentant de l'entreprise dominante négocie lorsque l'accord englobe l'ensemble des entreprises du groupe et les représentants des entreprises concernées négocient lorsque l'accord ne se déploie que sur une partie du groupe. Face à cette position qualifiée de « rigide », le Professeur COUTURIER avance une interprétation « plus libérale » selon laquelle est sans effet le champ d'application de l'accord⁶ sur la détermination de la partie patronale. L'intervention du représentant de l'entreprise dominante et/ou des représentants des autres entreprises est donc toujours possible.

En définitive, le Professeur TEYSSIE a selon nous parfaitement résumé l'esprit du dispositif légal en écrivant que « *la position éminente occupée par l'entreprise*

¹ Circ. DRT, n° 9 du 22 sept. 2004, Fiche 5, point 2 : « *du côté patronal, la partie à la négociation peut être soit la direction de l'entreprise dominante, soit un ou plusieurs représentants des employeurs concernés par le champ de l'accord et mandatés à cet effet par l'employeur de l'entreprise dominante ou par l'ensemble des employeurs concernés* ».

² Dans cette hypothèse et contrairement à la négociation conduite par le représentant de l'entreprise dominante, aucun mandat légal ne permet à un des représentants d'engager les représentants des autres entreprises. Le mandat constitue ainsi le fondement de l'application de la convention.

³ Art. L. 2232-30 CT.

⁴ Dans ce sens, pour une position critique à cette possibilité, voir G. AUZERO, « La vie des conventions et accords collectifs de travail », *RDT*, 2006, p. 230

⁵ Inversement, l'entreprise dominante interviendrait de manière automatique lorsque la convention affecte la totalité des entreprises du groupe

⁶ G. COUTURIER, loc. cit., 2004, p. 86. Dans le même sens, la circ. DRT n° 9 du 22 septembre 2004 énonce dans ce sens que « *quelque soit le périmètre de l'accord, l'employeur de l'entreprise dominante ou son représentant a vocation à représenter l'ensemble des employeurs concernés sans qu'il ait nécessairement à justifier d'un mandat exprès des employeurs des entreprises comprises dans le périmètre concerné. Mais il peut également donner mandat à un ou plusieurs autres employeurs compris dans le champ de l'accord pour représenter l'ensemble des entreprises concernées* ».

dominante, mandataire légal de l'ensemble des entreprises du groupe, justifie de lui reconnaître en tout état de cause, le pouvoir d'organiser la délégation patronale »¹.

2. L'autoorganisation patronale en Espagne

163. En Espagne, en l'absence de norme légale spécifique, le Tribunal Suprême considère que le groupe d'entreprises est constitué par « *diverses entreprises qui, ayant une personnalité juridique propre, opèrent sous une même direction et, dans les relations de travail, agissent comme une seule unité organisatrice* »². La doctrine souligne ainsi que le groupe d'entreprises implique l'existence d'une unité de direction et d'une unité économique³. L'appréciation des relations internes entre les différentes entreprises du groupe démontre néanmoins que cette unité de direction peut présenter diverses configurations. D'un côté, elles peuvent se caractériser par l'existence d'un lien de subordination ou de dépendance des entreprises à une direction unique, on parle alors de groupe par subordination ou de groupe vertical. D'un autre côté, la direction ne se base pas sur une relation de contrôle mais se développe au travers d'un accord entre toutes les entreprises qui poursuivent un intérêt économique commun, on parle alors de groupe par coordination ou de groupe horizontal⁴. Cette dernière considération explique alors pourquoi le droit espagnol envisage également la pluralité d'entreprises à l'intérieur de la problématique du groupe. Dans les deux cas, l'unité de direction demeure cependant, sans préjudice de son intensité ni de sa forme d'action⁵. Dans ce sens, le TS estime que ce critère « *est celui qui doit s'utiliser pour tracer la ligne de division entre les conventions d'entreprises et celles de secteur* »⁶.

Cette approche basique de la notion de groupe d'entreprises permet de mettre en exergue son hétérogénéité et de souligner l'impossibilité de dégager un modèle unique

¹ B. TEYSSIE, loc. cit., 2005, p. 645.

² STS du 27 juin 1994, Ar/6316 ; STS du 28 oct. 1999, Ar/8510.

La doctrine a alors souligné la dualité inhérente au groupe qui se caractérise par l'indépendance juridique des entreprises et par l'existence d'« *un unique intérêt économique* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 142).

³ L.M. CAMPS RUIZ, op. cit., 1986, p. 11. Voir également E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., Tirant lo Blanch, 2000, p. 17 et op. cit., CES, 2000, p. 70; V. SEMPERE NAVARRO et M^a. ARETA MARTÍNEZ, « El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa », *RMTAS*, n° 48, 2004, p. 100.

⁴ Sont également évoqués les groupes centralisés et décentralisés. L.M. CAMPS RUIZ, op. cit., 1986, p. 17.

⁵ E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 81

⁶ STS du 27 avril 1995, Ar/1434 ; STS du 30 oct. 1995 ; STS du 20 déc. 1995, Ar/698.

de groupe¹. Dans ce cadre, l'identification des parties à la négociation d'un accord de groupe demeure une opération délicate. Une spécificité du droit espagnol doit par ailleurs être soulignée. Les conventions conclues par les Administrations publiques relatives aux travailleurs soumis au droit privé ont été rattachées aux conventions de groupe².

En l'absence de règle légale spécifique, les discussions doctrinales ont visé à rattacher l'accord de groupe à l'accord d'entreprise ou à l'accord sectoriel afin d'appliquer les règles de légitimation correspondantes³. La jurisprudence, après avoir appliqué alternativement les règles relatives au sectoriel⁴ et les règles relatives aux conventions d'entreprises⁵, a finalement établi en 1999 un critère mixte⁶. Seront alors appliquées les règles relatives à la légitimation des conventions sectorielles à la représentation salariale et les règles relatives à la légitimation des conventions d'entreprises à la représentation patronale.

¹ Pour approfondir sur les différentes formes des groupes d'entreprise, voir L.M. CAMPS RUIZ, op. cit., 1986, p. 12 s.; E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 81 s.; J.L. MONEREO PÉREZ, op. cit., 1997, p. 234. Un auteur propose alors une conception générique de l'accord de groupe défini de manière négative : il ne correspond pas à un secteur ou à une branche et ne se réduit pas à une seule entreprise. (F. VALDÉS DAL-RÉ, « Negociación cooperativa, flexibilidad laboral y crisis económica », *RL*, 1993-II, p. 40).

² En effet, la pratique espagnole a vu se développer des accords applicables au sein de l'ensemble des hopitaux, des universités ou des services administratifs d'une communauté autonome. La doctrine a alors souligné que « *bien que la négociation dans chacun de ces cadres présente des caractéristiques particulières, les solutions jurisprudentielles ont dû donner une réponse globale* » (A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 133). Pour la jurisprudence, voir notamment STS du 21 déc. 1999, Ar/528 de 2000 qui procède à l'assimilation considérant que dans les deux hypothèses, il s'agit « *d'unités complexes dans lesquelles ne négocie pas un unique employeur comme personne physique ou morale également unique, mais un ensemble d'entreprises doté d'une certaine unité de direction ou d'intervention mais qui est intégré par plusieurs personnes qui demeurent des centres juridique distinct bien que pouvant constituer une groupe possédant une certaine homogénéité dans le champ des relations de travail* ».

³ La doctrine majoritaire considère que les règles de légitimation relatives à la convention d'entreprise peuvent s'appliquer (par exemple, J. CRUZ VILLALÓN, « La negociación colectiva en los grupos de empresa », in *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, p. 287; A. ESTEVE SEGARRA, op. cit., p. 136). D'autres auteurs estiment au contraire que sont plus adaptées les règles de la négociation de niveau sectoriel (voir par exemple, T. SALA FRANCO, « Las relaciones colectivas en los grupos de empresa », in *Cuadernos de Derecho Judicial. Aspectos laborales de los grupos de empresa*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 50; J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1992, p. 436). Une troisième position doctrinale rattache ces conventions aux accords régis par l'article 83 ET et parle de « *négociation au sommet* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 38; E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 190 qui se base principalement sur les matières traitées par la convention. Cette position a été expressément rejetée par la jurisprudence, STS du 28 oct. 1999, Ar/8510).

Pour une analyse des différentes postures, E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 178; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 223 s.

⁴ Voir par exemple STS du 8 oct. 1993, Ar/7581; STS du 4 fév. 1998, Ar/1998.

⁵ STS du 15 fév. 1993, Ar/1165 ; STS 27 avril 1995, Ar/3273 ; STS du 30 oct. 1995, Ar/7930.

⁶ STS du 14 juin 1999, Ar/5216, STS du 28 oct. 1999, Ar/8510 et STS du 21 déc. 1999, Ar/528 de 2000 ; STS 10 juin 2002, Ar/10643.

Sur les difficultés d'appliquer de manière indiscriminée les règles d'un des deux niveaux de négociations (A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 221 et M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 144).

Centrant ici notre analyse sur la représentation patronale¹, cette position jurisprudentielle semble satisfaisante². En effet, il ne semble pas opportun de confier ce type de négociation aux associations patronales légitimes pour négocier au niveau sectoriel alors même qu'il est possible d'identifier sans difficulté les entreprises affectées qui peuvent négocier directement³. Incontestablement les conventions conclues par l'Administration publique ont largement influencé cette solution⁴. Le raisonnement des juges renvoie en définitive à l'existence d'une unité de direction qui permet d'assimiler la direction du groupe à l'employeur défini à l'article 1.2 ET. Dès lors, « *la négociation de la convention collective de groupe d'entreprises peut uniquement correspondre en tout logique, au propre groupe et à ses organes de direction* »⁵.

Considérant que la partie patronale du groupe est régie par l'article 87.1 al. 3 ET, il convient alors d'identifier concrètement qui va négocier et d'établir le mécanisme juridique permettant l'application de la convention. Pour certains auteurs, de manière similaire au dispositif français, la conduite des négociations est confiée à l'entreprise dominante qui assume la représentation du reste des entreprises du groupe⁶. Retenant toujours l'intervention de l'entreprise dominante, d'autres auteurs soulignent que l'application de la convention à l'ensemble des entreprises demeure subordonnée à l'adhésion postérieure des représentants des différentes entreprises concernées⁷. Enfin, un troisième secteur doctrinal considère que dans cette hypothèse doivent s'appliquer les règles de droit civil relatives au mandat représentatif prévoyant une délégation

¹ Pour approfondir sur la représentation salariale, voir infra, n° 217.

² Un secteur doctrinal propose alors d'assimiler l'ensemble des chefs d'entreprises du groupe à une nouvelle forme d'association patronale. Pour approfondir, E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 211.

³ La jurisprudence souligna que l'application des règles relatives aux conventions sectorielles conduisent « *la partie patronale à agir au travers d'une association ce qui s'avère inadéquate à la structure unitaire réelle de l'ensemble ou du groupe d'entreprises [...]* » (STS du 21 déc. 1999, Ar/528 de 2000). Antérieurement les juges avaient toutefois estimé que seules les organisations d'employeurs auxquelles se réfèrent l'article 87.3 ET pouvaient négocier ce modèle de convention (STS 27 avril 1995, Ar/3273).

⁴ Les juges ont ainsi souligné que cette solution « *s'impose par la réalité socio-juridique qu'est l'impossibilité juridique d'admettre des formes associatives d'entreprise dans le cadre et la sphère de l'Etat et de ses différentes administrations publiques* » (STS 14 juin 1999, Ar/5216).

⁵ Voir par exemple, STS du 28 oct. 1999, Ar/8510.

⁶ Dans ce sens, l'accord conclu par l'entreprise dominante lie les autres entreprises du groupe (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 38). Néanmoins, une auteure considère que l'identification de la partie aux négociations et l'identification de la partie patronale en matière contractuelle sont deux questions distinctes qui ne doivent pas être mises en relation (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 143).

⁷ L'entreprise dominante négocie la convention à laquelle adhérera postérieurement le reste des entreprises du groupe (en application de l'article 92.1 ET), voir T. SALA FRANCO, loc. cit., 1994, p. 51 ; E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 209 qui souligne qu'il s'agit du mécanisme employé généralement dans la pratique.

expresse de la capacité de négocier¹. La configuration du groupe qui peut être de subordination ou de coopération doit certainement être pris en compte à l'heure de déterminer le mécanisme à mettre en place².

Le niveau du groupe pose incontestablement de nombreuses difficultés juridiques. Alors que le dispositif légal français opte en matière de négociation collective, pour un groupe d'entreprises clairement identifié, caractérisé par une entreprise dominante dont le représentant mène le processus de négociation, l'absence de définition légale en Espagne, permet une définition large de la notion de groupe d'entreprises qui complexifie consécutivement l'identification de la partie patronale mais surtout la détermination des mécanismes permettant l'application de la convention à l'intérieur du groupe. On note néanmoins une capacité d'adaptation importante et la volonté de doter d'effet normatif et *erga omnes* à ce type d'accord conclu à un niveau juridiquement variable et économiquement incontournable.

Dans ce cadre, la réforme de 2011 a logiquement retenu le critère mixte. Désormais, aux termes de l'article 87.3 al. 1 b) ET, vont négocier les conventions de groupe d'entreprises, « *la représentation des dites entreprises* ». Reste alors à l'autoorganisation au sein du groupe à établir les mécanismes de représentation. Précisons afin que, parallèlement au groupe d'entreprises, peuvent également se négocier « *des conventions qui affectent une pluralité d'entreprises liées pour des raisons d'organisation ou de production et nominativement identifiées* ». Cette notion permet sans nul doute de rendre compte de la traditionnelle acceptation de la pluralité d'entreprises qui dépasse la notion de groupe et permet d'englober des réalités variées³.

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 287. L'auteur nuance toutefois ces propos et admet l'intervention de l'entreprise dominante. Pour approfondir sur ces discussions, voir M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p.239.

² Dans la pratique, les conventions sont conclues par « *la direction des entreprises du groupe* », « *les représentants des entreprises du groupe* », « *les entreprises du groupe suivantes* » qui sont individuellement nommées, « *les désignés par la direction des entreprises du groupe* », « *les désignés par la direction du groupe* », « *les désignés par la direction des entreprises en leur représentation* » ou même par « *les désignés par la direction de l'entreprise en sa représentation* » (R.P. RON LATAS, « La legitimación para negociar y las relaciones colectivas en el contenido del los convenios colectivos de grupos de empresas » in *La negociación colectiva en los grupos de empresa: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Coord. J. MARTÍNEZ GIRÓN, Madrid, MTAS, 2003, p. 47. L'auteur souligne que, dans le dernier exemple, la nature de la convention est préjugée)

³ Cette notion permet d'envisager « *l'emplacement physique, la participation commune à un même processus productif ou le développement de processus communs de gestion* » (pour approfondir, J.M^a. GOERLICH PESET, « La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios », in *La reforma del sistema de negociación colectiva y análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Madrid, MTIN, 2008, p. 81; M. NOGUEIRA GUSTAVINO, « Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F.

Il s'agit en définitive d'empêcher la conclusion de conventions entre des entreprises dont le seul lien est le partage d'une même activité économique et, par conséquent, la segmentation du secteur¹. Des entreprises qui ne sont pas liées en matière d'organisation ou de production, ne peuvent donc négocier une négociation et devront ou bien appliquer la convention sectorielle ou bien négocier leur propre convention.

164. En guise de conclusion générale sur l'identification de la partie patronale au niveau sectoriel, il est intéressant de souligner deux aspects.

D'une part, en Espagne, la représentativité des organisations d'employeurs est une exigence légale, une *condition structurelle* de la convention statutaire. En France, celle-ci n'est exigée qu'en matière de conventions ou accords susceptibles d'extension². Dès lors, il est possible d'affirmer que la représentativité patronale est inhérente, dans les deux droits, à l'attribution à la convention d'une efficacité générale. D'autre part, lorsque la représentativité est requise, force est de constater que les deux dispositifs manquent de moyens et d'instruments fiables et efficaces pour la mesurer ; une sensation demeure : la représentation patronale est un sanctuaire que l'Etat et la loi ne veulent profaner. La prise en compte de l'hétérogénéité des intérêts patronaux et la nécessaire répartition du poids entre les grandes entreprises et les PME représentent pourtant des questions essentielles³. Les nouvelles fonctions de la négociation collective appellent dans tous les cas la loi à intervenir et à saisir à bras le corps un système défaillant en soumettant les interlocuteurs patronaux aux mêmes exigences démocratiques que le monde salarial.

Conclusion SECTION I

165. Pour conclure cette section, trois points méritent d'être soulignés.

VALDÉS DAL-RÉ, *Coord. J. LAHERA FORTEZA*, Madrid, La Ley, 2008, p. 307; R. MENÉNDEZ CALVO, *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Madrid, CES, 2009, p. 281.

¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 140 qui souligne toutefois que, dans la pratique, le mécanisme de l'adhésion (art. 92 ET) peut permettre de contourner cette exigence légale).

² En dehors de cette hypothèse, la représentation patronale française est une représentation de volonté puisque la convention ne déploiera d'effet que sur les membres des organisations signataires.

³ L'intérêt des associations d'employeurs de multiplier les branches afin de voir leurs intérêts être mieux prise en compte consitue une autre donnée qui porte préjudice à la qualité du système de négociation collective (pour approfondir, voir infra, 569). Plus loin, on peut soutenir que la prédominance des grandes entreprises dans les organisations patronales favorise un appauvrissement du contenu des conventions de branche au bénéfice de l'accroissement de l'autonomie de la négociation d'entreprise (pour approfondir, voir infra, n° 735).

Premièrement, il ressort de ces développements que le caractère représentatif des syndicats de salariés est consubstantiel à la mise en marche d'un processus de négociation au niveau sectoriel. Du côté patronal, le dispositif français ne prévoit cette exigence que lors de la négociation d'une convention de branche susceptible d'extension. Dans ce cadre, il est possible d'affirmer que la représentativité est une qualité qui est nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure de négociation d'une convention sectorielle dotée d'efficacité personnelle *erga omnes*.

Deuxièmement, nous avons constaté que la qualité de représentatif n'entraîne pas automatiquement la capacité d'un syndicat de négocier effectivement et par conséquent de conclure une convention collective. En droit espagnol la représentativité est une condition nécessaire à la reconnaissance de la légitimation initiale qui permet d'accéder à la procédure de négociation sans préjudice de sa mise en œuvre effective. Dès lors la représentativité qui permet d'acquérir la légitimation initiale est une condition nécessaire mais n'est pas suffisante pour négocier une convention collective. Au contraire, en France, antérieurement à la réforme de 2008, il était possible de considérer que la représentativité, condition structurelle de la convention, était nécessaire et suffisante pour négocier et conclure une convention. Nous verrons qu'une évolution amorcée en 1982 a cependant abouti à la distinction entre la phase de négociation et celle de la conclusion de la convention. Aujourd'hui la représentativité demeure une condition nécessaire et suffisante pour négocier mais n'est plus une condition suffisante pour conclure une convention collective.

Troisièmement, les deux droits envisageaient traditionnellement deux voies de reconnaissance du caractère de représentativité : la représentativité prouvée et la représentativité par affiliation.

En ce qui concerne la représentativité prouvée du côté patronal, force est de constater que les deux dispositifs sont lacunaires. En Espagne, il s'agit néanmoins de carences de forme, pourrait-on dire, relatives à l'absence d'instruments fiables permettant de mesurer les critères légalement établis. En France, les lacunes sont de fond en raison de l'absence pure et simple de critères légalement définis. Dans tous les cas, la préoccupation d'équilibrer la part entre les grandes entreprises et les petites et moyennes entreprises doit constituer, selon nous, une variable centrale, tant leurs intérêts et leurs objectifs peuvent être différents, voire même éloignés.

Du côté des syndicats de salariés, la prédominance du critère de l'audience électorale est aujourd'hui incontestable dans les deux pays afin de mesurer la

représentativité syndicale. Plusieurs points doivent néanmoins être relevés. D'une part, en Espagne, elle s'érige en critère unique et exclusif de mesure de la représentativité alors qu'en France, elle s'ajoute à d'autres critères légaux dont l'accomplissement est toutefois nécessaire. D'autre part, les deux pays ont retenu les élections des représentants du personnel de l'entreprise pour mesurer l'audience électorale. La perspective ascendante de la représentativité est certes une bonne nouvelle pour la démocratie sociale mais le scrutin retenu présente, sans nul doute, un caractère partiel et vicié. Dès lors, alors que l'audience électorale constitue en tant que telle le meilleur critère, les difficultés surgissent par rapport au scrutin permettant de la mesurer ; la forme plutôt que le fond donc. Enfin, l'analyse des deux dispositifs a permis de relever que, tout en fixant un seuil légal impératif, ils ont néanmoins retenu une base d'appréciation différente. En Espagne, il s'agit d'une légitimation électorale qui s'apprécie par rapport aux pourcentages de représentants obtenus par chaque syndicat. En France, l'audience est appréciée lors du premier tour des élections dans lequel aucun quorum n'est exigé. Les deux options présentent des inconvénients majeurs mais il est certain que la légitimité des syndicats se trouve renforcée dans le dispositif espagnol.

En ce qui concerne la représentativité par affiliation, contentons-nous de souligner que la réforme intervenue en France en 2008 prévoit la suppression de cette voie de reconnaissance contrairement au droit espagnol qui maintient sa mise en œuvre¹.

166. Ces considérations se sont essentiellement centrées sur le niveau sectoriel dans lequel le monopole syndical est garanti. Incontestablement, plusieurs éléments gardent toute leur vigueur quel que soit le niveau. Néanmoins, les aménagements relatifs à l'identification des négociateurs syndicaux et à l'intervention des représentants élus des salariés dans l'entreprise doivent nous conduire à aborder de manière séparée l'analyse des négociateurs à ce niveau.

SECTION II : La représentation salariale dans la négociation d'entreprise

167. Les droits français et espagnol ont tous deux reconnu et établi un double canal de représentation dans l'entreprise : la représentation syndicale ou externe et la

¹ Pour approfondir sur cette question, voir infra, n° 190 s.

représentation élue ou interne¹. La répartition des fonctions attribuées à chacun des modes de représentation ne s'est toutefois pas effectuée dans les mêmes conditions. En France, la logique générale du dispositif légal se base, en principe, sur la différence basique entre consultation avec les élus et négociation avec les syndicats représentatifs². En Espagne, au contraire, aucune répartition des missions n'est effectuée. Le droit espagnol attribue alors, de manière explicite, la capacité de négocier à la représentation syndicale mais également à la représentation élue. Est ainsi configuré un système de représentation conventionnelle duale³. La réforme de 2011 a maintenu cette dualité. Néanmoins, elle a opéré un inversement juridique de la réalité pratique, en donnant préférence, si celle-ci le désire, à la représentation syndicale qui a par ailleurs été définitivement identifiée.

Afin de traiter l'ensemble des questions inhérentes à la représentation salariale dans la négociation d'entreprise, nous aborderons donc successivement l'intervention des représentations syndicales et des représentations élues.

§ 1 : La représentation syndicale

168. En France, aux termes de l'article L. 2232-16 al.1 CT, « *la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise* ». En Espagne, antérieurement au RDL 7/2011, l'article 87.1 ET prévoyait que la négociation au niveau de l'entreprise ou aux niveaux inférieurs était conduite par les « *représentations syndicales s'il y en avait* ». L'ambiguïté de cette formulation a été la source de controverses doctrinales et de

¹ La partie patronale au niveau de l'entreprise ne pose pas de difficultés majeures. Dans la pratique, la représentation de l'employeur est assurée par le propriétaire de l'entreprise, personne physique, ou le mandataire social si l'entreprise est organisée sous forme de société. L'employeur peut également être représenté par une personne expressément déléguée par lui-même pour exercer cette responsabilité (délégation de pouvoir). Pour approfondir, voir en France, J. PELISSIER, loc. cit., 1984, p. 681. En Espagne, l'article 88.1 ET relatif à la constitution de la commission de négociation fait référence à « *l'employeur ou ses représentants* » (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 74).

² Pour une vision globale des tensions inhérentes à la dualité de représentation dans l'entreprise en droit français, G. LYON-CEAN, loc. cit., Dalloz, 2001, p. 81 s.

³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 137. L'auteur écrit ainsi qu'en droit espagnol, « *la séparation entre fonctions de participation et de revendication disparaît comme conséquence du schéma légal et, concrètement, de la pleine attribution aux comités d'entreprise et aux délégués du personnel de la capacité conventionnelle et pour déclarer des mesures de conflits collectifs parmi lesquels la grève* » (p.151). Voir également, T. SALA FRANCO, « La representación de los trabajadores en la empresa », *RL*, 1990-II, p. 156; J. LAHERA FORTEZA, « El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa », in *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE y M^a.L. MOLERO NARAÑÓN, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, p. 21.

problèmes juridiques. La réforme de 2011 a définitivement consacré l'option doctrinale, jurisprudentielle et pratique, et se réfère désormais de manière explicite « *aux sections syndicales* ».

Deux remarques peuvent être à première vue formulées. D'une part, alors qu'en France, l'identification de la partie syndicale lors d'une négociation d'entreprise s'inscrit dans la continuité des règles applicables aux niveaux sectoriels et se réfèrent directement aux syndicats de salariés, le droit espagnol évoque non pas le syndicat comme institution mais les sections syndicales dans l'entreprise. D'autre part, il convient de noter que le droit français prévoit expressément que les syndicats qui interviennent dans la négociation d'entreprise y doivent être représentatifs alors que le droit espagnol n'impose, a priori, aucune exigence de représentativité.

Alors que les deux dispositifs visent, sans nul doute, à garantir la légitimité des négociateurs syndicaux, le postulat légal de départ se traduit par l'établissement de mécanismes et solutions différents. Deux axes d'analyse permettent, selon nous, d'illustrer pertinemment ce propos.

D'un côté, l'identification de la partie syndicale démontrera que, dans les deux droits, la représentation syndicale correspond, en principe, à un ou des salariés de l'entreprise dans laquelle se négocie la convention. Il convient alors de s'attacher particulièrement à la répartition des pouvoirs entre le syndicat et les salariés de l'entreprise dans la désignation des négociateurs syndicaux. D'un autre côté, l'analyse de la portée de la technique de l'irradiation présente en matière de négociation d'entreprise une importance particulière. Il importe dans ce sens de déterminer quelles sont les conditions d'accès des représentants des syndicaux représentatifs au niveau sectoriel¹.

Une dernière remarque doit néanmoins être formulée et vise à souligner qu'en droit espagnol, l'analyse se limite à identifier les parties susceptibles de participer à la négociation sans s'attacher aux conditions nécessaires à la mise en œuvre effective du processus de négociation². Sans préjudice des nuances qu'il conviendra d'apporter, on

¹ Incontestablement, cette question dépasse le seul cadre de l'entreprise et joue à tous les niveaux de négociation, excepté au niveau national interprofessionnel. Conscients que l'option méthodologique de traiter cette question lors de l'étude de la représentation salariale dans la négociation d'entreprise, est critiquable, nous estimons néanmoins que la comparaison entre l'esprit de la réforme française de l'été 2008 et les spécificités de son application en droit espagnol s'avère extrêmement intéressante au niveau de l'entreprise. Il conviendra cependant de s'écarter de manière ponctuelle du cadre de ce développement pour apporter certaines précisions sur l'impact de la technique de l'irradiation au niveau sectoriel, notamment par rapport au droit espagnol.

² Voir infra, n° 263 s.

se situe donc au stade de la légitimation initiale. Au contraire, le droit français aborde directement la faculté de négocier effectivement une convention d'entreprise. L'existence de conditions supplémentaires, autres que la représentativité des négociateurs syndicaux, déplace alors le cadre de l'analyse vers les conditions de conclusion de la convention¹.

169. Afin d'aborder ces questions, nous nous proposons donc d'identifier, dans un premier temps, la partie syndicale susceptible de conduire la négociation au sein de l'entreprise avant de s'attacher spécialement, dans un deuxième temps, aux conditions de l'intervention, en matière de négociation collective, des syndicats affiliés à une confédération syndicale dotée du pouvoir d'irradiation.

A. L'identification de la partie syndicale dans la négociation

170. Il ressort des deux dispositifs légaux que la négociation collective d'entreprise n'est pas conduite par les mêmes sujets syndicaux.

En France, il ressort des dispositions du Code du travail que les négociations sont traditionnellement conduites par les délégués syndicaux désignés par les syndicats représentatifs dans l'entreprise. La réforme de 2008 a profondément renforcé les exigences qui permettent sa désignation². Dans ce cadre, il est intéressant de relever que d'autres représentants syndicaux peuvent également conduire un processus de négociation collective.

En Espagne, antérieurement à la réforme de 2011, l'expression de « *representations sindicales* » employée à l'article 87.1 ET n'identifiait pas concrètement la partie syndicale dans la négociation d'entreprise. Les éléments de réponses ont alors été trouvés dans la Loi Organique de Liberté Syndicale (LOLS) entrée en vigueur en 1985³. Il résulte en effet des termes de l'article 8.2.b) LOLS que des sections syndicales déterminées ont le droit « *à la négociation collective dans les*

¹ Voir infra, n° 304 s.

² Nous verrons plus loin que la réforme de 2008 limite également ces possibilités de manière radicale. L'élimination de la présomption de représentativité par affiliation représente dans ce sens une mesure qui prive certains syndicats d'une faculté qui leur était traditionnellement reconnue.

³ Nous aborderons plus loin les conséquences de la non-concordance entre l'entrée en vigueur de l'ET et celle de la LOLS sur la répartition des rôles entre les deux types de représentation dans l'entreprise (voir infra, n° 213).

termes établis dans sa législation spécifique »¹. La doctrine et la jurisprudence ont ainsi interprété de façon unanime que les « *représentations syndicales* » évoquées dans l'ET se réfèrent aux sections syndicales régulées dans la LOLS². L'option du RDL 7/2011 d'évoquer explicitement les sections syndicales correspond donc à une consécration de la pratique conventionnelle et jurisprudentielle. Force est cependant de constater qu'indépendamment de la formule utilisée, l'ET ne prévoit pas d'exigences spécifiques et semble permettre à toutes les sections syndicales de négocier. Là encore, des éléments de réponse importants peuvent se trouver dans la LOLS.

La comparaison des deux dispositifs permettra alors de mettre en exergue que le droit français, sans toutefois se confondre, tend désormais, comme le droit espagnol, à prendre en compte fondamentalement la présence du syndicat dans l'entreprise par rapport aux dernières élections des représentants du personnel.

Dans tous les cas, les dispositifs légaux sont construits autour du paradigme de l'entreprise composée d'un seul centre de travail ou d'un seul établissement, ce qui pose certaines difficultés pour déterminer les négociateurs syndicaux dans une entreprise dont la structure est plus complexe et justifie un développement spécifique.

1. Le délégué syndical comme négociateur de principe en France

171. En droit français, la représentation syndicale dans l'entreprise se déploie traditionnellement au travers des sections syndicales³ et des délégués syndicaux (DS). La réforme 2008 a récemment créé une nouvelle figure syndicale dans l'entreprise : le représentant de la section syndicale (RSS).

En matière de négociation collective, aux termes de l'article L. 2232-17 CT, la représentation syndicale lors d'une procédure de négociation collective au niveau de

¹ Lorsque la LOLS évoque la « *législation spécifique* », elle renvoie à l'ET et par conséquent aux dispositions relatives à la négociation de conventions collectives statutaires régulée au Titre III.

² Pour tous, voir C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 73; STCT du 20 juin 1986, Ar/5337; STC 137/1991 du 20 juin 1991.

La doctrine majoritaire avait estimé que l'indétermination de cette expression trouvait fondement dans la volonté de l'ET de ne pas définir la représentation syndicale, renvoyant sa régulation à la LOLS. Dans ce sens, cette expression permettait d'envisager à la fois les sections syndicales ou les délégués syndicaux (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1982, p. 76 et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 195).

³ L'article L. 2142-1 CT, prévoit que la section syndicale, assure « *la représentation des intérêts matériels et moraux* » des membres du syndicat. La section syndicale se convertit ainsi en antenne du syndicat dans l'entreprise. Dans ce cadre, elle n'est dotée ni de capacité de négociation ni de personnalité juridique (sur ce dernier point, voir Cass. Soc. 22 mars et 18 juill. 1979, *Dr. soc.*, 1980, note J. SAVATIER).

Pour une analyse de la section d'entreprise antérieure à la réforme de 2008, G. COUTURIER, « Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise ? », in *Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 25.

l'entreprise ou de l'établissement, est assurée par les DS¹. La loi attribue donc, par principe, la capacité de négocier uniquement aux DS². Deux aspects doivent être alors soulignés. D'une part, plusieurs conditions relatives à l'entreprise, au syndicat et au propre DS sont néanmoins exigées pour permettre sa désignation. Ces conditions ont été de plus renforcées par la loi de 2008. D'autre part, en raison des limitations relatives à la désignation d'un DS, la loi attribue, dans des situations spécifiques, la capacité de négocier à d'autres acteurs issus des syndicats.

a) Le renforcement de la légitimité du DS

172. L'existence d'un délégué est, tout d'abord, conditionnée par une exigence externe au syndicat et relative à l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement. En effet, l'article L. 2143-3 CT prévoit que la désignation d'un DS s'effectue « *dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus* »³. Dès lors, le dispositif français semble conduire à nier le droit à la négociation aux salariés des entreprises de moins de 50 salariés⁴. Deux solutions ont cependant été envisagées. D'une part, dans les établissements de moins de cinquante salariés, l'article L. 2143-6 CT prévoit que « *les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un délégué du personnel comme délégué syndical* »⁵. D'autre part, la loi a

¹ Art. L. 2232-17 CT (anc. art. L. 132-20, al. 1 et 2) : « *La délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux. Chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l'entreprise, dont le nombre est fixé par accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations mentionnées au premier alinéa. A défaut d'accord, le nombre de salariés qui complète la délégation est au plus égal, par délégation, à celui des délégués syndicaux de la délégation. Toutefois, dans les entreprises pourvues d'un seul délégué syndical, ce nombre peut être porté à deux* ».

La Cour de cassation a dû se prononcer sur la présence d'un représentant statutaire du syndicat n'appartenant pas au personnel de l'entreprise. Les juges ont estimé que, sous réserve d'un accord collectif ou d'un usage plus favorable, ce représentant ne pouvait participer aux négociations (Cass. Soc. 19 oct. 1994, *D.*, 1995, somm. comm., p. 370, obs. G. BORENFREUND et Ph. WAQUET, « Un syndicaliste non salarié peut-il faire partie de la délégation syndicale à la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise ? Cour de cassation, Chambre sociale, 19 oct. 1994, Rapport du Conseiller », *Dr. soc.*, 1994, p. 963).

² Le DS dispose, en tant que représentant du syndicat auprès de l'employeur, d'un mandat général de négociation et de conclusion des accords collectifs dans l'entreprise (Cass. Soc. du 19 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n° 106).

³ L'alinéa 3 de cet article prévoit que l'effectif d'au moins 50 salariés doit avoir été atteint « *pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes* ».

⁴ Le texte avait ainsi pour effet d'interdire la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux (Circ. DRT n° 15 du 25 octobre 1983).

⁵ Néanmoins cet article prévoit que « *sauf disposition conventionnelle, ce mandat n'ouvre pas droit à un crédit d'heures. Le temps dont dispose le délégué du personnel pour l'exercice de son mandat peut être utilisé dans les mêmes conditions pour l'exercice de ses fonctions de délégué syndical* ». Force est de

établi un ensemble de mesures palliatives regroupées dans le Code du travail sous le titre explicite de « *modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical* ». On y retrouve notamment les salariés mandatés et le RSS¹.

Les exigences qui visent le syndicat ont été profondément modifiées par la réforme de 2008. Pour procéder à la désignation d'un DS, le syndicat doit tout d'abord, comme sous le dispositif antérieur, être considéré comme représentatif dans l'entreprise ou l'établissement². Dans tous les cas, si deux syndicats dans une entreprise sont affiliés à la même confédération, ils ne peuvent procéder qu'à une seule désignation qui sera, en cas de conflit, celle qui a été réalisée en premier lieu³. Ensuite, il doit avoir préalablement constitué une section syndicale dans l'entreprise. Les nouvelles dispositions légales issues de la réforme de 2008 conduisent alors à un bouleversement de la logique des rapports entre la désignation d'un DS et la création d'une section syndicale⁴. En effet, si la loi de 2008 élargit d'un côté le nombre de syndicats susceptibles de constituer une section syndicale⁵, elle renforce d'un autre côté les conditions de sa constitution et exige désormais que ces syndicats comptent sur « *plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement* »⁶. Antérieurement,

constater que la loi, tout en multipliant les fonctions du DP, ne prévoit pas dans le même temps une augmentation de son crédit d'heures, ce qui constitue indéniablement une position peu propice à l'exercice de ces nouvelles fonctions.

¹ La représentation élue constitue une autre alternative (voir infra, n° 221).

² Les modifications apportées par la loi de 2008 portent alors sur les modalités de reconnaissance de la représentativité. Concrètement il s'agit de l'introduction décisive de l'audience électorale (voir supra, n° 120) mais également de la disparition programmée de la présomption de représentativité (voir infra, n° 192).

³ Cass. Soc. 29 oct. 2010, voir L. PECAUT-RIVOLIER, loc. cit., 2011, p. 163.

⁴ L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions n'est pas soumise à une période de transition (Cass. Soc. 8 juill. 2009, arrêts Okaïdi et Véolia, *Dr. soc.*, 2009, p. 957-958 ; M.L. MORIN, « La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical », *Dr. soc.*, 2009, p. 954. Voir également B. GAURIAU, « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, 2009, p. 643).

⁵ Antérieurement, la loi exigeait que le syndicat soit représentatif dans l'établissement ou l'entreprise ou affilié à une centrale syndicale. Tout en maintenant ces deux options (notons alors que l'affiliation continue de jouer en cette matière ; pour approfondir voir infra, n° 197), le nouvel article L. 2142-1 CT prévoit que désormais, peut également constituer une section syndicale, une organisation syndicale qui « *satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée* ». La constitution d'une section syndicale et l'exercice de ses prérogatives ne sont donc plus liés au caractère représentatif du syndicat (ses prérogatives sont la collecte des cotisations, le libre affichage des communications sur les panneaux, la libre diffusion de publications et tracts, la libre réunion des adhérents et le partage du local commun avec les autres sections de l'entreprise, art. L. 2142-2, 3, 4, 10 et 11 CT. La seule différence selon le caractère représentatif ou non du syndicat apparaît quant à l'attribution d'un local propre dans les entreprises de plus de 1000 salariés, art. L. 2142-8, al. 2 CT).

⁶ Art. L. 2142-2 CT. La Cour de cassation a récemment affirmé que deux adhérents suffisent pour créer la section syndicale (Cass. Soc. 8 juill. 2009, arrêts Okaïdi et Véolia, *Dr. soc.*, 2009, p. 957-958 ; M.L. MORIN, loc. cit., 2009, p. 954).

l'existence d'une section syndicale était établie par la seule désignation d'un DS¹. Selon les propos du Professeur MAZEAUD, « *la section syndicale, c'était le délégué syndical* »². Aujourd'hui, l'existence d'une section syndicale est une condition nécessaire et préalable à la désignation du DS. Le syndicat devra donc, de manière préalable à la désignation du DS, compter sur une section syndicale et ainsi démontrer l'existence de salariés affiliés dans l'entreprise³. Outre les difficultés relatives à la preuve du nombre d'affiliés⁴, cette nouvelle articulation entre la création de la section syndicale et la désignation d'un DS aboutit à convertir le critère affiliatif en critère préalable à la mise en œuvre du droit à la négociation collective par le DS.

Enfin, la troisième série d'exigences se réfère personnellement au DS. Antérieurement les syndicats représentatifs désignaient directement le DS parmi leurs affiliés dans l'entreprise⁵. Le DS était néanmoins soumis personnellement à des exigences relatives à l'âge et à l'ancienneté dans les mêmes conditions que les électeurs aux élections professionnelles. La contrainte engendrée par ces exigences est proportionnellement incomparable avec celle produite par la réforme de 2008. En effet, celle-ci introduit désormais une exigence électorale⁶. Le salarié doit être choisi par le

¹ Suite à un revirement jurisprudentiel (voir antérieurement, Cass. Soc. 12 janv. 1993 et 4 mai 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 869. Sur ces arrêts, voir J.M. VERDIER « Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 866; Cass. Soc. 20 oct. 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 972, obs. J.M. VERDIER), l'arrêt de la Chambre sociale du 27 mai 1997 affirme que « *lorsqu'un syndicat représentatif désigne un DS dans une entreprise [...], l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation* » (*D.*, 1997, p. 416, note J.M. VERDIER ; *Dr. soc.*, 1997, p. 757, obs. M. GREVY).

² « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. soc.*, 2009, p. 670.

³ B. GAURIAU, loc. cit., 2009, p. 643 ; du même auteur, « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S*, 2008 (b), p. 1148 ; M.L. MORIN, loc. cit., 2009, p. 954. ; G. BORENFREUND, « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 707.

⁴ Antérieurement, l'existence de la section par la seule désignation du DS par un syndicat représentatif permettait d'écartier les difficultés relatives à la preuve des affiliations et de concilier les principes fondamentaux du secret de l'appartenance syndicale et du contradictoire dans la preuve. Ce changement de cap de la loi redonne donc à ces questions une importance considérable. En ce qui concerne la preuve des adhérents (voir supra sur le critère de l'affiliation), la Cour de cassation a récemment affirmé que « *l'adhésion d'un salarié à un syndicat sans son accord ne peut être divulguée à un tiers* » indépendamment des risques de représailles et qu'« *il appartient au syndicat qui en a la charge d'apporter contradictoirement des éléments de preuve, à l'exception des éléments permettant l'identification des adhérents qui ne peuvent être communiqués qu'au juge en l'absence d'accord de leur part* ». (Cass. Soc. 8 juill. 2009, arrêts Okaïdi et Véolia, déjà cités). Cette solution se rapproche du droit espagnol dans lequel le caractère confidentiel et le consentement du salarié sont les éléments déterminants.

⁵ Dans son ancienne rédaction, l'article 2143-3 disposait que « *chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale dans les établissements de cinquante salariés ou plus désigne, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur* ».

⁶ Le Professeur GAURIAU souligne le rapprochement effectué vers le droit espagnol qui « *conférait bien avant le nôtre une place à la légitimité électorale des représentants des syndicats dans l'entreprise* » (loc. cit., 2009, p. 647). En effet, en droit espagnol, la capacité conventionnelle de la section syndicale est

syndicat parmi les candidats ayant recueilli individuellement au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles¹. La loi prévoit toutefois que si aucun candidat ne remplit cette condition, « *une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement* »².

Sans remettre en cause le mécanisme de désignation par le syndicat, la loi qui soumet individuellement le DS à une exigence électorale, permet de prendre en compte la volonté des salariés de l'entreprise et favorise également le cumul des mandats³. Le Professeur BORENFREUND a formulé trois critiques majeures à cette nouvelle logique⁴. D'une part, cette exigence électorale heurte l'autonomie et la liberté d'organisation des syndicats, d'autre part, elle dilue la distinction entre représentation élue et représentation syndicale en s'orientant vers la création d'une instance unique de

soumise à une exigence électorale (voir infra, n° 179). Quant au DS, il n'est pas désigné par le syndicat mais élu par et parmi les affiliés dans l'entreprise (voir infra, n° 182).

¹ Art. L. 2143-3, al.1 CT. L'appréciation de ce seuil de 10% se différencie néanmoins de celle relative aux syndicats. D'une part, le DS doit avoir recueilli ces 10% dans le seul collège où il est candidat (pour le syndicat, l'appréciation s'effectue tous collèges confondus). D'autre part, ce seuil peut être apprécié par rapport aux élections au comité mais également au délégué du personnel (pour les syndicats, au contraire, la priorité est donnée aux élections au comité ou à la délégation unique du personnel). Une décision du Tribunal d'Instance de Paris s'est prononcée dans ce sens, voir TI Paris 17^{ème}, 6 fév. 2009 cité par L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU, « La loi du 20 août 2008, premières réponses du juge du fond », *SSL*, 2009, n° 1393 p. 4). Enfin, faute de précision de la loi et sous réserve de la confirmation jurisprudentielle, le DS pourra être nommé parmi les candidats titulaires et suppléants (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 707 ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 107 ; Circ. DGT du n° 20 du 13 nov. 2008, Fiche 2). Précisons également que les électeurs ont la faculté de rayer un ou plusieurs noms de la liste. Dès lors, même si ces ratures n'affectent pas la mesure de l'audience du syndicat (Cass. Soc. 6 janv. 2011, *Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2011, p. 197), elles influencent directement la désignation du DS. Au regard de ces considérations, la doctrine a alors souligné que « *représentativité du syndicat et aptitude aux fonctions de DS de l'adhérent pressenti ne vont pas nécessairement de pair* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 107).

² Art. L. 2143-3, al. 2 CT. L'application prévisible de cette exception a été qualifiée de « *résiduelle* » par la doctrine (B. GAURIAU, loc. cit., 2009, p. 646. L'auteur souligne alors que l'on revient à « *l'état du droit antérieur* »).

Deux incertitudes encadrent néanmoins cette disposition. D'une part, selon la Circ. DGT du n° 20 du 13 nov. 2008 (Fiche 2), cette solution semble n'être applicable qu'« *entre deux élections professionnelles* », dans l'hypothèse où le DS démissionne, est révoqué ou quitte l'entreprise. Cependant, la lettre du texte impose une interprétation plus large permettant à cette solution de s'appliquer dès le lendemain des élections (D. GUILLOUET, « La représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008, premières difficultés d'application », *JCP S*, 2008, n° 46, p. 21 et G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 707, note 78). D'autre part, l'absence de volontaire peut-elle être assimilée à l'absence de candidats remplissant les conditions de désignation et ainsi permettre la désignation d'un simple adhérent ? (pour une position favorable à l'assimilation estimant qu'il « *serait absurde de paralyser la désignation d'un délégué en érigeant en contrainte insurmontable ce qui ne devrait être qu'un ordre de priorité* », voir G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 109).

³ Sans être toutefois conditionné par son élection comme représentant élu, le mandat du DS est par conséquent lié aux résultats électoraux. Dès lors, le DS « *n'est plus nommé pour une durée indéterminée* », mais « *pour la durée d'un mandat électoral* » (F. PETIT, « Représentation syndicale et représentations élues des personnels de l'entreprise depuis la loi du 20 août 2008 », *Dr. ouv.*, 2009, p. 30).

⁴ Loc. cit., 2009, p. 709.

représentation de base électorale¹ et enfin, elle confond liberté syndicale et capacité normative². La Cour de cassation a dans tous les cas affirmé que cette option légale était conforme aux normes européennes et internationales³.

Les juges ont dans tous les cas tiré les conséquences du lien entre l'audience électorale et la désignation du DS. Ils ont ainsi affirmé que « *sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement* »⁴. Par ailleurs, alors qu'antérieurement, par opposition aux mandats électifs, les mandats syndicaux étaient à durée indéterminée⁵, la loi de 2008 a conduit les juges à considérer que les mandats syndicaux prennent fin et sont considérés comme caducs à partir du renouvellement des institutions représentatives du personnel⁶.

L'ensemble de ces exigences conduit à restreindre la faculté pour les syndicats de compter sur un DS dans l'entreprise ou l'établissement pour y conduire la négociation. Dés lors, plutôt que d'élargir les facultés pour les syndicats de désigner un DS, le dispositif a opté pour attribuer dans certaines situations, la capacité de négocier à d'autres acteurs de nature syndicale.

¹ Ce qui pose alors des difficultés quant aux périmètres classiques de la négociation et de la consultation.

² Sur ce point, voir infra, n° 197.

³ L. PECAUT-RIVOLIER, loc. cit., 2010, p. 648. Voir également F. CHAMPEAUX, « Le tonnerre de Brest a-t-il fait long feu », *SSL*, 2010, n° 1442, p. 10. Il était notamment invoqué « *l'ingérence dans le fonctionnement syndical* », l'atteinte au principe de liberté de choix du syndicat de ses représentants, et, plus largement, à la liberté syndicale (art. 11 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur la liberté syndicale ; art. 6 de la charte sociale européenne de 1961 sur l'exercice effectif du droit de négociation collective ; art. 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 3 de la convention 87 de l'OIT). Les juges ont cependant affirmé que cette règle tend « *à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte* ».

⁴ Cass. Soc. 18 mai 2011, *Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2011, p. 198. En l'espèce, la désignation d'une déléguée syndicale dans un établissement alors que la représentation des travailleurs est constitué par dans un cadre supérieur (comité qui regroupe dans un cadre géographique considéré plusieurs établissements dont celui où a lieu la désignation) ; L. PECAUT-RIVOLIER affirme alors que même si « *cette solution présente à l'évidence l'inconvénient d'un risque d'éloignement du délégué syndical du terrain [...] elle présente en revanche l'avantage de renforcer considérablement son poids auprès de l'employeur et des salariés* » (loc. cit., 2011, p. 171). Reprenant les propos du Professeur ANTONMATTEI, il s'agit dans tous les cas du « *retour en force du principe de concordance dans l'appréciation de l'audience électorale* » (loc. cit., Dalloz, 2011, p. 157).

⁵ Les mandats syndicaux n'étaient conditionnés qu'à la désignation par une organisation habilitée à le faire (Cass. Soc. 17 juin 2009, n° 08-60.582, non-publié, voir L. PECAUT-RIVOLIER, loc. cit., 2011, p. 167).

⁶ Cass. Soc. 10 mars 2010, n° 09-60.347, *Bull. civ. V*, n° 58 ; Cass. Soc. 22 sept. 2010, déjà cité ; L. PECAUT-RIVOLIER, loc. cit., 2011, p. 167.

b) L'intervention du syndicat par d'autres voies que le DS

173. Le dispositif légal prévoit deux mécanismes qui permettent de pallier l'absence de DS tout en maintenant, comme partie à la négociation, une figure syndicale. Il s'agit du salarié mandaté ou du RSS.

174. L'intervention des salariés mandatés en matière de négociation d'entreprise a été introduite parallèlement à l'intervention des représentants élus lors de la loi de 1996, reprise par les lois Aubry de 1998 et 2000, consacrée par la loi de 2004 et réaffirmée par la dernière réforme de 2008¹. Il s'agit d'une « *technique qui consiste pour une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, à octroyer, à un ou plusieurs salariés de l'entreprise, un mandat spécial de négociation* » dans une entreprise dépourvue de DS².

Marquant une rupture par rapport aux dispositifs antérieurs, la loi de 2004 limite l'intervention du salarié mandaté par un syndicat en cas d'absence de DS mais également en cas d'absence de représentation élue du personnel dans l'entreprise³. Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 2232-23 CT énonce que les salariés mandatés peuvent négocier un accord d'entreprise ou d'établissement « *dans les entreprises dépourvues de DS et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel* »⁴. La précision relative à l'existence du procès-verbal de carence conduit alors à restreindre le recours aux salariés mandatés dans les entreprises ou établissements qui comptent au moins 11 salariés. En effet, en dessous de ce seuil, il n'y a pas lieu de célébrer d'élections et donc d'établir un éventuel procès-verbal de carence⁵. Dans tous les cas, l'exigence du procès-verbal de carence empêche le recours au salarié mandaté lorsque l'absence de représentant élu est due à l'absence d'initiative ou au refus d'organiser des élections par l'employeur.

¹ Nous reviendrons en détail sur cette évolution lors de l'analyse de l'intervention de la représentation élus (voir infra, n° 221).

² M.C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, « Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », *Dr. soc.*, 2003, p. 365. Voir également F. PETIT, « Le salarié mandaté...licencié... puis réintégré », *Dr. soc.*, 2007, p. 564.

³ Voir notamment, G. BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2004, p. 609.

⁴ La carence doit être constatée au premier et au second tour.

⁵ Néanmoins, pour le Professeur MAZEAUD, « *il est possible de privilégier une interprétation des textes soucieuse de donner plein effet au principe constitutionnel de participation. Il faudrait considérer qu'à juste titre, l'exigence de carence ne s'applique que dans les entreprises assujetties. En dessous du seuil, et sauf disposition conventionnelle, la condition première tient à l'absence d'élus* » (loc. cit., 2009, p. 676).

Il ressort de la loi de 2008 que les syndicats, reconnus représentatifs au niveau de la branche de laquelle relève l'entreprise, ont la possibilité de mandater un salarié¹ qui ne peut être assimilable à l'employeur en raison des pouvoirs qu'il détient et qui ne peut être non plus un salarié apparenté à l'employeur². Antérieurement, seuls les syndicats représentatifs au niveau national pouvaient avoir recours au mandatement³. L'extension aux syndicats représentatifs au niveau de la branche élargit donc le nombre des organisations susceptibles de mettre en place ce mécanisme mais peut également conduire à écarter certaines organisations traditionnellement représentatives du fait des modifications des critères de mesure de représentativité⁴.

Afin d'aborder les conditions entourant le mandat, il est intéressant de se référer à une décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de 1996. Les juges constitutionnels ont affirmé que « *compte tenu des conséquences attachées à l'existence même d'un mandat, notamment à l'obligation qui pèse sur le mandant d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné, la détermination des conditions d'exercice du mandat de négociation doit nécessairement comporter les modalités de désignation du salarié, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation, ainsi que les obligations d'information pesant sur le mandataire et préciser les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité pour le mandant de mettre fin à tout moment au mandat* »⁵. Le dispositif issu de la loi de 2008 se montre alors plus souple puisqu'il prévoit que le mandat peut désormais couvrir plusieurs négociations portant sur plusieurs thèmes et valoir pour l'ensemble des négociations sur un thème défini sans limitation de durée⁶. En ce qui concerne l'objet de la négociation, la loi de 2004 avait généralisé les matières dans lesquelles pouvait intervenir le salarié mandaté tout en limitant son intervention aux dispositions d'un accord d'habilitation de branche étendu. Désormais, la négociation porte « *sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord*

¹ Cette disposition ouvre la possibilité de plusieurs mandats à plusieurs salariés représentant chacun un syndicat et permet également à un seul salarié de recevoir mandat de plusieurs syndicats. Elle exclut l'unique option pour un seul syndicat de mandater plusieurs salariés.

² Art. L. 2232-26 CT.

³ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 609.

⁴ En effet, à l'issue du dispositif transitoire, un syndicat qui était reconnu représentatif dans la branche en raison de son affiliation à une organisation représentative au niveau national devra désormais démontrer sa représentativité (rappelons toutefois que cette période de transition peut être rallongée jusqu'en 2017 dans cette hypothèse).

⁵ DC n° 96-383 du 6 nov. 1996, déjà citée.

⁶ La loi de 2004 était plus restrictive car elle prévoyait que le salarié devait être « *expressément mandaté* » par l'organisation syndicale et cela « *pour une négociation déterminée* ». Pour approfondir, G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 610.

collectif »¹. Nous reviendrons en détail sur cette question lors de l'analyse de l'intervention de la représentation élue².

175. Le représentant de la section syndicale constitue une création de la loi de 2008 directement connectée aux modifications du régime juridique de la représentativité syndicale. En effet, les nouveaux critères de représentativité, essentiellement l'introduction de l'audience électorale comme critère décisif, conduisent à restreindre le nombre de syndicats représentatifs dans l'entreprise. Dès lors, la loi a pris l'option de procéder à la création du RSS dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés³ afin de prendre en compte un syndicat non représentatif mais présent dans l'entreprise⁴. Aux termes de l'article L. 2142-1-1 al.1. CT, le RSS a pour fonction de représenter le syndicat au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Il dispose du même régime juridique et de la même protection que le DS⁵ et bénéficie des mêmes prérogatives, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs⁶. Il possède toutefois un nombre d'heures de délégation plus réduit⁷. La doctrine s'est généralement montrée sceptique sur le pouvoir d'action du RSS et l'a qualifié d'«*ersatz*» de DS⁸, de figure de «*transition visant à favoriser l'acquisition par un syndicat de la représentativité [...] et par là même comme un passage vers la désignation d'un délégué syndical* »⁹.

Il est incontestable que l'absence de reconnaissance de la capacité conventionnelle au RSS est consécutive du caractère non représentatif du syndicat dont il émane. Néanmoins, malgré l'implacable logique de cette affirmation, la loi prévoit

¹ Un seul thème est explicitement exclu et renvoie à la conclusion d'accords dérogeant aux règles ordinaires de consultation des représentants du personnel lors d'une procédure de licenciement économique (L. 2232-24, al. 1 CT).

² Voir infra, n° 227.

³ Art. L. 2142-1-1 al.1 CT. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le DP peut toutefois être désigné comme RSS (L. 2142-1-4 CT).

⁴ Puisque celui-ci doit avoir constitué une section syndicale, ce qui suppose la présence d'au moins deux salariés affiliés (voir supra, n° 172).

⁵ Art. L. 2142-1-2 CT.

⁶ Art. L. 2142-1-1 al.2 CT.

⁷ Aux termes de l'article L. 2142-1-3 CT, il possède «*au moins quatre heures par mois*». Pour le délégué syndical, les heures de délégations varient de dix à vingt heures par mois selon les effectifs de l'entreprise (art. L. 2143-13 CT).

⁸ MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 678.

⁹ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 701. L'auteur souligne la «*fragilité de l'institution*». Selon le Professeur MAZEAUD, il s'agit d'«*un temporaire qui anime la section syndicale dans l'attente des prochaines élections*» (loc. cit., 2009, p. 672). Pour une position favorable à la figure du RSS, F. DUQUESNE, «*Un délégué syndical en devenir: le nouveau représentant de la section syndicale*», *Dr. soc.*, 2008, p. 1085.

qu'il peut conduire une procédure de négociation collective lorsque plusieurs conditions sont réunies. En effet, aux termes de l'article L. 2143-23 al 1 CT, « *par dérogation à l'article L.2142-1-1 et lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, le représentant de la section syndicale visé aux articles L. 2142-1-1 et L. 2142-1-4 désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, peut disposer, sur mandatement par son organisation syndicale, du pouvoir de négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement* ».

Cet article, dont la lisibilité laisse perplexe¹, transforme la délimitation du champ d'application du mandatement d'un RSS en matière de négociation collective, en « *un jeu de piste* »².

Trois certitudes peuvent néanmoins être avancées. D'une part, l'intervention du RSS est conditionnée à l'absence de DS. Aux termes de l'article L. 2143-23 al 1 CT, le RSS peut négocier lorsque « *en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement* »³. De manière énigmatique conduisant à n'y prêter qu'une attention relative, la circulaire DGT du 13 novembre prévoit quant à elle de manière cumulative que le RSS « *ne peut négocier qu'en l'absence de délégué syndical et lorsqu'il y a eu carence au premier tour des dernières élections professionnelles* »⁴. Or l'absence de DS n'est pas automatiquement liée à une carence au premier tour⁵. Dans ce cadre, il convient d'admettre que l'intervention du RSS est possible dès lors que l'entreprise est

¹ Dans ce sens, le Professeur MAZEAUD affirme que « *l'illisible bafouillage figurant à l'article L. 2143-23 CT ne peut que susciter la stupeur puis l'amertume tant il manifeste une indifférence à l'égard de l'impératif de lisibilité du droit* » (loc. cit. 2009, p. 672).

² G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 192.

³ La doctrine a souligné que cette « *formulation n'est pas des plus limpides* » (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 704).

⁴ Fiche 5, point 4.1.1.

La carence au premier tour peut alors être consécutive à l'absence de candidats (aucune liste syndicale ne se présente) ou à l'échec électoral des syndicats (aucun syndicat n'a atteint le seuil de 10% lui permettant d'être représentatif et donc de désigner un DS). Mentionnons également la situation consécutive à la jurisprudence Adecco qui aboutit à l'absence de résultats au premier tour (voir supra, n° 135 et P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2007, p. 454).

⁵ L'absence de volontaire à ce poste conduit par exemple à l'impossibilité de doter une entreprise de DS alors même que le premier tour des élections a permis de mesurer la représentativité syndicale. Les réticences de l'employeur ou la passivité des syndicats peuvent également conduire à la non-célébration d'élections et donc, naturellement, à l'impossibilité d'établir une carence au premier tour.

dépourvue de DS, quel qu'en soit la raison¹. D'autre part, lorsqu'il s'agit de négocier une convention, seuls les RSS d'organisations syndicales affiliées à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel peuvent négocier un accord collectif². Enfin, le dispositif légal exclut la capacité conventionnelle du RSS du syndicat qui a échoué aux dernières élections jusqu'au début du sixième mois précédant les élections suivantes³.

En dehors de ces certitudes, l'intervention du RSS pose plusieurs difficultés relatives aux entreprises dépourvues de DS dans lesquelles il peut intervenir, aux objets susceptibles de négociation ou aux conditions du mandat. Aucune réponse isolée n'est possible puisque il apparaît que toutes ces questions sont en réalité interconnectées.

Aux termes de l'article L. 2143-23 al. 1 CT, aucune délimitation spécifique et supplémentaire à l'absence de DS n'est a priori prévue quant aux entreprises susceptibles de recourir à la négociation avec le RSS. Une disposition de la loi de 2008 « *qui pour une raison mal connue* » n'a pas été codifiée, alors même qu'elle détermine de façon pérenne le champ d'application du mandatement du RSS, doit cependant être prise en considération⁴. En effet, aux termes de celle-ci, le RSS ne peut intervenir dans les entreprises de moins de 200 salariés et dans les entreprises dans lesquelles s'applique un accord d'habilitation de branche conclu sous l'empire de la loi de 2004⁵.

Une autre difficulté surgit du dispositif légal. En effet, la limitation de l'intervention du RSS dans les entreprises de plus de 200 salariés pourrait être remise en

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 192.

² Pour le Professeur MAZEAUD, cette condition est « *franchement insuffisante* » (loc. cit., 2009, p. 678). En raison du dispositif transitoire (voir infra, n° 198), le mandatement du RSS est donc réservé jusqu'en 2013 aux syndicats affiliés à l'un des cinq confédérations syndicales reconnues représentatives par l'arrêté de 1966. La technique de l'irradiation est, dans une certaine mesure, maintenue dans cette hypothèse. Dans tous les cas, le caractère affiliatif sert ici de critère permettant l'accès à la négociation.

³ Art. L. 2143-23 al.2 CT : « *si, à l'issue des élections professionnelles suivant le mandatement du représentant de la section syndicale, l'organisation syndicale à laquelle il est adhérent n'est pas reconnue représentative et nomme un autre représentant de la section syndicale, celui-ci ne peut pas être mandaté jusqu'aux six mois précédant les dates des élections professionnelles dans l'entreprise* » (art. L. 2143-23 al. 2 CT). Lorsque le syndicat qui a désigné un RSS n'a pas été reconnu représentatif suite aux élections postérieures, les fonctions du RSS prennent automatiquement fin et ce RSS ne peut être une nouvelle fois désigné jusqu'aux six mois précédent les prochaines élections. Néanmoins, le syndicat peut dans tous les cas désigner au lendemain des élections un autre salarié exerçant les fonctions de RSS, excepté celle de négociation.

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 192. L'article 6 III qui se réfère à l'article L. 2143-23 CT relatif à la négociation par le RSS, prévoit que « *cet article n'est pas applicable dans les entreprises qui entrent dans le champ des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du code du travail et de l'article 14 de la présente loi, ni dans les entreprises qui entrent dans le champ des conventions de branche ou accords professionnels conclus en application des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi* ».

⁵ Nous reviendrons sur ces questions lorsque nous aborderons l'intervention de la représentation élue (voir infra, n° 228).

cause par le silence de la loi relatif aux objets de négociations susceptibles d'être traités lors de la négociation avec le RSS. L'absence de délimitation des thèmes ouverts à cette modalité de négociation, contrairement à la négociation avec les salariés mandatés et les représentants élus, conduirait ainsi à admettre que le RSS puisse négocier dans les entreprises de moins de 200 salariés. Deux situations doivent alors être distinguées : lorsque la négociation a pour objet une mesure « *dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* », l'ensemble de la doctrine s'accorde à restreindre le champ d'intervention du RSS aux entreprises de plus de 200 salariés. Néanmoins, l'unanimité doctrinale cesse lorsque la négociation ne porte pas sur ce type de mesure. Un secteur doctrinal soutient qu'indépendamment de l'effectif de l'entreprise, le RSS peut négocier à propos des questions que les représentants élus et les salariés mandatés ne sont pas habilités à traiter¹. D'autres auteurs estiment au contraire que quel que soit les thèmes de la négociation, la loi « *met à l'écart les entreprises dont l'effectif est inférieur à 200 salariés* »². Cette dernière position semble être la plus satisfaisante d'un point de vue systématique. L'admission de la négociation conduite par le RSS dans toutes les entreprises, à propos de matières dont la mise en œuvre n'est pas soumise à un accord collectif, va, selon nous, à l'encontre de fondements du système de négociation collective français. En effet, l'analyse du régime de représentativité syndicale issu de la loi de 2008 démontre que le caractère représentatif du syndicat constitue plus que jamais la condition incontournable afin de négocier une convention collective de travail. La mise en œuvre de mécanismes écartant cette exigence se trouve alors limitée à certaines matières, aujourd'hui à celles « *dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* ». L'entorse faite à l'hégémonie de la notion de représentativité n'est donc pas générale mais reste limitée. L'intervention du RSS dans les entreprises de moins de 200 salariés quel que soit l'objet des négociations se heurte, selon nous, à l'esprit du dispositif. Dès lors, reprenant les propos du Professeur BORENFREUND, la négociation conduite par le RSS doit être entendue comme l'« *ultime sauvetage de la négociation décentralisée, en particulier de l'accord collectif d'entreprise dérogatoire à la loi ou à une convention de branche* »³. Une autre interprétation aboutirait à une

¹ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 665; Y. PAGNERRE, « Le représentant de la section syndicale », *JCP S*, 2009, n° 15, p. 19. Voir également G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 192.

² G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 704, note 48.

³ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 705 et M.A. SOURIAU, « Les réformes de la négociation collective », *RDT*, 2009, p. 23. Dans le même sens, lors des débats parlementaires, le rapporteur de la loi envisageait la négociation avec le RSS lorsqu'aucun autre négociateur ne pouvait

réforme radicale du système de négociation collective français qui devrait s'opérer dans un cadre législatif explicite et non pas sur une interprétation large de dispositions dont la rédaction est à plusieurs titres défailante. En définitive, nous estimons que le RSS peut intervenir uniquement dans les entreprises dont l'effectif est supérieur à 200 salariés et conduire une négociation dont les thèmes ne sont pas, a priori, limités.

A priori seulement, car il résulte du texte légal que l'intervention du RSS est possible sur mandatement de l'organisation syndicale. L'existence d'un mandat syndical conduit alors à revenir aux exigences posées par le Conseil constitutionnel¹. La doctrine a néanmoins souligné le mutisme de la loi sur ce point². Néanmoins, la jurisprudence constitutionnelle implique pour le syndicat mandant l'obligation de préciser l'objet des négociations. Cette exigence est d'autant plus nécessaire que, dans le silence de la loi, il semble que les conditions d'exercice du mandat représentent la seule voie limitant l'intervention du RSS³. Reste alors à attendre les premières décisions jurisprudentielles qui permettront de définir les conditions dans lesquelles le mandat doit s'effectuer.

176. Une dernière remarque doit enfin être formulée afin de préciser que la validité de l'accord négocié et conclu par les salariés mandatés ou le RSS est, dans tous les cas, subordonnée à une procédure spécifique dans laquelle les salariés de l'entreprise sont directement appelés à se prononcer⁴.

2. Les conditions d'intervention des sections syndicales en Espagne

177. Antérieurement à la réforme de 2011 qui consacre l'intervention des sections syndicales, les modalités de leur intervention suscitaient une controverse doctrinale relative à l'intervention directe du syndicat dans l'entreprise. Formulé

intervenir (JO, Débats AN, 2 juill. 2008, n°58, p. 4171. Souligné par A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 678). Dans le même sens, voir également circ. DGT n° 20 du 13 nov. 2008.

¹ Selon lesquelles, « *la détermination des conditions d'exercice du mandat de négociation doit nécessairement comporter les modalités de désignation du salarié, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation, ainsi que les obligations d'information pesant sur le mandataire et préciser les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité pour le mandant de mettre fin à tout moment au mandat* » (DC n° 96-383 du 6 nov. 1996, déjà citée).

² G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 195. Maigre consolation, la circulaire DGT n°20 du 13 nov. 2008 prévoit que le RSS « *doit être expressément mandaté par son syndicat pour cette négociation* » (fiche 5).

³ Y. PAGNERRE, loc. cit., *JCP S*, 2009, n° 15, p. 17.

⁴ Voir infra, n° 330.

autrement, les sections syndicales possédaient-elles une capacité exclusive ? Le RDL 7/2011 vient alors apporter des éléments de réponse décisifs se référant de manière explicite aux sections syndicales.

La nouvelle rédaction de l'article 87.1 ET n'a en revanche pas apporté d'éléments permettant de savoir si toutes les sections légalement constituées dans l'entreprise peuvent négocier ou s'il existe certaines exigences spécifiques. Les apports doctrinaux et jurisprudentiels antérieurs à la réforme de 2011 gardent donc ici toute leur pertinence.

a) La problématique de l'intervention directe du syndicat résolue par le RDL /2011

178. La possibilité pour un syndicat d'intervenir directement pour négocier dans l'entreprise a suscité une importante controverse doctrinale¹. Selon une première interprétation restrictive, l'interprétation des dispositions législatives et l'intérêt de faire coïncider la décentralisation de la négociation et celles des négociateurs conduisent à refuser aux syndicats la capacité de négocier dans l'entreprise². Dans ce sens la jurisprudence a pu affirmer que « *comme principe, les syndicats, mêmes les plus représentatifs, n'ont pas de légitimation pour négocier au niveau de l'entreprise ou inférieur, cadres dans lesquels pour les travailleurs, sont légitimes pour négocier les représentations unitaires et syndicales* »³. Une autre position doctrinale, qualifiée d'intermédiaire, rejette également par principe l'intervention des syndicats mais admettait néanmoins que les syndicats d'entreprise puissent participer directement à la négociation⁴. Ces deux positions doctrinales estiment que la conduite de la négociation au sein de l'entreprise ne peut être confiée qu'à des organes de représentation interne à

¹ Voir pour un panorama général de cette controverse, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, loc. cit., 1992, p. 69.

² Voir par exemple J. CRUZ VILLALÓN, « El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa », in *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 254; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p.197. Selon l'auteur, l'expression de « *représentations syndicales* » met l'accent sur « *l'aspect représentatif et non sur celui de l'organisation* ». Pour la jurisprudence, voir par exemple, STCT du 20 juin 1986, Ar/5357 ; STS du 17 oct. 1994, Ar/8053 ; SAN 16 avril 1999, AS/1786.

³ STS 26 sept. 2002, Ar/10658. Il convient néanmoins de préciser que ce litige portait sur une convention catégorielle et que les arguments décisifs renvoyaient essentiellement à l'absence de légitimation des négociateurs.

⁴ A. OJEDA AVILÉS, op. cit., 2003, p. 753; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 172. Pour la jurisprudence, STS 30 avril 1996, Ar/3623.

celle-ci¹. Selon eux, il s'agit d'une option légale qui représente une limite objective et justifiée au droit à la négociation collective reconnu aux syndicats qui, de plus, ne sont pas totalement exclus puisque la section syndicale constitue sa structure représentative dans l'entreprise.

Il ressort néanmoins de la jurisprudence récente que l'intervention directe du syndicat est admise. Les juges estiment en effet qu'« *il faut prendre en compte le fait que les sections syndicales sont de simples organes du syndicat à qui revient originairement le droit à la négociation collective comme partie de l'activité syndicale (art. 2.2 d. LOLS en relation avec l'article 28 de la Constitution). Dans ce cadre, en principe, la négociation directe par le syndicat ou indirecte au travers de ses sections est un problème de régime interne ou d'opportunité [...]. A partir de là, la difficulté à délimiter la légitimation entre sections et syndicats pourra surgir quand existera un conflit entre eux à propos de leur intervention dans la négociation collective mais non lorsqu'il n'existe pas de désaccord sur ce point* »². Plusieurs auteurs avaient déjà affirmé que le syndicat ne pouvait perdre « *son droit essentiel à la négociation* » issu de l'article 2.2 d) LOLS³ et que la section syndicale ne pouvait se transformer en un instrument compliquant son action⁴.

La portée de cette jurisprudence doit cependant être relativisée. D'une part, elle s'est développée dans l'hypothèse où l'entreprise est composée de plusieurs centres de travail. L'admission de l'intervention directe des syndicats remplirait dès lors une fonction essentiellement instrumentale visant à résoudre les difficultés inhérentes à l'intervention de l'ensemble des sections syndicales⁵ et ne saurait avoir une portée générale. D'autre part, ces différentes décisions n'apportent aucun élément de réponse dans l'hypothèse d'un conflit entre la section syndicale et le syndicat⁶.

¹ Par conséquent, l'hypothèse du syndicat d'entreprise ne porte pas atteinte à cette perspective interne (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 172).

² STS du 16 sept. 2004, Ar/7304. Voir également STS 28 fev. 2000, Ar/2246, STS du 14 juill. 2000, Ar/9642. Le TC a quant à lui affirmé que le droit à la négociation collective des syndicats intègre le contenu essentiel de la liberté syndicale (voir notamment STC 98/1985 du 29 juill.)

³ M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La organización del sindicato en los lugares de trabajo*, Madrid, Civitas, 1991, p. 140. L'article 2.2 d) LOLS énonce que la liberté syndicale comprend « *le droit à l'activité syndicale* », dans lequel la jurisprudence constitutionnelle a intégré le droit à la négociation collective.

⁴ La section est une « *partie de celui-ci* » et constitue l'« *instrument créé pour faciliter l'action syndicale dans l'entreprise* » (C.L. ALFONSO MELLADO y G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p.77).

⁵ Voir infra, n° 185.

⁶ Il convient de revenir alors à l'article 2.2 d) LOLS. Pour certains, cet article fonde de manière générale l'intervention du syndicat qui ne peut voir limiter sa capacité conventionnelle (M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 140). Le conflit renvoie alors à une question interne de politique syndicale qui se résoudra grâce aux propres statuts du syndicat. Au contraire, pour certains auteurs, la réponse résulte du dispositif légal. Le droit à la négociation collective reconnu aux syndicats aux termes de l'article 2.2 d)

L'intervention directe du syndicat demeure donc une question controversée dans la doctrine et à laquelle la jurisprudence n'a pas apporté de réponse définitive. Il semble toutefois possible de considérer que, par principe, négocient les sections syndicales, sauf dans l'hypothèse où il s'agit de syndicats d'entreprise¹. L'intervention directe des syndicats peut toutefois être exceptionnellement admise lorsqu'en absence de conflit, elle remplit essentiellement une finalité instrumentale.

La réforme de 2011 semble définitivement faire basculer la balance en faveur des sections syndicales. Néanmoins, il n'est pas exclu que des syndicats interviennent directement si, de manière interne, il en est décidé ainsi. C'est alors essentiellement en cas de conflit entre le syndicat et la section syndicale que cette dernière pourra, en vertu de la nouvelle rédaction légale, s'imposer². En définitive, l'idée selon laquelle la négociation doit être conduite, de préférence, par une représentation des travailleurs interne à l'entreprise, se trouve renforcée.

b) La légitimation initiale des sections syndicales

179. Le deuxième élément caractéristique de l'article 87.1 ET réside dans son silence quant à la détermination des sections syndicales qui peuvent prétendre à la négociation collective statutaire³.

Deux remarques préalables doivent être formulées : D'une part, il convient de distinguer les procédures de négociations statutaires et les procédures de négociations extrastatutaires. En effet, aux termes de l'article 2.2 d) LOLS, tous les syndicats peuvent exercer le droit à la négociation collective qui constitue un moyen d'action syndical. Les développements qui suivent visent alors uniquement à s'attacher aux conditions relatives à la négociation statutaire. D'autre part, l'analyse de la légitimation initiale des sections syndicales présente un intérêt méthodologique indéniable, notamment dans le

s'exerce dans « *les termes prévus dans les normes correspondantes* ». Dès lors, il convient de donner le dernier mot aux sections syndicales qui sont selon la LOLS et l'ET, les représentations syndicales habilitées à négocier au sein de l'entreprise (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 169).

¹ Dans ce sens, le Tribunal Constitutionnel a affirmé que la négociation collective au niveau de l'entreprise ne correspond pas légalement aux syndicats mais « *aux représentations syndicales dans l'entreprise* » (STC 208/1993 du 28 juin).

² Dans le même sens, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 133.

³ Au niveau sectoriel, l'article 87.2 ET régule explicitement la légitimation initiale des syndicats intervenant dans un processus de négociation au travers de l'exigence de représentativité (voir supra, n° 107).

cadre d'une étude comparée, mais résulte d'un point de vue strictement juridique discutable¹.

180. Gardant à l'esprit ces deux remarques, il convient toutefois de dégager les éléments permettant de déterminer quelles sections syndicales peuvent prétendre accéder aux négociations.

Le premier élément à prendre en compte renvoie alors aux conditions de constitution d'une section syndicale. Considérant que cette structure syndicale concrétise le droit de liberté syndicale dans l'entreprise, concrètement, le droit des travailleurs à s'organiser, les conditions encadrant sa constitution sont relativement souples. Dans ce sens, l'article 8.1.a). LOLS permet aux « *travailleurs affiliés à un syndicat* » de « *constituer des sections syndicales conformément à ce qui est établi dans les statuts du syndicat* ». Tout syndicat légalement constitué qui compte au moins deux affiliés parmi les travailleurs de l'entreprise² peut donc y posséder une section syndicale³; aucune exigence de représentativité n'est, par conséquent, exigée⁴. Notons d'ores et déjà que la LOLS convertit les salariés en sujets actifs et décisifs de la création de la section syndicale⁵.

Une fois la section syndicale constituée, la LOLS prévoit certaines conditions spécifiques et supplémentaires afin de lui reconnaître le droit à la négociation collective statutaire⁶. En effet, aux termes de l'article 8.2 LOLS, seules les « *sections syndicales des syndicats plus représentatifs et de ceux qui auront représentation dans les comités d'entreprise et dans les organes de représentation qui seront constitués dans les Administrations publiques ou qui comptent sur des délégués du personnel* » peuvent

¹ Voir infra, n° 203, 268.

² L'emploi du pluriel conduit à affirmer que la LOLS exige au minimum la présence dans l'entreprise de deux salariés affiliés au syndicat. Selon la doctrine du TC, la constitution d'une section syndicale dans l'entreprise n'est pas « le *simple exercice d'un droit de liberté* » mais implique également « *des charges et obligations pour des tiers à l'organisation syndicale comme l'est l'employeur* ». Dans ce cadre, il justifie que soit exigé au syndicat une implantation (STC 61/1989 du 3 avril).

Pour approfondir sur la référence au statut des syndicats, C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 253.

³ La présence réelle du syndicat dans l'entreprise est donc garantie ici par la mise en oeuvre du critère affiliatif.

⁴ Voir dans ce sens, STS du 1^{er} juin 1992, Ar/4505 ; STS du 18 mai 1992, Ar/3562. Dans le cas contraire, la doctrine souligna que cela conduirait à affaiblir clairement le principe de liberté syndicale (M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 52 et 65).

⁵ M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 72.

⁶ La restriction au cadre statutaire résulte directement de l'article 8.2 b) LOLS qui renvoie à la « *légalisation spécifique* » en matière de négociation, par conséquent, au Titre III ET. Dès lors, une section syndicale qui ne respecte pas les exigences posées à l'article 8.2 b) peut, dans tous les cas, négocier une convention extrastatutaire en vertu de l'article 2.2 d) LOLS.

accéder à la négociation d'une convention statutaire¹. Considérons dès lors que cette disposition a réduit l'amplitude de la formulation de l'article 87.1 ET² et permet de dégager les règles de légitimation initiale des « *représentations syndicales* » dans l'entreprise³.

En définitive, l'analyse des dispositions de la LOLS relatives aux conditions de création d'une section syndicale et aux conditions nécessaires à l'attribution du droit à la négociation nous permet donc d'affirmer que toutes les sections syndicales présentes dans une entreprise ne sont pas habilitées à participer à une procédure de négociation statutaire.

Revenant aux exigences posées à l'article 8.2 b) LOLS, une première observation s'impose. Force est de constater que l'appréciation de la légitimation initiale se déplace vers les syndicats dont les sections syndicales sont issues. Nous aborderons ici uniquement et de manière autonome, l'exigence relative à la présence du syndicat dans les organes de représentation élue de l'entreprise⁴.

Contrairement à la logique de l'ET en matière de convention collective de cadre sectoriel, les conditions de reconnaissance de la légitimation initiale au niveau de l'entreprise ne sont donc pas liées automatiquement et nécessairement au caractère représentatif du syndicat dont émanent les sections syndicales. La doctrine parle alors de syndicats implantés⁵. La notion d'implantation, déjà abordée en matière de convention collective de secteur dépourvu de représentation unitaire, trouve ici une nouvelle application puisqu'elle aboutit à écarter la notion de représentativité⁶. Il convient alors de déterminer quel est le critère permettant d'apprécier l'implantation du syndicat dans l'entreprise. Force est alors de constater que comme pour la

¹ Le Tribunal Constitutionnel confirma cette interprétation, STC 137/1991 du 20 juin.

Ces sections syndicales ont également le droit de disposer d'un tableau d'annonces dans l'entreprise et d'un « *local adéquat* » dans les entreprises de plus de 250 salariés.

² Dans ce sens s'est prononcée la majorité de la doctrine, voir notamment M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 141; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 390. Pour une approche différente, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « *Negociación colectiva en la empresa y secciones sindicales* », *DL*, 1987, n° 22, p. 43. Selon l'auteur « *l'article 8.2 LOLS ne vient pas se substituer à ce point de l'article 87.1 LOLS mais s'y ajouter* ».

³ La jurisprudence a affirmé qu'« *il est clair que les représentations syndicales qui remplissent les exigences établies à l'article 8.2 LOLS bénéficient de légitimation initiale* » (STS du 18 janv. 1993, Ar/94).

⁴ Pour l'analyse des « *sections syndicales des syndicats plus représentatifs* » et de l'articulation de ces deux exigences, voir infra, n° 203.

⁵ M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 96.

⁶ Au niveau sectoriel, on a vu que l'implantation visait à permettre à un syndicat possédant des affiliés dans un secteur dépourvu de représentation unitaire d'accéder à la légitimation initiale qui est légalement rattaché à ce niveau au caractère représentatif du syndicat. L'implantation liée au nombre d'affiliés est, dans cette hypothèse, un critère d'appréciation de la représentativité alternatif à l'audience électorale.

représentativité, le dispositif légal a retenu le critère de l'audience électorale. Ce sont alors les conditions d'appréciation de l'audience qui varient selon le niveau de négociation: l'obtention de 10% des suffrages au niveau sectoriel détermine la représentativité du syndicat et l'obtention d'au moins un représentant élu dans les organes de représentation élue au niveau de l'entreprise permet d'apprécier l'implantation du syndicat. La doctrine a alors souligné que cette condition représentait un relâchement considérable des règles de légitimation initiale au niveau de l'entreprise par rapport au niveau sectoriel¹. La jurisprudence et la doctrine se sont de plus inclinées, dans le silence de la loi², pour une interprétation large, estimant que l'existence d'un seul élu syndical permettait à la section syndicale de ce syndicat de participer à la négociation de l'accord ou de la convention³.

Le choix de retenir l'audience électorale pour apprécier la légitimation initiale des sections syndicales, pose alors, comme pour les conventions de cadre sectoriel, des difficultés lorsque ne se sont pas célébrées d'élections et que l'entreprise est dépourvue d'organes de représentation élue. A ce stade du raisonnement, l'intervention de la section syndicale d'un syndicat plus représentatif constituerait alors la seule voie possible pour permettre la mise en œuvre d'un processus de négociation collective statutaire dans une entreprise dépourvue de représentation élue⁴.

181. L'hypothèse de la convention catégorielle a toutefois conduit le dispositif légal à envisager un mécanisme pour pallier l'indisponibilité de résultats électoraux⁵. La réforme de 1994 a alors prévu un mécanisme spécifique permettant d'identifier, en marge du critère de l'audience électorale, les représentations syndicales « *dans les autres conventions* »⁶, celles qui n'affectent pas la totalité des travailleurs de l'entreprise. Pour la doctrine majoritaire de la doctrine, il s'agit des conventions

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 200.

Il est possible de considérer qu'une audience de 8% garantit au syndicat l'obtention d'au moins un siège.

² Souligné par la jurisprudence (STS du 17 oct. 1994, Ar/8053, STS 28 fév. 2000, ar/2246 et STC 137/1991 du 20 juin).

³ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 70. La présence de l'élu syndical s'apprécie, par principe, à la suite du processus électoral sans prise en compte d'éventuels changements postérieurs, par exemple consécutifs à un transfuge syndical (STS du 21 oct. 1997, Ar/9154. Pour approfondir, voir supra, n° 129).

⁴ Sans préjudice des règles de légitimation pleine, voir infra, n° 203, 268.

⁵ Dans cette hypothèse, l'absence de résultats électoraux n'est pas consécutive de l'absence de représentants élus mais résulte de l'impossibilité de mesurer la présence des syndicats dans la catégorie professionnelle affectée. Sur le régime électoral, voir supra, n° 118.

⁶ Loi 11/1994 du 19 mai.

catégorielles¹. La réforme de 2011 a consacré cette interprétation. L'article 87.1 ET dispose désormais d'un quatrième alinéa qui vise « *les conventions dirigées à un groupe de travailleurs avec un profil professionnel* ». Elle a par ailleurs permis de trancher, selon nous, une controverse doctrinale relative aux sections syndicales pouvant prétendre accéder à cette modalité de négociation.

Originellement, l'article 87.1.al .2 *in fine* ET disposait qu'« *il sera nécessaire que les travailleurs inclus dans son champ d'application aient adopté un accord exprès de désignation, suivant les critères de l'article 80 de cette loi, qui permet de négocier aux représentations syndicales implantées dans ce cadre* »².

Cette disposition « *confuse, de difficile interprétation (ou plus exactement sujette à plusieurs interprétations possible) et même de difficile application dans la pratique* »³, a suscité de nombreuses discussions doctrinales.

Suivant une interprétation doctrinale unanime, cette disposition envisage de manière unitaire la légitimation des sections syndicales dans l'hypothèse d'une convention d'entreprise catégorielle, régulant à la fois la légitimation initiale et la légitimation pleine⁴. Il semble néanmoins possible de dégager deux conditions exigées par la loi : l'implantation du syndicat dans le champ d'application considéré et un accord exprès de désignation par les salariés. La spécificité de la régulation légale de ce type de conventions conduit néanmoins à ne pas assimiler de manière automatique d'un

¹ Le droit espagnol parle de convention « de franja » entendue comme celle qui « *fixe les conditions de travail pour un groupe de travailleurs appartenant tous à une même catégorie professionnelle* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 91-97). Le critère permettant de distinguer ce type de convention est donc un critère personnel. Notons également que le critère distinctif peut prendre en considération un élément vertical, notamment une section, un département ou une unité productive (cette dernière ne peut se confondre avec un centre de travail). Pour approfondir, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 76 et 86; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 262.

Un secteur doctrinal estime néanmoins que cette disposition peut également être appliquée aux conventions de centres de travail considérant que celles-ci n'affectent pas la totalité des travailleurs de l'entreprise. Dans ce cadre, le critère de distinction peut être aussi bien personnel que fonctionnel (T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 237; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 402). Cette proposition revêt un intérêt particulier lorsqu'un centre de travail ne dispose pas de représentants unitaires mais n'a pas été retenue (voir infra, n° 118, 269).

² Art. 87.1 al. 2 *in fine* : « *En los demás convenios será necesario que los trabajadores incluidos en su ámbito hubiesen adoptado un acuerdo expreso, con los requisitos del artículo 80 de esta Ley, de designación, a efectos de negociación, de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito* ».

Antérieurement à la réforme de 2011, la représentation syndicale évoquée correspondait, comme pour les conventions qui « *affectent la totalité des travailleurs* », à la section syndicale sans préjudice des discussions sur l'intervention directe du syndicat (voir supra, n° 178). Pour une position favorable à l'intervention directe des syndicats dans cette hypothèse qui constitue de fait l'hypothèse de référence favorable à leur intervention, voir F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 151. Voir également STS du 28 fév. 2000, Ar/2246.

³ F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 146.

⁴ Dans ce sens, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 98.

côté, légitimation initiale et implantation, et d'un autre côté, accord de désignation et légitimation pleine.

Afin d'établir un cadre à l'analyse de cette disposition, il est alors pertinent de distinguer d'une part, le droit des sections syndicales de se présenter au vote des salariés et d'autre part, le droit des sections syndicales de participer effectivement à la négociation¹. Nous aborderons ici uniquement la capacité des sections syndicales de se présenter aux votes des salariés². Dès lors, il est possible de considérer que l'implantation permet « *uniquement de présenter une candidature, d'être incluse dans la votation que doivent réaliser les travailleurs concernés* »³. Toutes les sections implantées peuvent donc participer à la procédure de désignation mais ne possèdent pas automatiquement la légitimation initiale, entendue comme la capacité de participer à la négociation⁴.

Force est alors de constater qu'aucun élément de définition du concept d'implantation n'est envisagé dans la loi. Par conséquent, les incertitudes relatives à la définition et au contenu de cette notion réapparaissent⁵. En l'espèce, les représentations syndicales implantées pourraient correspondre, ou bien aux sections syndicales des syndicats possédant la légitimation initiale en vertu de l'article 8.2 b) LOLS⁶, ou bien à celles de ces mêmes syndicats remplissant une condition supplémentaire, ou bien à celles issues de tous les syndicats qui remplissent une exigence spécifique. Dans tous les cas, l'implantation du syndicat est une « *condition incontournable pour pouvoir bénéficier de légitimation initiale pour négocier* »⁷.

¹ Formulé autrement il s'agit de distinguer la question l'accès à la procédure de désignation et celle de l'accès direct à la négociation.

² Pour l'analyse de l'accord exprès de désignation, voir infra, n° 270.

³ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 79. Voir également M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 304, dont le raisonnement conduit également à penser que l'implantation permet de présenter des candidatures.

Une auteure considère toutefois que l'implantation n'est pas exigée lors de la présentation des candidatures et estime que tous les syndicats légalement constitués peuvent participer à la procédure de désignation. Les conditions de participation au processus de désignation doivent s'assimiler à celles applicables en matière d'élections professionnelles dans lesquelles aucune exigence spécifique n'est prévue. Dans ce cadre, les syndicats implantés sont ceux qui ont été désignés par le vote des salariés. En définitive, l'implantation n'est pas exigée préalablement au vote mais en constitue une conséquence (F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 153).

⁴ L'implantation constitue donc « *une condition nécessaire mais pas suffisante pour être présent dans la commission de négociation* » (M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 71).

⁵ Voir supra, n° 138.

⁶ C'est-à-dire d'un syndicat plus représentatif ou d'un syndicat présent dans les organes de représentation unitaire.

⁷ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 299.

Retenir un critère qui permette de reconnaître l'implantation des sections syndicales constitue alors une voie pertinente pour résoudre ces difficultés. La doctrine est en cette matière divisée. Certains auteurs ont proposé de ne retenir aucun critère spécifique, appliquant selon les cas, un ou plusieurs critères comme l'affiliation, l'activité syndicale, l'existence d'une section syndicale, le nombre de représentants dans les organes de représentation unitaire ou le caractère plus représentatif¹. Au contraire, pour la majorité de la doctrine, l'implantation vise fondamentalement dans cette hypothèse à apprécier le nombre d'affiliés².

Il convient alors de se demander si l'affiliation est le critère d'appréciation décisif. En effet, les sections syndicales légitimes en vertu de l'article 8.2 b) LOLS ne comptent pas nécessairement de salariés affiliés dans la catégorie professionnelle³. Deux interprétations strictes qui aboutissent à réduire le nombre de sections légitimes, ont alors été avancées. Pour certains auteurs, les exigences de l'article 8.2 b) LOLS sont préalables à toute négociation statutaire. Dans ce cadre, une section syndicale implantée est celle qui, en plus de remplir les exigences de l'article 8.2 b) LOLS, compte sur des affiliés dans le cadre considéré⁴. L'ET met ainsi en adéquation les règles de la LOLS et le cadre spécifique de la convention catégorielle. Pour d'autres, l'implantation se mesure par rapport au critère de l'affiliation et constitue une exigence spécifique qui s'applique indépendamment des dispositions de l'article 8.2 b) LOLS. Une section syndicale qui possède la légitimation initiale en vertu de l'article 8.2 b) LOLS ne peut

¹ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 100. Un auteur considère que la présence dans les organes de représentation unitaire constitue le seul critère permettant à un syndicat d'accéder à la négociation (M. IGLESIAS CABRERO, *Negociación colectiva*, Madrid, Colex, 1997, p.137).

² F. VALDÉS DAL-RÉ, « La reforma de las reglas de legitimación negocial », *RL*, 1994-I, p. 80, E. LÓPEZ TERRADA et L.E. NORES TORRES, « La legitimación para negociar convenios colectivos de franja », *AL*, 2000-I, p. 1027. Le critère de l'affiliation est conforme à l'esprit de la réforme de 1994. Celle-ci visait en effet à permettre la conclusion de ce type de convention qui se heurtait aux règles classiques de légitimation et aux difficultés pour accréditer un pourcentage d'audience en l'absence de chiffres électoraux au niveau catégoriel.

En l'absence de précision légale, la doctrine a estimé que le nombre d'affiliés doit être apprécié de manière large selon chaque cas concret, en fonction de l'ampleur et de l'étendue de la convention catégorielle. Dans tous les cas, la constitution d'une section syndicale est subordonnée à la présence d'au moins deux salariés affiliés. Pour approfondir, M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 309.

³ Si la création de la section syndicale démontre l'existence d'au moins deux affiliés dans l'entreprise, rien ne permet cependant de garantir que ces affiliés intègrent la catégorie professionnelle visée par la convention.

⁴ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 90. Selon l'auteur, l'implantation est une condition supplémentaire à celles exigées par la LOLS. Une représentation syndicale qui remplit les exigences de l'article 8.2 b) peut donc être exclue du processus de désignation si elle n'est pas implantée dans le cadre de la convention. Dans le même sens, considérant que les exigences de posées par la LOLS sont incontournables, C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 430.

donc pas accéder à ces négociations si elle ne compte pas d'affiliés « *dans ce cadre* »¹. Selon cette interprétation, l'ET conçoit un dispositif parallèle à la représentativité mesurée par l'audience électorale². Une troisième position a également été proposée. Effectuant une interprétation large, certains auteurs considèrent que l'implantation vise fondamentalement à permettre à des syndicats qui ne sont pas légitimes conformément à l'article 8.2 b) LOLS, de participer à la négociation d'une convention statutaire spécifique³. Par conséquent, peuvent participer les sections des syndicats présents dans les organes de représentation unitaire, des syndicats plus représentatifs et des syndicats comptant sur des affiliés dans le cadre considéré⁴. Cette interprétation permet une sélection des syndicats au travers d'un premier filtre légal et s'inscrit dans l'objectif de promotion des syndicats plus représentatifs tout en intégrant les syndicats aptes à représenter ces salariés en raison du nombre de leurs affiliés, élément pertinent en l'espèce.

La réforme de 2011 ne se réfère plus à la notion d'implantation. Sont désormais légitimes pour négocier « *les sections syndicales qui ont été désignées majoritairement par leurs représentés [...]* »⁵. Pour un auteur, l'élimination de cette notion est « *logique* » si l'on estime que le critère affiliatif est décisif⁶. Nous pensons en revanche que cette nouvelle formule ne permet pas d'ôter l'ambiguïté du précepte et n'apporte pas d'éléments décisifs.

¹ Cette précision permettrait alors d'écarter les sections des articles 8.2 b) LOLS qui ne comptent pas d'affiliés dans la catégorie affectée.

La doctrine a souligné la compatibilité de cette interprétation avec la LOLS. En effet, celle-ci prévoit que le droit à la négociation collective est reconnu « *dans les termes établis dans sa législation spécifique* », opérant ainsi un renvoi à l'ET qui peut dès lors conditionner la négociation statutaire à des exigences spécifiques. Dans tous les cas, les syndicats présents dans les organes de représentation unitaire ou plus représentatifs ne sont pas automatiquement exclus du processus de négociation mais sont soumis à une autre exigence, spécifique à la convention catégorielle. D'autre part, ils peuvent, dans tous les cas, traiter et intégrer dans une convention générale les prétentions spécifiques des travailleurs d'une catégorie spécifique (M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 311).

² La disposition statutaire a, en définitive, « *réceptionné et incorporé à l'ordonnement juridique, en parfaite adéquation avec la négociation collective, la doctrine élaborée par le Tribunal Constitutionnel relative à l'implantation en matière de légitimation des organisations syndicales pour adopter des mesures de conflits collectifs* » (M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 306).

³ Le critère de l'affiliation joue car le critère de l'audience électorale ne peut être mis en oeuvre

⁴ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 100. Selon cette auteur, l'introduction de ce critère vise à ouvrir la possibilité de négocier à des syndicats qui ne peuvent pas atteindre le seuil électoral et non pas à restreindre le droit d'accès des sections syndicales de syndicats reconnus représentatifs. Antérieurement à la réforme de 1994, voir dans le même sens, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1987, p.45.

⁵ Notons ici que de manière comparable aux conventions d'entreprise, l'expression de « *représentations syndicales* » est substituée par celle de « *sections syndicales* » (voir supra, n° 177).

⁶ Dans ce sens, F. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 142.

Dans tous les cas, cette discussion relative à la définition de la notion d'implantation est en réalité absorbée par la conclusion d'un accord exprès de désignation par les salariés qui constitue le filtre décisif d'attribution de la légitimation¹.

182. Pour terminer, il convient de formuler certaines remarques relatives au délégué syndical (DS) en Espagne et de le comparer avec son homologue en droit français. Aux termes de l'article 10.1 LOLS, dans les entreprises ou centres de travail de plus de 250 travailleurs, les sections syndicales des syndicats présents dans le comité d'entreprise « *seront représentées, à tous les effets, par des délégués syndicaux élus par et entre les affiliés de l'entreprise ou du centre de travail* ». La désignation d'un DS correspond donc aux membres de la section syndicale et non aux syndicats².

Il ressort de cette disposition que l'existence d'un délégué syndical est soumise tout d'abord à l'existence d'une section syndicale³ qui demeure l'organe syndical de référence dans l'entreprise⁴.

En tant que représentant de la section syndicale le DS n'intègre pas le contenu essentiel du droit de liberté syndicale et constitue un moyen additionnel de promotion de l'activité syndicale. Par conséquent, la configuration et les limites de son action sont

¹ Dans ce sens, C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 88. Sur cet accord exprès, voir infra, n° 270.

² Pour une opinion critique de ce mode de désignation prévu légalement et favorable à une procédure de désignation régie uniquement par les statuts du syndicat en vertu de l'autonomie syndicale, voir J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1986, p. 246.

³ En réalité, l'existence d'une section syndicale est la condition primaire et suffisante pour procéder à la désignation d'un DS. En effet, en vertu du droit fondamental de liberté syndicale, dès lors qu'une section syndicale est constituée, celle-ci peut désigner un DS sans que les autres exigences légales ou conventionnelles soient remplies. Ces délégués sont dénommés « *délégués syndicaux internes* » (STC 84/1989 du 10 mai ; STC 201/1999 du 8 nov. ; STS du 18 mai 1992, Ar/3562) et constituent un élément indispensable permettant à la section syndicale de développer ses activités. Ils représentent alors la section syndicale mais sont dépourvus, sauf disposition conventionnelle plus favorable, des prérogatives et garanties spécifiques attribuées aux délégués syndicaux désignés conformément à l'article 10.1 LOLS (STC 173/1992 du 29 oct. Pour approfondir, J. LUJÁN ALCARAZ, *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Madrid, CES, 2003, p. 167; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 653. Selon l'auteur, « *la dénomination « délégué syndical » sera applicable à tout affilié dans l'entreprise qui agit devant l'employeur en représentation de la section syndicale. Cela n'empêche pas que certains d'entre eux bénéficient d'avantages déterminés voulus par le législateur, « les délégués avec des attributions légales » alors que d'autres en sont dépourvus, « les délégués syndicaux sans attributions légales »* », p. 654). Se distinguent donc les DS ayant une projection interne à la section syndicale et les DS ayant une projection externe vers l'entreprise.

⁴ Dès lors, le DS « *n'est pas une entité indépendante, au contraire chaque fois que le délégué existe et/ou agit, il le fera dans l'exercice de sa fonction représentative de la section syndicale. [...] Le DS configuré par la LOLS n'est pas à proprement parler un organe du syndicat, qualification qui est réservée à la section syndicale, mais uniquement le sujet physique représentant externe de l'organe du syndicat qui est la section syndicale* » (C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 648).

déterminées par la loi¹. Dans ce cadre, la LOLS conditionne son existence, sauf disposition plus favorable d'une convention, à un seuil d'effectif de l'entreprise² et à la présence du syndicat correspondant dans la représentation unitaire³. Dans l'hypothèse d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail, la jurisprudence interprète strictement les termes de l'article 10.1 LOLS⁴ et impose que l'exigence d'effectif s'apprécie au sein de chaque centre et non au niveau global de l'entreprise⁵. Le cadre de désignation du DS s'inscrit donc totalement dans la logique décentralisée du système espagnol qui reconnaît comme unité de référence le centre de travail⁶.

En ce qui concerne les prérogatives attribuées, le DS peut exercer l'ensemble des fonctions de la section syndicale dont il est le représentant « à tous les effets ». En matière de négociation collective, le DS peut participer à la négociation d'une convention collective statutaire mais ne possède aucun privilège spécifique⁷. Aux termes de l'article 10.3 LOLS, sont de plus reconnus aux DS désignés conformément aux exigences légales, des garanties et prérogatives spécifiques⁸. Leur analyse a alors

¹ STC 9/1988 du 25 janv.; STC 173/1992 du 29 oct; STC 188/1995 du 18 oct.; STC 201/1999 du 8 nov. Notons toutefois que les conventions collectives et les statuts syndicaux remplissent un rôle important quant à la configuration des droits, garanties et prérogatives reconnus au DS.

² Le nombre de DS pouvant être désignés varie selon l'effectif de l'entreprise. Aux termes de l'article 10.2 LOLS, les syndicats qui ont obtenu au moins 10% des votes aux élections syndicales peuvent désigner un DS quand l'effectif est compris entre 250 et 750 travailleurs; si l'effectif est compris entre 751 et 2000, 2; si l'effectif est compris entre 2001 et 5000, 3; enfin, à partir de 5000, 4. Les syndicats comptant sur un représentant unitaire mais qui n'ont pas obtenu ces 10% peuvent désigner un seul DS quelque soit l'effectif de l'entreprise. Rappelons que le nombre de DS peut être amélioré par convention collective. Pour approfondir, C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 731.

³ Ce qui permet de démontrer l'appui des salariés.

⁴ Aux termes duquel les DS peuvent être élus « dans les entreprises ou le cas échéant, dans les centres qui occupent plus de 250 travailleurs ».

⁵ STS du 10 nov. 1998, Ar/9545; STS du 20 juill. 2000, Ar/7190; STS du 10 avril 2001, Ar/4901.

Dans la pratique, cette position jurisprudentielle incite la constitution des sections syndicales au niveau des centres de travail (voir infra, n° 187).

⁶ Pour approfondir, J. CABEZA PEREIRO, « Representación sindical de los trabajadores y funcionarios en los centros de trabajo », in *Manual Jurídico de los representantes de los trabajadores*, Dir. R. ESCUEDRO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, Madrid, La Ley, 2004, p. 542.

⁷ La section syndicale demeure en effet la représentation syndicale habilitée par la loi à négocier dans l'entreprise. Le DS est envisagé dans cette hypothèse comme n'importe quel autre membre de la section syndicale.

⁸ Un traitement approfondi de cette disposition nous éloignerait de notre sujet d'étude. Il convient néanmoins de formuler en termes généraux les traits principaux de cette disposition. D'une part, sont reconnues au DS les mêmes garanties que celles des représentants unitaires, ce qui renvoie à l'article 68 ET (pour approfondir I. ALBIOL MONTESINOS, *La representación sindical en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990, p. 156). D'autre part, les DS se voit attribuer une série de droits spécifiques : 1) « avoir accès à la même information et documentation que l'entreprise mettra à la disposition du comité d'entreprise »; 2) « Assister aux réunions des comités d'entreprises et des organes internes de l'entreprise en matière de sécurité et d'hygiène[...] avec voix mais sans vote »; 3) un droit à consultation préalablement à l'adoption de mesures de caractère collectif et à l'établissement de sanctions ou au licenciement d'un affilié (pour approfondir, J. LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 204 et C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 783 s.).

conduit un secteur doctrinal à affirmer que l'effectivité de l'action syndicale dans l'entreprise perd de sa vigueur lorsque la section syndicale n'est pas représentée par un DS désigné conformément aux dispositions légales « *motivante dans ce cas l'intervention du syndicat au travers de la représentation unitaire* »¹.

183. La perspective comparée qui est la nôtre nous conduit finalement à souligner les différences relatives à la figure du DS en France et Espagne. Tout d'abord, en ce qui concerne les conditions de sa désignation. D'une part, si en France, le syndicat garde une marge d'action décisive, le dispositif espagnol écarte au contraire son intervention directe et place les salariés affiliés de l'entreprise au centre du processus de désignation. La doctrine a ainsi souligné que la LOLS vise « *à défendre l'affilié face au syndicat* »². Cette idée est en réalité un élément différenciateur majeur des deux systèmes et se retrouve également lors de la création de la section syndicale³. D'autre part, l'existence du DS est conditionnée en Espagne, sauf disposition plus favorable d'une convention, à un seuil d'effectif important, alors qu'en France, il est présent dès que l'effectif est supérieur à 50 salariés. Cette différence s'explique alors fondamentalement par les fonctions attribuées au DS et prend une dimension particulière au regard du droit à la négociation collective. En effet, confiant au DS la

Dans tous les cas, l'ensemble de ces garanties et prérogatives sont des minimums de droit nécessaire (ordre public relatif) qui peuvent donc être améliorés par une convention collective (pour approfondir, C. SÁEZ LARA, *Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, MTSS, 1992, p. 330).

Une dernière difficulté surgit en raison de la précision de l'article 10.3 LOLS qui dispose que ces droits et garanties sont reconnus « *dans l'hypothèse où [les DS] ne forment pas partie du comité d'entreprise* ». Il ressort de cette disposition que la loi vise à assimiler les DS désignés, conformément aux dispositions légales, aux membres du Comité d'entreprise. Néanmoins, ce renvoi global et indiscriminé pose plusieurs difficultés à l'heure d'articuler les prérogatives des DS, ce qui aboutit à des inégalités de traitement selon leur appartenance ou non au comité. Selon une interprétation littérale admise par la majorité de la doctrine, ces droits et garanties sont attribués uniquement lorsque les DS n'en bénéficient pas déjà en raison de leur qualité d'élus au comité (I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., 1990, p. 170). D'autres auteurs soulignent au contraire que « *les droits reconnus aux DS ne coïncident pas exactement avec ceux attribués au comité d'entreprise, spécialement en matière de consultation. [...]. Dès lors, il convient de conclure que les droits de l'article 10.3 LOLS sont reconnus à tous les DS bien que certains d'entre eux sont efficaces uniquement par rapport aux DS qui ne sont pas intégrés à l'organe unitaire* » (J. LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 208 et C. SÁEZ LARA, op. cit., p. 209).

Nous adhérons à cette dernière position doctrinale qui permet d'écarter des effets contraires à l'esprit de la loi (pour approfondir, C. AGUT GARCÍA, op. cit. 1997, p. 813).

¹ F. NAVARRO NIETO « *La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia* », *RL*, 1998-I, p. 459. Selon lui, « *l'action du syndicat dans l'entreprise au travers de ses propres structures se trouve très limitée quand elle est dépourvue de la figure du DS, spécialement quant aux activités d'information, de consultation et de contrôle auxquelles se réfère l'essentiel de l'article 10.3 LOLS* ».

² I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., 1990, p. 749.

³ En France, le syndicat peut constituer une section syndicale alors qu'en Espagne les salariés affiliés peuvent créer une section syndicale. Même si la section est physiquement constituée des salariés de l'entreprise, l'angle d'approche est symptomatique de la logique des deux dispositifs.

faculté de négocier, le droit français le conçoit comme un représentant direct du syndicat, qui se distingue de la section syndicale et qui représente donc l'ensemble du personnel. Le droit espagnol instrumentalise quant à lui le DS qui constitue en réalité un appendice de la section syndicale et vise principalement à en faciliter l'action dans les grandes entreprises. Le cadre d'intervention du DS reste alors totalement dépendant de la capacité d'intervention de la section syndicale qui demeure la figure syndicale dotée de capacité conventionnelle. Parallèlement, la présence d'un DS n'est pas nécessaire pour négocier ; une section syndicale peut négocier dans les entreprises de moins de 250 salariés dépourvues de DS. En définitive, en matière de négociation collective, force est de constater que le droit français est plus restrictif puisqu'il conditionne l'intervention de l'acteur syndical susceptible de négocier une convention collective, à une condition d'effectif de l'entreprise relativement importante¹.

3. La détermination des négociateurs syndicaux au niveau global de l'entreprise composée de plusieurs centres de travail ou de plusieurs établissements et dans le groupe d'entreprises

184. La mesure des différents critères établis permettant d'identifier les représentations syndicales ne pose pas de difficultés majeures lorsqu'existent des organes de représentations élus dans une entreprise traditionnelle composée d'un seul centre de travail ou d'un seul établissement ou dans un centre de travail ou un établissement envisagé de manière indépendante². Dans ces hypothèses, le niveau d'appréciation de la légitimation et le niveau des élections coïncident.

La variété des cadres dans lesquels peuvent se constituer les sections syndicales dans l'entreprise et être organisées des élections des représentants du personnel, conduit

¹ D'une part, en droit espagnol, la création de la section syndicale n'est soumise à aucune condition d'effectif de l'entreprise. D'autre part, en droit français, la possibilité pour le syndicat de désigner dans les entreprises de moins de 50 salariés le délégué du personnel comme DS, est très peu mise en oeuvre dans la pratique.

² La négociation au sein d'un établissement ou d'un centre de travail est admise. En France, l'article L. 2232-16 CT énonce que « *la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise. Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions* ». En droit espagnol, l'article 87.1 ET se réfère « *aux conventions d'entreprise et de cadre inférieur* » étant entendu que ce cadre inférieur correspond au centre de travail. Les règles générales sont alors transposées dans les mêmes conditions dans le cadre de l'établissement considéré. Parallèlement, les deux dispositifs garantissent, au niveau de l'établissement, l'élection de représentants du personnel permettant alors la mesure de la représentativité nécessaire pour négocier et conclure une convention à ces niveaux (voir supra, n° 128).

néanmoins à rompre la coïncidence entre le niveau d'appréciation de la légitimation et le niveau des élections dans plusieurs hypothèses.

La détermination des représentations syndicales parties à la négociation d'une convention d'entreprise composée de plusieurs centres de travail pose certaines difficultés. La négociation au niveau du groupe d'entreprise est également concernée.

a) L'entreprise composée de plusieurs centres de travail ou de plusieurs établissements

185. Les conditions d'accès des sections syndicales et des DS dans l'entreprise et les exigences spécifiques relatives à leur participation à la négociation conduisent à aborder successivement chacun des deux dispositifs.

186. En France, l'existence d'un DS dans l'un des établissements de l'entreprise est une condition nécessaire mais pas suffisante. En effet, le syndicat qui a désigné ce DS, indépendamment du cadre de désignation, doit être représentatif dans la totalité de l'entreprise pour négocier à ce niveau¹.

La représentativité du syndicat s'apprécie essentiellement par son audience électorale qui doit être d'au moins 10% des « *suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou à défaut des délégués du personnel, [...]* »². Lorsqu'un seul comité d'entreprise a été constitué, indépendamment de l'existence ou non de DP, ce sont les résultats des élections à ce comité qui sont pris en compte pour déterminer quels sont les syndicats représentatifs dans l'entreprise³. Les difficultés surgissent lorsque plusieurs établissements sont dotés d'un comité d'établissement ou que les résultats aux élections des délégués du personnel doivent être pris en compte. La circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 prévoit alors que la représentativité d'un syndicat sur l'ensemble de l'entreprise doit se mesurer « *par l'addition de l'ensemble des suffrages obtenus par le syndicat dans l'ensemble des établissements, quelque soit le pourcentage qu'il a obtenu par établissement* »⁴. L'absence de résultats dans un des établissements n'empêche donc

¹ Art. L. 2231-1 CT.

² Art. L. 2122-1 CT.

³ Cass. Soc. 13 juill. 2010, n° 10-60.148 publié. Pour approfondir, voir Ph. MASSON, « Entreprise et établissements : quelle mesure de représentativité ? », *SSL*, 2010, n° 1455, p. 7.

⁴ Fiche 1.

pas un syndicat d'être représentatif au niveau global de l'entreprise. Il ressort également de cette modalité de calcul qu'un syndicat qui n'est pas représentatif dans un ou plusieurs établissements peut négocier une convention applicable à l'ensemble des établissements de l'entreprise s'il accrédite une audience globale de 10%¹.

Un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise mais qui n'a pas atteint cette qualité dans un établissement peut-il y négocier ? Cette hypothèse n'est pas explicitement prévue par la loi de 2008. L'esprit dans lequel celle-ci a été élaborée², semble conduire à considérer que le syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ne peut négocier³.

Une fois considéré représentatif, le syndicat peut alors procéder à la désignation du DS qui varie en fonction de l'effectif global de l'entreprise et de l'effectif de chaque établissement. Si aucun des établissements n'atteint le seuil de 50 salariés mais que l'entreprise y parvient globalement, le DS est désigné au niveau central de l'entreprise⁴. Toutefois, si chaque établissement distinct dispose de délégués du personnel, les syndicats peuvent désigner un délégué du personnel comme DS dans chaque établissement⁵. Si ce seuil n'est atteint que dans l'un des établissements, le DS, sauf disposition conventionnelle plus favorable, doit être également désigné au niveau central de l'entreprise⁶, sans préjudice de la remarque antérieure relative à l'existence de délégués du personnel. Lorsque l'entreprise dépasse ce seuil dans au moins deux établissements, que son effectif global est inférieur à deux mille salariés et que ce découpage ne met à l'écart aucun salarié, les DS sont désignés dans le cadre de chaque établissement⁷. Dans cette hypothèse, les syndicats représentatifs dans l'entreprise

¹ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 659.

² La loi vise en effet à mettre en adéquation la représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord. Dans le même sens se prononce la position commune de 2008 qui distingue la mesure de la représentativité dans l'entreprise et dans l'établissement (art. 2-1).

³ Dans ce sens, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 67 et 81. Voir également les réflexions de J.F. CESARO (loc. cit., 2009, p. 659) dans lesquelles plusieurs arguments sont toutefois avancés pour admettre l'intervention du syndicat représentatif au niveau de l'entreprise dans un établissement dans lequel il n'a pas cette qualité. On peut tout d'abord considérer que « *qui peut le plus peut le moins* ». D'autre part, si le DS représente le syndicat auprès de l'employeur dans tous les établissements de l'entreprise, il peut également y négocier. L'intervention de ce DS peut enfin garantir la cohérence des accords conclus au sein de chaque établissement, compenser l'absence de représentation syndicale dans l'établissement ou faciliter l'adoption de l'accord (apportant les pourcentages nécessaires pour remplir l'exigence de majorité, sur cette exigence, voir infra, n° 317).

⁴ Cass. Soc. 5 juill. 1977, *Bull. civ.* V, p. 362, n° 458.

⁵ Art. L. 2143-6 CT : « *Dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un délégué du personnel comme délégué syndical* ».

⁶ Cass. Soc. 12 mars 1991, *Dr. soc.*, 1991, p. 701, obs. J. SAVATIER.

⁷ Cass. Soc. 17 sept. 2003, déjà cité.

peuvent également désigner l'un de leurs délégués d'établissement pour exercer les fonctions de Délégué Syndical Central (DSC)¹. Si l'entreprise occupe au moins 2000 salariés, les délégués d'établissement sont désignés dans les mêmes conditions mais le DSC désigné par les syndicats représentatifs dans l'entreprise est distinct des DS de chaque établissement². Il appartient alors aux syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise de constituer leur délégation syndicale qui les représentera durant les négociations. Celle-ci peut se composer du DSC et de divers DS des établissements concernés. En vertu de l'article L.2232-17 CT, la délégation syndicale comprend « *au moins deux délégués* » lorsqu'existent plusieurs délégués syndicaux³.

Nous avons vu antérieurement que la réforme de 2008 a également introduit une exigence relative à l'audience électorale personnelle du DS⁴. Celle-ci s'apprécie naturellement au sein de l'établissement dont il procède et peut s'apprécier de manière alternative par rapport aux élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel⁵. Si un DSC a été désigné, l'accomplissement d'une audience personnelle est exigé uniquement lorsque l'entreprise comporte moins de 2000 salariés⁶. Lorsque l'entreprise dépasse ce seuil, le DSC désigné en plus des DS de chaque établissement, n'est pas soumis à un seuil d'audience personnelle⁷.

L'ensemble du dispositif apporte des réponses satisfaisantes en centrant son attention sur la représentativité du syndicat au niveau de l'entreprise. Le périmètre de désignation du DS désigné qui peut négocier au nom du syndicat dans l'entreprise, apparaît ainsi secondaire. Il ressort néanmoins que l'appréciation sur la globalité des résultats électoraux sans distinction des établissements et la mise à l'écart des élections

¹ Art. L. 2143-5, al. 4 CT. Cass. Soc. 25 janv. 2006, *JCP S*, 2006, 1362, note B. GAURIAU. Cette faculté est admise lorsque le DS d'établissement est l'unique délégué dont dispose le syndicat dans l'entreprise (Cass. Soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.*, 1993, p. 285, voir G. BORENFREUND « Délégué syndical central, représentativité syndicale : observations sur un arrêt d'allure modeste », *Dr. soc.*, 1993, p. 282). Aux termes de l'article L. 2143-5, al. 3, « *l'ensemble des dispositions relatives au délégué syndical d'entreprise est applicable au délégué syndical central* ». Il peut donc négocier sur l'ensemble de l'entreprise.

² Art. L. 2143-5, al. 1 CT.

³ L'existence du DSC présuppose l'existence de DS dans les établissements. Par conséquent, il ne pourra pas être l'unique représentant de son organisation. La figure du DSC ne bénéficie donc d'aucun traitement privilégié. Dans ce sens, la doctrine a souligné que « *les délégués syndicaux sont les négociateurs naturels de l'accord, le délégué central ne saurait disposer pour ces fonctions d'un quelconque monopole* » (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 663).

⁴ Qui doit travailler dans le même cadre que dans lequel il désigné

⁵ Voir supra, n° 172.

⁶ Le DS de l'établissement également désigné DSC, reste en effet soumis à l'exigence d'audience personnelle au sein de l'établissement dont il dépend.

⁷ Dans ce sens, circ. DGT, n° 20 du 13 nov. 2008, Fiche 2 qui prévoit qu' « *il n'y a donc pas d'obligation de choisir le délégué syndical central parmi les candidats aux dernières élections professionnelles* ».

des DP au bénéfice des élections au comité d'entreprise peuvent s'avérer en contradiction avec la réalité au niveau de chaque établissement. En effet, en raison du caractère fonctionnel de la définition de l'établissement distinct¹, des résultats électoraux au sein d'un établissement peuvent révéler que le syndicat n'y est pas réellement représentatif. Si l'établissement distinct relatif à la désignation du DS est plus réduit que celui des élections², le syndicat qui atteint le seuil de 10% dans le cadre des élections remplit le critère de l'audience à l'intérieur de ce cadre. Dès lors, il peut désigner dans un cadre inférieur un DS quand bien même il possède, dans ce cadre plus réduit, une « audience réelle » au dessous des 10%³. Si au contraire, l'établissement distinct relatif à la désignation du DS est plus large que celui dans lesquels se sont déroulées des élections⁴, il convient « *par analogie avec la solution suggérée par la circulaire pour mesurer l'audience dans l'entreprise composée de plusieurs établissements* », d'apprécier les résultats globalement. Les élections des délégués du personnel peuvent alors révéler qu'un syndicat plébiscité dans un établissement et désavoué dans un autre. Or il pourra négocier pour ces deux établissements si son audience globale est supérieure à 10%⁵. Les mêmes difficultés réapparaissent lorsqu'il s'agit d'apprécier l'audience personnelle du DS. La possibilité de mesurer l'audience personnelle du DS indifféremment par rapport aux élections aux élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel accentue de plus les difficultés. Si le cadre de désignation du DS est plus large que celui de l'élection, il est impossible de mesurer l'audience personnelle du DS sur l'ensemble de son cadre d'action de manière satisfaisante puisque celui-ci ne s'est présenté que dans un des cadres plus réduit d'élections⁶. Il pourra pourtant négocier dans le cadre correspondant à sa désignation

¹ Qui aboutit à l'absence de coïncidence entre l'établissement distinct relatif à la désignation du DS et à l'élection de représentants élus (voir supra, n° 128). D'un côté, en matière d'organisation d'élections, l'établissement distinct se définit « *par le regroupement d'au moins onze salariés* » (Cass. Soc. 29 janv. 2003, déjà cité). D'un autre côté, pour la désignation du DS, il s'agit du « *regroupement d'au moins cinquante salariés* » (Cass. soc. 4 juin 2003 et 14 fév. 2007).

² Le cadre des élections regroupe plusieurs établissements distincts dans lesquels peuvent être désignés un DS.

³ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 660. L'élection des délégués du personnel dans l'établissement plus réduit peut notamment révéler que le syndicat n'a pas atteint le seuil de 10% dans ce cadre.

⁴ Le cadre de désignation du DS regroupe plusieurs établissements dans lesquels se sont déroulés des élections de délégués du personnel (l'hypothèse d'une élection au comité d'entreprise ne peut être totalement écartée mais résulte plus difficilement réalisable).

⁵ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 660.

⁶ Concrètement, il se présente aux élections organisées dans l'établissement distinct auquel il est rattaché.

alors même que des salariés qui seront soumis à la convention, n'auront pas participé à son élection¹.

187. En Espagne, lorsque l'entreprise est composée de plusieurs centres de travail, les règles générales de légitimation des représentations syndicales demeurent applicables mais posent des problèmes pratiques qui conduisent à « *leur nécessaire adaptation* »².

La première question qu'il convient d'abord correspond au cadre de constitution de la section syndicale. Aux termes de l'article 8.1 LOLS, le niveau de constitution de la section syndicale est une décision qui relève de la politique du syndicat et des affiliés dans l'entreprise³. La jurisprudence affirma dans ce sens le caractère alternatif du niveau de constitution de la section⁴ et non cumulatif⁵. Néanmoins, la doctrine a souligné que le dispositif légal conduit indirectement la création de la section au sein de chaque centre de travail. Le TC, tout en rappelant la liberté de constitution des sections syndicales, estime également que « *la base naturelle de la section syndicale est le centre de travail* »⁶. Sachant que certaines prérogatives attribuées aux sections syndicales sont conditionnées à la présence du syndicat dans la représentation unitaire⁷, il est logique que la section syndicale se constitue au niveau du centre de travail⁸, afin de coïncider avec le cadre d'élection des représentations élues⁹. Cette idée prend une dimension particulière en matière de négociation collective au regard du dispositif légal dans lequel l'unité électorale est synonyme d'unité de négociation.

¹ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 664.

² C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 83.

³ STC 173/1992 du 29 oct.; J. CABEZA PEREIRO, loc. cit., 2004, p. 530.

Considérant que le niveau de référence est le centre de travail, un secteur doctrinal estime néanmoins que la création de sections syndicales d'entreprise doit être prévue par convention collective (E. BORRAJO DACRUZ, « La secciones sindicales en la empresa: puntos críticos », *AEDIPE*, déc. 1986, p. 3).

⁴ STS 15 juill. 1996, Ar/6158 ; STS 28 nov. 1997, Ar/8919.

⁵ STS du 20 sept. 1999, Ar/7533.

⁶ STC 173/1992 du 29 oct.

⁷ Les conditions d'élection du DS constituent le paradigme de cette affirmation. En effet, il ressort de la jurisprudence qu'une section syndicale constituée au niveau de l'entreprise ne peut disposer de DS. Celui-ci est en effet élu au niveau du centre de travail dans lequel peut être appréciée la présence du syndicat dans la représentation unitaire correspondante (voir supra, n° 182). Alors même que le dispositif reconnaît la liberté de choix du niveau de constitution d'une section syndicale, les juges privent donc de la faculté de disposer d'un DS, une section syndicale constituée au niveau global de l'entreprise (C. AGUT GARCÍA, op cit., 1997, p. 706. Pour une critique de cette position, J. LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 166 et J. CABEZA PEREIRO, loc. cit., 2004, p. 541).

⁸ Le syndicat peut toutefois s'organiser au niveau global de l'entreprise et prévoir une section syndicale intercentres. Toutefois, celle-ci ne possède pas de droits propres face à l'entreprise et vise fondamentalement à coordonner les différentes sections de chaque centre (J. LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 126).

⁹ Pour approfondir, A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2006, p. 20.

Il convient alors de distinguer l'intervention des sections syndicales constituées au niveau central de l'entreprise et celle des différentes sections constituées au sein des centres de travail¹. Le principe général de solution conduit alors à mettre en adéquation le cadre de la convention et de la représentativité des négociateurs en application du principe de concordance².

Si sont mises en place des sections syndicales d'entreprise, elles peuvent prétendre accéder aux négociations dès lors qu'elles remplissent les exigences de l'article 8.2.b) LOLS³. L'absence de représentants élus dans un centre de travail ne fait donc pas obstacle à l'intervention de ces représentations syndicales⁴. Si sont mises en place des sections syndicales au niveau des centres de travail, leur intervention afin de négocier une convention applicable à toute l'entreprise est possible dans le respect du principe de concordance⁵. Elle aboutit néanmoins à reconnaître la légitimation initiale à

¹ La doctrine a dans ce sens mis en exergue que le niveau de constitution des sections syndicales a des conséquences importantes en matière de négociation statutaire, notamment quant à l'appréciation des règles de légitimation, sans toutefois arriver aux mêmes conclusions (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1987, p. 39 ; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 83).

² Selon lequel le champ de la représentation syndicale correspond au champ d'application de la convention (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 79).

³ Lorsqu'il s'agit de négocier dans un ou plusieurs centres de travail outre les sections constituées à ce niveau qui respectent les dispositions de l'article 8.2 b), l'intervention des sections syndicales constituées au niveau de l'entreprise est admise si elles accréditent d'au moins un représentant élu dans tous les centres concernés ou émanent d'un syndicat plus représentatif (C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 83).

⁴ En effet, une section d'entreprise n'a pas à être présente dans tous les organes de représentation élue de chaque centre de travail pour être dotée de la légitimation initiale : ou bien, elle est issue d'un syndicat plus représentatif et dans ce cas sa présence dans les organes de représentation élue est indifférente à la reconnaissance de la légitimation initiale (voir infra, n° 203), ou, bien, comptant sur au moins un représentant élu dans l'un des centres de l'entreprise, elle remplit l'exigence de l'article 8.2 b) LOLS qui s'apprécie dans le cadre de la convention, c'est-à-dire l'ensemble des centres de travail (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 85 ; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 82).

⁵ Dés lors, une section syndicale d'un centre de travail ne peut négocier seule une convention applicable à l'entreprise, ni une convention applicable à un autre centre de travail.

Plusieurs précisions doivent néanmoins être apportées. D'une part, une auteure précise que leur intervention est possible « *seulement dans le cas où dans tous les centres de travail se sont constituées des sections syndicales* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 85 ; voir également C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 406). D'autre part, chaque section doit posséder la légitimation initiale appréciée dans l'établissement. Les problèmes se posent alors essentiellement pour les sections syndicales dont la légitimation initiale est consécutive à la présence du syndicat dont elles émanent dans les organes de représentation élue (en effet, nous considérons que les sections des syndicats reconnus plus représentatifs possèdent automatiquement la légitimation initiale, voir infra, n° 203). Dans ce cadre, lorsque les différents centres sont dotés de représentants élus, il convient d'admettre que la section syndicale est dotée de légitimation initiale si le syndicat dont elle émane compte sur un représentant élu dans le centre de travail considéré. Lorsqu'un des centres est dépourvu de représentation élue, une section issue d'un syndicat qui n'est pas considéré comme plus représentatif ne peut donc être dotée de légitimation initiale, il lui est alors impossible de remplir une des exigences de l'article 8.2 b) LOLS. Dans cette hypothèse, l'ensemble des sections syndicales constituées au niveau du centre ne peuvent donc négocier une convention applicable à toute l'entreprise. Deux éléments peuvent toutefois sauver la mise en route d'un processus de négociation par les représentations syndicales : ou bien, dans le centre dépourvu de représentation élue est constituée une section syndicale d'un syndicat reconnu plus représentatif, ou bien, les sections syndicales sont constituées au niveau de l'entreprise. Enfin, si

un nombre considérable de sections ce qui produit des problèmes pratiques importants à l'heure de constituer la commission de négociation¹.

b) La négociation au niveau du groupe d'entreprises

188. Le droit positif français identifie expressément la partie salariale dans une négociation au niveau du groupe². Aux termes de l'article L. 2232-31 CT, la convention ou l'accord de groupe est négocié et conclu par « *les organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord* ». L'article L. 2122-4 CT prévoit alors que « *la représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est appréciée conformément aux règles définies aux articles L. 2122-1 à L. 2122-3 relatifs à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés* »³. Par conséquent, un syndicat peut être représentatif au niveau du groupe sans être représentatif au niveau de chaque entreprise. Il peut toutefois négocier une convention applicable à l'ensemble du groupe⁴. S'il s'agit d'une convention applicable à seulement une partie du groupe, le syndicat pour négocier doit être nécessairement représentatif dans ce périmètre.

Chaque organisation syndicale représentative est alors représentée par les délégués syndicaux qu'elle possède dans les différentes entreprises concernées. Si une organisation représentative ne possède pas de DS dans une des entreprises affectées, la

coexistent des sections d'entreprises et de centres, elles sont toutes dotées de légitimation initiale dès lors qu'elles remplissent chacune, dans le cadre qui leur correspond, une des exigences de l'article 8.2 b) LOLS.

¹ Voir infra, n° 263 s.

² L'accord de groupe fait l'objet d'une régulation légale depuis la loi de 2004 (voir bibliographie générale citée supra, n° 161).

Précisons également qu'il convient de distinguer ici la négociation d'un accord portant sur le fonctionnement du comité du groupe et celle d'un accord de groupe portant sur les conditions de travail dans le groupe. La jurisprudence relative au premier type d'accord est inapplicable lorsqu'il s'agit d'un accord collectif de travail stricto sensu (pour approfondir sur la négociation d'un accord de groupe relatif au fonctionnement du comité de groupe, voir Cass. Soc. 4 mai 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 688, obs. G. BORENFREUND).

³ Quant aux conséquences de l'échelonnement de divers processus électoraux au sein de chaque entreprise, les propos relatifs à l'entreprise composée de plusieurs établissements sont transposables (voir supra, n° 129). La Circulaire DGT du 22 sept. 2004, fiche 5 « *le point de départ de ce cycle est constitué par les résultats des élections professionnelles de la première entreprise du groupe pour laquelle la première réunion de la négociation du protocole électoral est postérieure à la publication de la loi* ».

⁴ Par contre, un syndicat représentatif dans certaines entreprises mais qui n'atteint pas le seuil de 10% dans l'ensemble du groupe, ne peut participer à cette négociation et voit son champ d'action limité au cadre dans lequel il est représentatif.

négociation de l'accord n'est pas remise en cause¹. Précisons également que l'organisation peut également se faire représenter par un de ses coordinateurs syndicaux de groupe². Une table de négociation peut donc être composée de coordinateurs syndicaux et de divers DS issus de chacune des entreprises concernées. Dans tous les cas, les négociateurs syndicaux doivent avoir été expressément habilités par leur organisation syndicale pour négocier et conclure l'accord³.

189. En Espagne, antérieurement à la réforme de 2011, la détermination de la représentation salariale faisait l'objet de vifs débats doctrinaux⁴. D'un côté, certains auteurs soulignent que si la convention de groupe intègre la catégorie des conventions d'entreprise, les règles de légitimation relatives à ce niveau doivent être appliquées⁵. Dès lors les représentations syndicales dans les entreprises⁶ et les organes de représentation unitaire⁷ peuvent négocier ce type de conventions. D'un autre côté, les arguments avancés pour retenir l'application des règles sectorielles présentent tout d'abord une dimension pratique dans le cas où la présence de toutes les sections syndicales ou de tous les comités d'entreprise ou délégués du personnel des différentes entreprises apparaît difficile à assurer et à mettre en œuvre⁸. Du point de vue strictement juridique, certains auteurs s'appuient sur le droit à la négociation collective des organisations syndicales proclamé à l'article 7.2 LOLS qui trouve à s'appliquer en l'absence de dispositions légales distinctes⁹. Comme nous l'avons déjà commenté, la

¹ La Circulaire DGT du 22 sept. 2004, fiche 5 prévoit qu' « un accord de groupe pourra [...] être applicable aux salariés d'une entreprise entrant dans son champ d'application même si celle-ci est dépourvue de délégué syndical ».

² Art. L. 2232-32 CT qui dispose que « [...], les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent désigner un ou des coordonnateurs syndicaux de groupe choisis parmi les délégués syndicaux du groupe et habilités à négocier et signer la convention ou l'accord de groupe ». Pour approfondir, B. TEYSSIE, loc. cit., 2005, p. 646.

³ Contrairement au niveau de l'entreprise dans lequel le DS est investi de plein droit du mandat de négocier au nom du syndicat.

⁴ E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 178. Nous verrons toutefois que ces débats n'ont pas disparu, bien au contraire.

⁵ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 287)

⁶ Il peut s'agir de sections d'entreprises ou de sections syndicales constituées au niveau du groupe (STS 27 juin 1994, Ar/6316 ; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit. p. 151)

⁷ L'obstacle juridique fondamental à l'intervention de la représentation unitaire réside dans son incapacité à négocier dans un cadre qui lui est supérieur. La représentation unitaire peut alors être constituée par un comité intercentres de groupe (STS 18 janv. 1993 et STS du 27 avril 1995 ; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA et M^a. del R. CRISTÓBAL RINCERO, « Comité intercentros: tendencias jurisprudenciales », AL, 2004-I, p. 675).

⁸ En faveur de l'application des règles de légitimation des conventions sectorielles, T. SALA FRANCO, loc. cit., 1994, p. 50.

⁹ Au niveau constitutionnel, la combinaison des articles 28.1 et 37.1 CE conduit à estimer que le droit à la négociation collective « est de titularité exclusivement syndicale sauf si la loi au travers d'une clause

jurisprudence retient un critère mixte appliquant, pour les représentants salariés, les règles relatives à la négociation de niveau sectoriel. Dès lors, les sections syndicales et la représentation unitaire sont écartées au profit des organisations syndicales représentatives¹.

La réforme de 2011 a consacré le critère mixte et prévoit désormais au troisième alinéa de l'article 87.1 ET, que « *la légitimation pour négocier en représentation des travailleurs sera celle établie au paragraphe 2 de cet article pour la négociation des conventions sectorielles* », en définitive, les syndicats représentatifs.

Force est néanmoins de constater que l'application de la position jurisprudentielle en matière de représentation des salariés n'était pas d'une fermeté absolue et dépendait finalement du degré de complexité de l'organisation du groupe². Centrant ici notre analyse sur la représentation syndicale³, sachant qu'il est possible qu'une section syndicale puisse être constituée au niveau du groupe, les juges avaient admis que des sections syndicales constituées à ce niveau par des syndicats qui remplissaient les exigences de l'article 8.2 LOLS, pouvaient négocier une convention collective au niveau du groupe⁴. Néanmoins, l'intervention des sections syndicales constituées à ce niveau restait en pratique un fait isolé en raison notamment de l'intérêt des syndicats de constituer leur section au niveau du centre de travail ou de l'entreprise afin de coïncider avec les unités électorales⁵.

B. L'intervention des syndicats affiliés à une organisation plus représentative

190. Nous avons brièvement abordé précédemment le fait que la représentativité syndicale était traditionnellement reconnue à travers deux voies : par la démonstration

spéciale, l'attribue à d'autres formes représentatives des travailleurs » (J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1992, p. 436).

Plus loin, un secteur doctrinal a proposé d'appliquer les règles de légitimation de l'article 83 ET. Suivant cette position, ce sont les organisations syndicales considérées plus représentatives qui participeront aux négociations (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 36. Plus nuancé E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op.cit., CES, 2000, p. 223. La jurisprudence a refusé d'appliquer ces règles de légitimation (accord-cadre du groupe Repsol, STS du 28 oct. 1999, Ar/8510).

¹ STS du 21 déc. 1999, Ar/528 de 2000.

² Voir dans ce sens, J. MARTÍNEZ GIRÓN, « La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas », in *La negociación colectiva en los grupos de empresa: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Coord. J. MARTÍNEZ GIRÓN, Madrid, MTAS, 2003, p. 34. L'établissement du critère mixte par la STS 21 déc. 1999 (Ar/528 de 2000) s'accompagnait ainsi d'un vote particulier formulé par six magistrats qui soutenaient l'intervention des représentations unitaires.

³ Pour l'intervention de la représentation unitaire, voir infra, n° 217.

⁴ C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 421. STS 27 juin 1994, Ar/6316.

⁵ E. TERRADILLOS ORMAETXEA, op. cit., CES, 2000, p. 203.

dans un cadre déterminé de l'accomplissement de critères légalement définis (représentativité prouvée) ou par l'affiliation à une *organisation représentative au plan national et interprofessionnel* en France ou à une organisation *plus représentative de niveau étatique ou de niveau de CCAA* en Espagne (représentativité d'emprunt).

Nous nous attacherons ici à l'analyse de la deuxième de ces voies¹.

Afin de comprendre les enjeux de son analyse, il convient de préciser que deux questions sont intimement liées. D'une part, comment sont identifiées ces organisations qui permettent aux syndicats qui leur sont affiliés de bénéficier de la qualité de représentatif. D'autre part, quelles sont les conditions d'accès à la négociation collective que doivent remplir les syndicats affiliés.

Juridiquement, l'affiliation d'un syndicat à une de ces organisations a traditionnellement permis la mise en œuvre de la technique légale de l'irradiation. Celle-ci conduit à la reconnaissance du caractère représentatif du syndicat affilié en dehors de toute appréciation de sa représentativité réelle dans le cadre considéré². Il bénéficie par irradiation de la représentativité de l'organisation à laquelle il est affilié³. Cette technique constitue donc une exception au principe de concordance et met à l'écart les critères objectifs légaux, notamment le critère électoral au profit d'un critère subjectif, le lien affiliatif.

Les objectifs poursuivis par cette technique peuvent être envisagés sous différentes perspectives. D'une part, elle facilite le déploiement des grandes centrales syndicales dans chaque cadre de négociation et notamment dans les entreprises. D'autre part, elle permet d'assurer la cohérence du mouvement syndical en interconnectant les prétentions locales et les politiques générales adoptées au sein des confédérations⁴. En

¹ Pour une analyse de la représentativité prouvée, voir supra, n° 113 s.

² Il s'agit en définitive d'une « *pure concession légale indépendante de la réalité qui la sous-entend* » (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p.117).

³ Inversement, l'organisation a, par l'intervention de la loi, la capacité de répercuter sa représentativité sur les syndicats et organisation syndicales qui lui sont affiliées.

⁴ Dans ce sens, M.L. MORIN estime que l'irradiation permet « *l'expression pluraliste et authentique des intérêts des salariés en général* » (loc. cit., 1988, p. 31 et op. cit., p. 367). Dans le même sens, le Professeur VERDIER souligne la présence « *authentique de l'intérêt collectif des salariés en général [...] garantissant la prise en considération de solidarités plus larges que celles de l'entreprise ou même de la profession, et évitant l'enfermement de la négociation dans les limites étroites de l'horizon des intérêts des travailleurs directement concernés* » (loc. cit., 1991, p. 5). En Espagne, le Professeur NAVARRO NIETO écrit que l'irradiation rend « *possible une dynamique collective dans laquelle rentrera l'ensemble des intérêts organisés avec une capacité pour influencer cette dynamique* » et constitue un instrumental fondamental d'unité et de cohérence du mouvement syndical, permettant à certains syndicats représentatifs au niveau territorial étatique et sur l'ensemble des secteurs de cimenter et de fusionner les différentes aspirations sociales (op. cit., 1993, p. 236-239). D'autre part, le Professeur SALA estime qu'elle constitue une des voies « *pour promouvoir ou inciter l'unicité syndicale évitant une excessive atomisation syndicale au moyen du renforcement du syndicat étatique* » loc. cit., 1986, p. 368).

définitive, reprenant une formulation du Tribunal Constitutionnel espagnol, l'irradiation représente « *une option légale en faveur du renforcement des organisations d'ample base territoriale (étatique ou communautaire) et professionnelle (intersectorielle) qui assure la présence, dans chaque cadre concret d'action, des intérêts généraux des travailleurs face à une possible atomisation syndicale [...]* »¹. Cette technique prend dès lors une dimension « *juridico-politique* » incontestable².

Les doctrines française et espagnole ont néanmoins mis en exergue les effets négatifs de cette technique qui permet l'intervention d'un syndicat malgré une représentativité réelle faible voire complètement nulle dans le cadre considéré³. Ces effets négatifs prennent une ampleur particulière en matière de négociation collective. Comme le souligne le Professeur BORENFREUND, on « *se situe au carrefour de la représentation d'intérêts et de la représentation de personnes, dans la mesure où les salariés, pris en tant que tels, vont être liés par un acte juridique* »⁴.

Les propos qui suivent visent à souligner que la configuration de la notion de légitimation du droit espagnol permet de pallier ces effets négatifs garantissant un lien

¹ STC 98/1985 du 29 juill.

² F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p.235. Le Tribunal Constitutionnel qualifie quant à lui l'irradiation de « *décision politique* » (STC 98/1985 du 29 juill.).

³ Plusieurs effets négatifs sont observables : tout d'abord sur le paysage syndical, l'irradiation produit un effet de restriction, dissuadant la création de nouveaux syndicats indépendants et renforce « *les clivages traditionnels entre les différentes composantes du syndicalisme* » (G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 484. L'auteur se réfère concrètement à la présomption de représentativité mais les propos sont, selon nous, transposables à l'irradiation. Dans ce cadre, il estime qu'« *on pourrait même aller jusqu'à dire que se concentrent en elle (la présomption de représentativité) les deux objectifs traditionnels du capital : avoir conjointement des syndicats assez puissants pour contrôler la plupart des salariés et un mouvement syndical désuni* »). Un autre effet négatif est directement lié à cette considération et renvoie au risque de déconnexion entre la base et la direction syndicale et de renforcement d'une tendance néocorporatiste. Le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO écrit dans ce sens qu'« *il existe le risque que cet appui légal et ce nouveau rôle institutionnel convertisse le syndicat en un simple représentant légal dont les pouvoirs dérivent d'une reconnaissance légale plus que de l'appui effectif de ses bases dans le consensus de celles-ci avec la politique syndicale* » (« *Puntos claves de la ley de libertad sindical* », in *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1986, p.16). Voir également, J. GARCÍA MURCIA, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ et R. GUTIÉRREZ PALACIOS, loc. cit., p. 256 et H. ÁLVAERZ CUESTA, op. cit., Granada, 2006, p. 94. L'auteur relève d'une part que cette technique renforce artificiellement les pouvoirs des confédérations sur l'ensemble des relations professionnelles au détriment de la prise en compte de secteurs spécifiques aboutissant à une centralisation du paysage syndical. D'autre part, elle porte atteinte au principe d'égalité entre syndicats conduisant à l'obligation pratique pour les syndicats indépendants de s'affilier à une fédération ou confédération pour exercer l'ensemble des prérogatives syndicales. Enfin, elle aboutit à une remise en cause de la logique de reconnaissance de la représentativité, qui en l'espèce s'opère par voie descendante, favorisant la déconnexion entre les syndicats et leurs bases.

⁴ G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 479. Dans le même ordre d'idée, le Professeur VERDIER écrit que « *la représentation syndicale exercée dans le cadre d'un accord collectif, est plus proche, du point de vue de la technique juridique, de la représentation de droit commun que ne l'est celle qu'exerce un syndicat lorsqu'il revendique, réclame présente des candidats, occupe des sièges dans un organisme consultatif ou gestionnaire* » (loc. cit., 1991, p. 6).

entre les négociateurs et les salariés affectés. Au contraire, en droit français, l'instauration d'une présomption de représentativité n'a fait qu'augmenter les carences inhérentes à cette technique dans un contexte où la représentativité était une condition suffisante pour négocier et conclure une convention collective. Dans ce cadre, la réforme de 2008 a adopté une position radicale qui aboutit à l'inutilisation du lien affiliatif et à la disparition de la technique de l'irradiation en matière de négociation collective alors même que la représentativité ne constitue plus une condition suffisante.

191. Avant d'approfondir ces propos, une dernière remarque d'ordre méthodologique doit être formulée puisqu'il est incontestable que la question de l'irradiation dépasse le cadre de l'entreprise et se déploie à tous les niveaux de négociation. Le choix d'intégrer cette question dans ces développements relatifs à la négociation d'entreprise se justifie, selon nous, par les conséquences de la réforme adoptée en France en 2008. Prévoyant la disparition de cette seconde voie de reconnaissance de la représentativité, la loi du 20 août 2008 produit des effets considérables au niveau des entreprises¹. Cette option guidée par une perspective ethnocentriste et par conséquent critiquable, doit cependant être élargie afin de comprendre la logique des deux systèmes. En effet, le dispositif espagnol conduit d'une part, à se projeter plus généralement sur l'ensemble des niveaux de négociation et d'autre part, à apprécier la mise en œuvre spécifique de l'irradiation au niveau de l'entreprise.

1. L'inefficacité du lien affiliatif en matière de négociation collective en droit français et la disparition annoncée de la présomption de représentativité

192. L'analyse de la technique de l'irradiation en droit français amène à distinguer clairement deux étapes dont la loi d'août 2008 marque le point de rupture. Antérieurement à cette réforme légale, l'instauration d'une présomption irréfragable, applicable à la représentativité d'emprunt, avait mis en exergue les carences d'un système dans lequel le caractère de représentatif constituait la clef de toute procédure de négociation et de conclusion. Outre la modification des critères légaux permettant à un

¹ Considérant que le défaut majeur de la représentativité par affiliation réside dans l'éventuelle absence d'implantation, la doctrine française a souligné qu'« *aux niveaux des branches, l'inconvénient est moindre, l'existence d'une fédération suppose un minimum d'action organisée* » (M.L. MORIN, op., cit., p. 365).

syndicat de démontrer sa représentativité, la réforme de 2008 s'est en effet également attachée à la représentativité d'emprunt, aboutissant à une transformation profonde et radicale du dispositif jusqu'alors en vigueur. En matière de négociation collective, elle conduit à l'inefficacité du lien affiliatif et par conséquent à l'élimination pure et simple de la technique de l'irradiation. Toutefois, ces nouvelles règles ne sont pas immédiatement applicables et se voient encadrées par un dispositif transitoire qui permet d'adoucir l'ampleur de cette révolution juridique¹.

a) Les carences du dispositif antérieur à la loi de 2008

193. Les problématiques relatives à la reconnaissance de la représentativité par affiliation prenaient en France une dimension particulière en amont, en raison du mode de reconnaissance du caractère représentatif à certaines organisations syndicales de niveau national et interprofessionnel. En effet, depuis un arrêté du 31 mars 1966 qui faisait « *figure de base générale de reconnaissance de la représentativité nationale d'une organisation* »², cinq confédérations syndicales de salariés étaient reconnues représentatives sur le plan national et interprofessionnel³. Ce sont ainsi les pouvoirs publics qui avaient apprécié les critères légaux et qui ont figé durant plus de quarante ans le paysage syndical national français.

En aval et parallèlement, ces organisations étaient dotées du pouvoir d'irradier les syndicats qui leur étaient affiliés. En droit français, l'irradiation prenait la forme d'une présomption de représentativité qui dispensait le syndicat affilié de la démontrer et qui faisait obstacle à toute contestation. Tout d'abord envisagée lors de la négociation de conventions de branche susceptibles d'extension⁴, la présomption de représentativité par affiliation était reprise par l'ordonnance du 17 août 1967 à propos de la participation

¹ La doctrine souligna dans ce sens que la présomption de représentativité est dans son principe vouée à disparaître mais qu'elle se voit « *vivifiée* » temporairement par des mesures transitoires (G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 717).

² J.M. VERDIER, obs. sous Cass. Soc. 9 déc. 1982, déjà cité.

³ Cette liste revêt un caractère limitatif (Cass. Soc. 20 juill. 1981, déjà cité). Pour approfondir sur ces syndicats, voir supra, n° 142.

⁴ La décision de 1948 prévoit qu' « *en vue de la conclusion des conventions collectives de travail nationales intéressant les grandes branches d'activité [...] sont considérées comme les plus représentatives les organisations syndicales nationales de salariés affiliées aux confédérations suivantes : [...]* » (Déc. du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *Dr. soc.*, 1948, p. 156). L'arrêté ministériel du 31 mars 1966 vise uniquement à modifier la liste élaborée en 1948 afin de prendre en compte la scission au sein de la CFTC et la création de la CFDT (Arrêté du 31 mars 1966, déjà cité).

des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises¹. On la retrouvait par la suite dans loi du 27 décembre 1968 relative à la section syndicale et aux délégués syndicaux². A partir de la loi de 1971, elle se généralisait en matière de conclusion de conventions collectives au niveau des branches³. En 1982, elle s'étendait avec force en matière de négociation au niveau de l'entreprise⁴ et permettait d'« *harmoniser le système de représentativité retenu pour l'exercice [du droit à la négociation collective] avec celui admis pour la désignation du délégué syndical* »⁵. Cette présomption, utilisée initialement de manière ponctuelle, s'était donc peu à peu étendue à l'ensemble des matières syndicales pour acquérir finalement une portée générale concernant toutes les applications importantes de la représentativité syndicale⁶. Le dispositif établissait en définitive une représentativité descendante à partir de syndicats reconnus représentatifs par les pouvoirs publics.

L'ampleur de cette présomption était de plus renforcée par la reconnaissance d'un caractère irréfragable qui empêchait toute contestation de la représentativité de ces syndicats affiliés⁷. Reprenant les termes de la Cour de cassation, « *le syndicat était représentatif sur le plan national, ce qui impliquait qu'il l'était au niveau de l'entreprise* »⁸. Dans ce cadre, la reconnaissance de la représentativité au niveau

¹ Pour approfondir, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 174.

² Loi n° 67-1179 du 27 déc. 1968 repris à l'ancien article 412-4 al. 2 CT. Il résulte de cette loi que tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise et peut donc désigner un DS et constituer une section syndicale.

³ Loi du 13 juillet 1971 portant réforme du droit des conventions collectives. Parallèlement à la généralisation de l'exigence de représentativité des syndicats signataires à l'ensemble des conventions (voir supra, n° 109), cette loi a ouvert la possibilité de conclure une convention de branche, non seulement aux syndicats ayant démontré leur représentativité dans le cadre considéré mais également « *aux organisations syndicales reconnues représentatives au plan national ou qui sont affiliés aux dites organisations* » (la rédaction de l'ancien article L. 132-2 CT est issu de cette loi). Pour approfondir, J.M. VERDIER, op. cit., p. 522.

⁴ L'ancien article L. 132-19 CT issu de la loi du 13 novembre 1982 déclare que les conventions et accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales « *représentatives dans l'entreprises au sens de l'article L. 132-2 CT* », c'est-à-dire les organisations y ayant démontrée leur représentativité mais également les organisations affiliées à une organisation représentative au plan national.

⁵ M.L. MORIN, loc. cit., 1997, p. 364.

⁶ A. ARSEGUEL, loc. cit., 2002 (a), p. 403; M.L. MORIN, op. cit., p. 364.

⁷ Cette présomption n'est donc pas susceptible de preuve contraire. Cass. Soc. 5 juill. 1977, *Dr. ouv.*, 1978, p. 44 ; Cass. Soc. 16 mars 1978, *JCP G*, 1978, IV, p. 162 ; Cass. Soc. 7 juill. 1983, *Dr. soc.*, 1984, p. 86, ob. J. SAVATIER).

⁸ Cass. Soc. 16 déc. 1992, déjà cité. Dès lors qu'un syndicat est affilié à une confédération reconnue représentative au niveau national, il est considéré représentatif dans le cadre correspondant à sa constitution, sans que puisse être admise sa contestation basée notamment sur l'absence d'affilié. Cet arrêt favorisant la présence syndicale dans l'entreprise illustre la volonté des juges de rattacher directement la condition de représentatif et les prérogatives qui y sont attachée aux syndicats affiliés aux organisations plus représentatives.

national interprofessionnel constituait la condition *sine qua non* du rayonnement efficace d'un syndicat sur l'ensemble des relations professionnelles¹ et notamment dans l'entreprise².

Son fondement résidait dans l'idée que l'affiliation à une centrale constituait un gage d'authenticité et d'indépendance du syndicat³ qui était, par conséquent reconnu représentatif dans les limites de ses compétences statutaires⁴. Le Professeur VERDIER soulignait alors avec justesse que le dispositif légal « *pose moins une présomption qu'il n'opère une assimilation, du fait de l'affiliation à une organisation représentative* »⁵.

194. En matière de négociation collective, l'impact de cette présomption de représentativité doit être mis en relation avec la fonction traditionnelle de la qualité de représentatif et avec l'effet *erga omnes* de la convention collective⁶. En effet, indépendamment de la voie de reconnaissance du caractère représentatif⁷, un syndicat pouvait négocier et conclure une convention collective applicable à l'ensemble des salariés compris dans son champ d'application. Au niveau de la branche, les organisations syndicales affiliées à ces confédérations étant considérées représentatives pouvaient négocier une convention susceptible d'extension. Au niveau de l'entreprise, les conséquences étaient plus importantes, permettant à un syndicat affilié de désigner un DS qui pouvait conclure une convention applicable à l'ensemble des salariés de

La présomption est également applicable pour une organisation de branche qui peut intervenir dans les négociations régionales de cette branche « *même si elle n'a pas d'organisation locale* » (M.L. MORIN, op. cit., p. 367).

¹ Comme le souligne le Professeur BORENFREUND, « *si la reconnaissance de la représentativité au niveau national interprofessionnel a acquis une telle importance, c'est autant sinon plus en ce qu'elle était étroitement associée à la présomption irréfragable de représentativité dont bénéficiaient les syndicats affiliés aux grandes confédérations* » (loc. cit., 2008 (b), p. 722). On retrouve cette même idée en droit espagnol.

² M.L. MORIN, op. cit., p. 364.

³ Le Professeur VERDIER écrit dans ce sens que l'authenticité « *irradie vers le bas, au profit des groupements encore faibles peut-être, mais dont l'appartenance, le parrainage national, garantit qu'ils défendent authentiquement les intérêts des travailleurs. Acquise au niveau national, elle est consacrée aux degrés inférieurs par la reconnaissance de la représentativité aux organes affiliés* » (« Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes du droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 587).

⁴ Cons. Etat, 23 nov. 1978, *Dr. soc.*, 1979, p. 266. Dès lors comme le souligne M.L. MORIN, « *l'attribution de droit de la représentativité et la représentativité par affiliation n'écartent pas toute application du principe de concordance. La représentativité accordée à l'organisation ne peut, en effet, pas excéder les limites statutaires de l'organisation* » (op. cit., p. 364-365).

⁵ J.M. VERDIER, op. cit., p. 526.

⁶ Voir supra, n° 85.

⁷ C'est ainsi qu'est évoquée la conception unitaire de la représentativité (M. DESPAX, « Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives ; à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 23 novembre 1978 », *Dr. ouv.*, 1979, p. 259. Voir également M.L. MORIN, op. cit., p. 364).

l'entreprise indépendamment de la représentativité réelle du syndicat qui l'avait désigné. Dès lors, la doctrine souligna justement que la « *prise de distance entre le concept de représentativité syndicale et le concept classique de représentation atteint son point culminant [...] avec la reconnaissance de la représentativité présumée* »¹.

Afin d'adoucir ces effets négatifs, plusieurs pistes avaient été envisagées². Pour certains, il convenait de remettre en cause le caractère irréfragable de cette présomption et d'établir une présomption simple³. Une autre proposition visait, tout en maintenant le caractère irréfragable de la présomption, à exiger des révisions périodiques permettant de mesurer la représentativité des syndicats affiliés⁴. Enfin, un courant doctrinal proposait la remise en cause de la conception unitaire de la représentativité syndicale. Dans ce cadre, la représentativité serait reconnue sur la base d'un critère fonctionnel qui distinguerait les différentes prérogatives syndicales⁵.

Dans un premier temps, conscient que les effets négatifs les plus préjudiciables affectaient les conventions collectives de travail, le législateur a introduit des mécanismes correcteurs lors de la conclusion des conventions collectives qui subordonnaient sa validité. Ces adaptations laissaient toutefois intact le régime général de la représentativité syndicale et se sont révélées dans la pratique inapplicables⁶. Il a alors fallu attendre la réforme de 2008 pour que la loi s'attache directement au régime

¹ G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 477.

² Tout en l'écartant, le Professeur BORENFREUND envisageait la disparition de l'effet *erga omnes*. Cependant « *il imprègne toute réflexion sur le particularisme d'un tel acte et sur la place parmi les autres sources du droit, en même temps qu'on peut y voir la marque du rôle historique du syndicalisme dans la défense et la conquête des droits de tous les salariés* » (G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 486).

³ Proposée par le Professeur DESPAX qui distinguait le niveau d'appréciation. Il serait alors opportun de maintenir le caractère irréfragable de la présomption au niveau supérieur à l'entreprise mais de passer à une présomption simple au niveau de l'entreprise. Cette mesure constituerait ainsi un mode de vérification de l'implantation du syndicat affilié dans l'entreprise (loc. cit., 1971, p. 534 et loc. cit., 1979, p. 259).

⁴ La présomption resterait donc irréfragable mais seulement pendant un laps de temps déterminé (R. HADAS-LEBEL, op. cit.). Si cette proposition semble pouvoir être « *approuvée dans son principe* », elle ne permet pas de résoudre les difficultés relatives à la légitimité de la représentativité des confédérations syndicales reconnue par un acte administratif datant de 1966 (J.M. VERDIER, loc. cit., 2006, p. 286).

⁵ Le Professeur VERDIER affirmait que « *le régime de la représentativité constitue un bloc* » permettant la mise à oeuvre de l'ensemble des prérogatives qui lui sont attachées sans prise en compte du mode de sa reconnaissance. L'auteur écrit que « *les critères en sont d'application générale et place est faite à la représentativité d'emprunt aussi bien dans le domaine de la négociation collective que dans celui des élections professionnelles ou de l'implantation directe dans les entreprises* ». Dans ce cadre, il affirme que « *si le « système » peut apparaître satisfaisant en ce qui concerne les conditions de l'implantation syndicale dans l'entreprise, de la représentation en justice, il n'en est pas de même déjà pour la représentation organique dans des institutions diverses et surtout pour la négociation collective, en particulier au niveau de l'entreprise et encore d'avantage lorsqu'il s'agit de négocier « in pejus »* » (loc. cit., 1991, p. 6).

⁶ Pour approfondir sur ces mécanismes, voir infra, n° 304 s. Notons toutefois que ces mécanismes ne prenaient pas en considération le processus de négociation et les conditions de représentativité des négociateurs, se focalisant sur le processus de conclusion de l'accord.

juridique de la représentativité syndicale. Elle s'est alors écartée des propositions avancées et a procédé à une refonte complète des règles de représentativité dans lesquelles la représentativité présumée est vouée à disparaître.

b) La progressive généralisation de la représentativité prouvée

195. Dans sa rédaction actuelle issue de la loi de 2008, l'article L. 2231-1 CT (anc. art. L. 132-2) dispose que la convention ou l'accord est conclu du côté salarié par « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* ».

Deux conséquences peuvent alors être dégagées : d'une part, au niveau national et interprofessionnel, une organisation syndicale doit désormais respecter l'ensemble des critères de représentativité et notamment avoir recueilli 8% d'audience dans ce cadre pour y négocier une convention¹. D'autre part et parallèlement, sa capacité d'irradiation en matière de négociation disparaît ; le lien affiliatif est inopérant en cette matière. Par conséquent, les organisations syndicales affiliées aux organisations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel devront désormais démontrer leur représentativité dans le champ d'application de la convention collective considérée. Elles ne sont donc plus habilitées à conclure des conventions collectives par l'effet de leur seule affiliation. Le nouveau dispositif ne s'est donc pas contenté de supprimer la présomption irréfragable de représentativité dont profitaient ces syndicats mais a, de manière radicale, fait disparaître une des deux voies traditionnelles de reconnaissance du caractère représentatif. La portée de cette réforme est alors considérable d'autant plus que les conditions d'appréciation de la représentativité prouvée ont été renforcées.

En définitive, le dispositif légal issu de la réforme de 2008 redonne à la règle de concordance sa place de principe. Désormais, une organisation doit démontrer sa représentativité tant au niveau interprofessionnel qu'à celui de la branche ou de l'entreprise. C'est alors à ce dernier niveau que la réforme prend une ampleur considérable puisqu'un syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ne sera pas représentatif dans l'entreprise s'il n'y recueille

¹ Article L. 2122-9 CT. La représentativité de ces organisations est donc reconnue après l'appréciation de critères objectifs. L'arrêt de 1966 dont « *le caractère obsolète* » était acquis (G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 717), est ainsi remplacé par une liste périodique de syndicats qui ont démontré leur représentativité à ce niveau (voir supra, n° 129).

pas 10% des suffrages. Il ne dispose donc plus d'aucun privilège facilitant sa participation au processus de négociation¹. Dès lors, la logique antérieure dans laquelle la représentativité descendante permettait aux centrales syndicales d'être présentes dans l'entreprise est battue en brèche et inversée puisque dorénavant la présence dans l'entreprise est indispensable pour qu'un syndicat prétende y être reconnu représentatif². La représentativité intervient postérieurement à la présence du syndicat dans l'entreprise et vise fondamentalement à lui permettre, dans un deuxième temps, d'exercer sa capacité conventionnelle.

196. L'ensemble de ces considérations doit alors être replacé dans un cadre plus large pour prendre en compte la logique générale de la réforme. En effet, d'une part, la notion de représentativité issue de la loi de 2008 ne revêt pas la même portée que celle qui lui était attribuée antérieurement³. D'autre part, la mise en œuvre du nouveau dispositif est accompagnée de mesures transitoires qui permettent à la présomption de représentativité et à la technique de l'irradiation de perdurer durant une période qui, selon les niveaux de négociation, est loin d'être négligeable.

197. Premièrement, la loi de 2008 porte, comme son nom l'indique, sur la représentativité syndicale et non pas exclusivement sur la négociation collective. Dans ce cadre, le dispositif qui en résulte présente une toute autre teneur pour les prérogatives syndicales autres que la négociation collective. Il ne s'agit pas ici d'aborder de manière approfondie ces différentes prérogatives qui ont également été commentées tout au long du travail. Néanmoins, leur appréciation générale permettra de souligner que « *le droit de la représentativité est repensé sous le prisme du droit à la négociation collective* »⁴.

Il ressort tout d'abord du dispositif que le caractère représentatif n'est plus la condition incontournable à la reconnaissance de prérogatives syndicales dans l'entreprise. En effet, la constitution d'une section syndicale⁵ et l'accès au premier tour

¹ Le comportement de l'Etat français pourrait alors être qualifié de bipolaire ou tout au moins de paradoxal puisque son action passe du maintien artificiel de la représentativité de certaines organisations syndicales à l'élimination de la technique de l'irradiation qui permet incontestablement de garantir un mouvement fort et cohérent.

² Reprenant les propos de la Professeure FAVENNEC-HERY, « *la présence syndicale dans l'entreprise n'est pas une conséquence de la représentativité ; elle en est une condition* » (loc. cit., 2009 (b), p. 640).

³ Le Professeur BORENFREUND avait déjà écrit dans ce sens en 1988, que « *la représentativité syndicale doit être perçue comme évolutive et non statique, à l'image des mutations économiques, techniques et sociales auxquelles est confronté le mouvement syndical lui-même* » (loc. cit., 1988, p. 488).

⁴ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 633.

⁵ Voir supra, n° 172.

des élections professionnelles¹ constituent désormais des prérogatives ouvertes aux organisations syndicales qui satisfont « *aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, qui sont légalement constituées depuis au moins deux ans, et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés* ». La réforme conduit en définitive et parallèlement à la disparition de la présomption de représentativité, à l'émergence d'une qualité alternative à la représentativité, dénommée par un auteur « *semi représentativité* »². Dans cet ordre d'idée un autre auteur parle de syndicats libres et de syndicats représentatifs³. Les divergences entre la qualité de représentatif et de semi-représentatif résultent d'une part des prérogatives qui les accompagnent et d'autre part, des critères qui permettent de les apprécier.

En ce qui concerne les prérogatives attachées à ces qualités, il ressort du dispositif que la semi-représentativité s'accompagne de prérogatives syndicales qui visent à la défense et à l'expression des intérêts des salariés essentiellement au niveau de l'entreprise et qui correspondent aux prérogatives consubstantielles à la liberté syndicale⁴. Notons que ces prérogatives sont également ouvertes aux syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel. Le critère affiliatif n'est donc pas totalement inopérant et continue de jouer dans d'autres matières que la négociation collective. Outre l'attribution de ces mêmes prérogatives⁵, la qualité de représentativité permet alors à un syndicat de désigner un DS⁶ et donc de lui reconnaître fondamentalement la capacité conventionnelle. La représentativité demeure par conséquent la qualité nécessaire et incontournable pour l'intervention syndicale en matière de négociation collective.

En ce qui concerne les critères d'appréciation, la doctrine a justement relevé que les critères permettant de reconnaître la semi-représentativité visent fondamentalement à déterminer l'authenticité et la légalité du syndicat⁷. Il s'agit concrètement de

¹ Voir supra, n° 134.

² E. DOCKES, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, Hypercours, 2008, p. 478. Un autre auteur parle de « *représentativité allégée* » (P. MASSON, loc. cit., 2008, p. 26).

³ B. BOUBLI, « Etude limitée à la représentativité et à ses attributs (hors négociation collective) », *SSL*, 2008, n° 1370, p. 18). On peut toutefois rajouter une troisième catégorie de syndicat, les syndicats légalement constitués qui ne remplissent pas notamment la condition d'ancienneté.

⁴ B. BOUBLI, loc. cit., 2008, p. 18.

⁵ Excepté la faculté de désigner un RSS puisque celui-ci compense l'impossibilité de désigner un DS.

⁶ Le Professeur GAURIAU souligne dans ce sens comment l'exigence de représentativité est atténuée lors de la création de la section syndicale et centrale quant à la désignation du DS (loc. cit., 2009, p. 643).

⁷ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 32 s.

l'ancienneté, de l'indépendance et du respect des valeurs républicaines¹. Ces critères « *relatifs aux qualités et à la compétence du syndicat pour s'implanter* »², se situent « *à mi-chemin de la simple régularité de constitution d'un syndicat et de la qualité de représentatif* »³ et représentent des préalables à l'appréciation de la représentativité du syndicat. La représentativité se mesure alors grâce aux critères de l'influence, de l'affiliation et surtout de l'audience électorale⁴ qui s'apprécient selon le principe de concordance⁵.

En définitive, la réforme a procédé à un affinement du concept de représentativité⁶. D'une part, elle n'implique plus la reconnaissance d'un bloc de prérogatives puisque certaines peuvent être désormais exercées par des syndicats dépourvus de cette qualité⁷. D'autre part, les conditions régulant sa reconnaissance se trouvent renforcées, notamment par la place centrale attribuée au critère de l'audience électorale⁸. Le Professeur BORENFREUND synthétise parfaitement ce double mouvement affirmant que « *corrélativement au renforcement par le législateur des conditions d'accès à la représentativité, on assiste donc tout à la fois comme à une perte d'influence et à une dilution de cette qualité* »⁹.

L'appréciation générale de la réforme de 2008 laisse dans tous les cas perplexe. Une première lecture peut conduire à penser que « *la volonté des auteurs de la loi du 20 août 2008 de promouvoir la présence syndicale se manifeste au profit des organisations qui ne bénéficient pas du label de représentativité* ». Néanmoins, « *reconnaître une place aux syndicats non représentatifs dans le paysage social est-il vraiment la traduction d'une volonté de renforcement du paysage syndical ?* »¹⁰. La volonté de renforcer la légitimité des négociateurs de conventions collectives au travers de la modification des conditions de reconnaissance de la représentativité met certainement fin à une situation préjudiciable aux salariés mais également aux

¹ Suivant l'opinion de plusieurs auteurs, « *on pourrait y rajouter la transparence financière* » (F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 640 et P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2008 (b), p. 773).

² F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 640

³ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (a), p. 363.

⁴ Dans ce sens, B. BOUBLI écrit que la loi de 2008 « *réserve aux organisations représentatives selon le critère de l'audience électorale, la plénitude de l'exercice des droits syndicaux* » (loc. cit., 2008, p. 16).

⁵ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 640.

⁶ F. PETIT, loc. cit., 2009, p. 26.

⁷ B. BOUBLI souligne dans ce sens qu'« *il existe des degrés dans les conditions d'exercices des prérogatives syndicales* » (loc. cit., 2008, p. 18).

⁸ M.L. MORIN relève avec justesse que l'attribution de prérogatives syndicales en marge du caractère représentatif est le corollaire du renforcement des conditions de son appréciation (loc. cit., 2009, p. 950).

⁹ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 706.

¹⁰ B. TEYSSIE, « *A propos de la rénovation de la démocratie sociale* », *Dr. soc.*, 2009, p. 627.

organisations syndicales elles-mêmes¹. La réforme doit en ce sens emporter un jugement positif. Néanmoins le maintien et le renforcement des conditions de désignation du DS dont les moyens et prérogatives sont nettement plus importants que ceux de la section syndicale, conduit, sans nul doute, à pénaliser l'action syndicale dans l'entreprise². La disparition à terme de la représentativité par affiliation et donc de la possibilité pour un syndicat de disposer d'un DS dans l'entreprise conduit, d'une part à réduire sa capacité d'intervention à ce niveau³, et d'autre part à faire perdre un avantage manifeste reconnu aux organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel qui leur permettait de rayonner dans l'ensemble des entreprises et de donner corps au mouvement syndical⁴.

198. Deuxièmement, la mise en œuvre effective des nouvelles règles de représentativité reste néanmoins soumise à une période transitoire qui vise fondamentalement à permettre aux syndicats représentatifs au moment de la publication de la loi, de consolider leur position. Si, comme l'a souligné la doctrine, « *les possibilités de présence et d'action syndicale dans les entreprises pendant la période transitoire constituent un enjeu très important pour la configuration ultérieure du paysage syndical* »⁵, force est alors de constater que les syndicats historiques bénéficient de certaines avantages.

L'élément central de ce dispositif transitoire, « *d'une grande complexité* »⁶, réside essentiellement, aux termes de l'article 11 de la loi de 2008, dans le maintien de

¹ Un auteur estima cependant qu'au lieu de réformer la représentativité, le rapprochement des syndicats des salariés et la volonté de promouvoir un mouvement syndical fort pourraient s'effectuer par la remise en cause du petit effet erga omnes (P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 15).

² Dans ce sens, G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. soc.*, 2009, p. 706. La Cour de cassation a dans tous les cas affirmé que la réserve aux seuls syndicats représentatifs de certaines prérogatives, concrètement de la négociation collective, était conforme aux textes internationaux (L. PECAUT-RIVOLIER, loc. cit., 2010, p. 647).

³ La disparition de la présomption de représentativité peut se justifier en matière de négociation mais devient beaucoup plus critiquable lorsqu'elle conduit à empêcher la désignation d'un DS doté de moyens et de prérogatives essentiels afin de défendre les intérêts et exprimer les revendications des salariés dans l'entreprise.

⁴ Le Professeur BORENFREUND affirmait dans ce sens, que la présomption de représentativité visait à « *concentrer la représentation sur les cinq confédérations que l'Etat reconnaît comme des interlocuteurs responsables dans le cadre global des relations sociales* » (loc. cit., 1988, p. 479). La loi de 2008 change alors radicalement d'optique. Le Professeur RODIERE souligna justement que les signatures des organisations patronales en faveur de la position commune qui guida le contenu de la loi de 2008 « *peuvent aussi traduire un autre pari, celui d'un émiettement au profit d'un syndicalisme d'entreprise, d'une décomposition plutôt que d'une recomposition* » (loc. cit., 2008, p. 7).

⁵ M.L. MORIN, « La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 », *Dr. soc.*, 2010, p. 548.

⁶ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 717.

la représentativité des cinq organisations plus représentatives au niveau national et interprofessionnel, des syndicats qui leur sont affiliés et des organisations reconnues représentatives « à la date de la publication » de la loi, et cela, jusqu'à l'organisation d'élections permettant au nouveau dispositif d'être mis en œuvre. Dès lors, le maintien du caractère de représentatif varie selon les niveaux considérés.

Au niveau national interprofessionnel, les cinq grandes confédérations « sont présumées représentatives » jusqu'à l'établissement de la première liste par le Ministre du travail à la suite du premier cycle électoral¹. La doctrine a toutefois relevé que l'utilisation de ce terme de présomption est « *surprenante* » et résulte d'une « *confusion juridique* »². La représentativité de ces organisations a bien été vérifiée. Dans ce cadre, « le législateur crée une présomption là où il n'y avait qu'une décision par laquelle, il y a un peu plus de quarante ans, le ministre du Travail avait reconnu à ces cinq organisations la qualité de la représentativité au niveau national interprofessionnel. Dans leur cas, la notion de présomption paraît particulièrement inappropriée »³.

Aux niveaux des branches, le même mécanisme est établi pour les syndicats de branches affiliés à ces organisations⁴ et pour toutes les organisations qui y étaient considérées représentatives. Précisons également que dans les branches dans lesquelles, en raison de la taille des entreprises, des élections ne sont pas obligatoires et que plus de la moitié des salariés sont employés par ces entreprises, la représentativité des « organisations syndicales de salariés affiliées à des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel » est maintenue jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi favorisant l'instauration de représentants élus dans ces entreprises⁵. Le maintien de la représentativité est, dans cette hypothèse, à durée indéterminée.

Au niveau de l'entreprise, la présomption de représentativité est maintenue pour les organisations affiliées et pour les organisations qui y avaient prouvé leur

¹ Brièvement, aux termes du décret du 4 novembre 2008, le premier cycle électoral se détermine au plus tard, le 31 mars 2013. La présomption de représentativité est donc maintenue pour un maximum de 5 ans (voir supra, n° 129).

² En effet, certains auteurs ont souligné que selon l'article 1349 C. civ., « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 19).

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 19. Dans le même sens, la Professeur FAVENNEC-HERY écrit que « la formulation retenue de « présomption de représentativité » est inappropriée s'agissant du niveau interprofessionnel. C'est une reprise de l'arrêt du 31 mars 1966 qui reconnaît (et ne présume pas) la représentativité des cinq grandes confédérations syndicales » (loc. cit., 2009 (b), p. 633).

⁴ Néanmoins, à l'issue du premier cycle électoral et de l'établissement de la première liste, le dispositif prévoit que la présomption peut être reconduite pour une durée supplémentaire de 4 ans, élevant ainsi le maintien de la représentativité à 9 ans (de 2013 au plus tard à 2017).

⁵ Art. L. 2122-6 CT.

représentativité, « *jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans les entreprises ou les établissements* »¹. Parallèlement, l'article 13 de la loi prévoit que « *les délégués syndicaux régulièrement désignés à la date de publication de la présente loi conservent leur mandat et leurs prérogatives jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise ou l'établissement dont la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi* ». Plus loin, « *jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans les entreprises ou les établissements [...], chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement à la date de cette publication peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur* » conformément au cadre légal antérieur.

Le niveau du groupe ne fait l'objet d'aucune disposition transitoire spécifique. Deux options peuvent alors être envisagées. D'un côté, aux termes de la circulaire du 13 novembre 2008, la représentativité au niveau du groupe s'apprécie par cycle électoral comme pour les entreprises à structure complexe². Dès lors, les dispositions transitoires relatives à l'entreprise sont transposables au niveau du groupe³. D'un autre côté, considérant que « *le principe d'application immédiate de la loi nouvelle (qui présume sa supériorité sur l'ancienne) suppose pour être écartée, une disposition claire* », un auteur a estimé que les nouvelles règles de représentativité au niveau du groupe s'appliquent par conséquent sans période de transition⁴. Guidés par une exigence de cohérence, nous considérons que l'appréciation de la représentativité au niveau du groupe est également soumise à une période de transition qui permet à ce niveau, comme à tous les autres, d'éviter un changement brutal du paysage syndical dans le cadre considéré.

199. Ce dispositif transitoire présente donc une idée directrice qui consiste à ne pas remettre en cause brusquement le paysage syndical et à maintenir le statu quo jusqu'aux prochaines échéances électorales. La règle de concordance sera ainsi mise en

¹ L'audience sera donc mesurée dans un délai de 4 ans. Comme l'écrit le Professeur BORENFREUND, « *les consultations électorales ayant lieu normalement tous les quatre ans, tout dépendra donc de la date des précédentes élections* » (loc. cit., 2008 (b), p. 718).

² Fiche n° 1, 1.3.

³ Dans ce sens, l'article L. 2122-4 CT énonce d'autre part que « *la représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est appréciée conformément aux règles définies aux articles L. 2122-1 à L. 2122-3 relatifs à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise...* ». Dans ce cadre, le dispositif transitoire doit être appliqué.

⁴ J.F. CESARO, loc. cit., 2010, p. 783.

œuvre une fois l'audience mesurée. La doctrine a néanmoins justement remarqué que « *le changement doit venir un peu plus rapidement au niveau de l'entreprise qu'aux niveaux supérieurs* »¹.

La volonté explicite de maintenir la présomption de représentativité durant un laps de temps déterminé s'accompagne toutefois de l'absence de précision quant à son caractère simple ou irréfragable². La doctrine n'est pas unanime en la matière³. En effet si la sécurité juridique pousse à retenir une présomption irréfragable, l'esprit de la loi tend incontestablement à opter pour une présomption simple⁴. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer lors d'un litige relatif à la désignation d'un délégué syndical et a estimé que la présomption irréfragable demeure tant que les élections professionnelles n'ont pas eu lieu⁵. Cette solution favorise incontestablement le statu quo et la sécurité juridique⁶ mais s'inscrit en porte à faux de l'objectif de la loi et de l'esprit de la Position commune de 2008 qui prévoyait, sous forme transitoire, une présomption simple. Elle représente cependant la solution la plus réaliste et la plus sage, en permettant d'apporter la sécurité juridique indispensable à la transition vers le nouveau régime de la représentativité syndicale.

Les termes du dispositif transitoire restent cependant lacunaires sur les conditions d'acquisition de la représentativité durant cette période. Des syndicats qui ne bénéficient pas de cette présomption peuvent-ils établir leur représentativité en s'affiliant à une organisation syndicale nationale représentative ou en apportant la

¹ P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 10.

² La doctrine a toutefois identifié deux hypothèses dans lesquelles le caractère de la présomption est déterminable avec certitude. D'une part, au niveau de la branche, lorsque la présomption subsiste après l'établissement de la liste élaborée par le Minsitre (hypothèse, « *de la deuxième survie de la présomption de représentativité* »), la doctrine affirme qu'il s'agit d'une présomption irréfragable (P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 11). D'autre part, dans l'hypothèse de la branche dans laquelle plus de la moitié des salariés est employée dans des entreprises dépourvues de représentants élus, le dispositif prévoit que les organisations affiliées sont présumées représentatives « *sans préjudice de la preuve contraire* », établissant explicitement une présomption simple (art. L. 2122-6 CT ; G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 718).

³ Le Professeur BORENFREUND propose de maintenir une présomption irréfragable au niveau national interprofessionnel et d'établir une présomption simple aux autres niveaux, branches et entreprise (loc. cit., 2008 (b), p. 719). Un autre auteur s'est prononcé en faveur d'une présomption simple générale (F. PETIT, loc. cit., 2009, p. 29).

⁴ Dans cette dernière hypothèse, il convient alors de déterminer les moyens par lesquels peut être contesté la représentativité. Doivent-être appliqués les anciens critères ou les nouveaux critères exception faite de l'audience « *par hypothèse* » inapplicable (G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 719).

⁵ Cass. Soc. 8 juill. 2009 : arrêt Okaïdi. Les juges estiment que « *cette présomption ne peut être combattue dès lors que le législateur n'a pas prévu la possibilité de preuve contraire* » (M.L. MORIN, loc. cit., 2010, p. 950 ; L. PECAUT-RIVOLIER, « Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008 », *SSL*, 2009, n° 1408 ; G. BORENFREUND, « Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale », *SSL*, 2009, n° 1412, p. 7).

⁶ Elle apparaît ainsi favorable aux syndicats qui disposent du temps nécessaire pour préparer les premières échéances électorales et permet d'éviter un important contentieux (M.L. MORIN, loc. cit., 2009, p. 952).

preuve de leur représentativité en cas de contestation¹? Il ressort du dispositif transitoire que seules les confédérations peuvent recourir aux anciens critères pour établir leur représentativité au niveau interprofessionnel². Au niveau de la branche et de l'entreprise, les juges administratifs et judiciaires, respectivement, doivent, par conséquent, apporter les éléments de réponse. La doctrine a majoritairement considéré que l'option légale consistait à figer le paysage syndical lors de la publication de la loi et empêchait donc l'entrée dans la branche ou l'entreprise de nouveaux syndicats, indépendamment de la voie de reconnaissance de la représentativité³. En ce qui concerne l'entreprise⁴, la Cour de cassation a cependant adopté la solution contraire et a donc laissé la porte ouverte aux syndicats non-représentatifs au moment de la publication de loi, d'établir leur représentativité durant la période de transition⁵. Elle a en effet estimé que le caractère de représentatif ne peut être limité aux seuls syndicats représentatifs lors de la publication de la loi grâce à la présomption édictée. M.L. MORIN souligne justement que ce texte n'établit qu'une présomption de représentativité qui facilite fondamentalement les questions relatives à la preuve et « *qui n'exclut pas en elle-même que d'autres syndicats puissent faire autrement cette preuve* »⁶. Les juges ont alors fondé leur décision sur le principe de liberté syndicale, « *sous deux de ses aspects, celui d'égalité syndicale, et celui du droit d'action collective dont fait partie la négociation collective, qui relève aussi du principe de participation* »⁷. Un syndicat peut donc être considéré représentatif si, pendant la période de transition, il adhère à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel⁸. Si un syndicat prétend prouver sa représentativité, la Cour de cassation a estimé, compte tenu de l'abrogation des anciens critères, que tous les

¹ Problématiques soulignées par M.L. MORIN, loc. cit., 2010, p. 549. Voir également G. BORENFREUND, qui soulignait que l'« *incertitude subsiste sur la manière d'accéder à la représentativité pendant la période transitoire pour des syndicats qui ne seraient pas représentatifs à la date de la publication de la loi* » (loc. cit., 2008 (b), p. 720).

² Art. 11 II de la loi. Soulignons alors que l'affaire UNSA démontre les réticences pour inclure dans le club des cinq de nouvelles organisations.

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 23; F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 630; C. GUILLON, « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL*, 2009, n° 1401, p. 12.

⁴ Au niveau de la branche, la position des juges administratifs n'est à ce jour pas connue, sauf erreur de notre part ; elle ne devrait cependant pas tarder et s'aligner vraisemblablement sur celle de la Cour de cassation.

⁵ Cass. Soc. 3 mars 2010 et Cass. Soc. 10 mars 2010 (*Dr. soc.* 2010, p. 555-556). Dans ces deux affaires, l'employeur contestait la désignation d'un DS.

⁶ Loc. cit., 2010, p. 552.

⁷ M.L. MORIN, loc. cit., 2010, p. 553 qui estime qu'au regard de ces principes, « *cette interprétation était la seule qui puisse être indiscutable* ».

⁸ Cass. Soc. 10 mars 2010, *Dr. soc.*, 2010, p. 556.

nouveaux critères prévus à l'article L. 2121-1 CT, excepté naturellement celui de l'audience dans sa nouvelle configuration¹, doivent être appréciés à la date à laquelle le syndicat a mis en œuvre la prérogative inhérente à sa représentativité².

200. En définitive, il ressort de ce dispositif transitoire que les pouvoirs publics ont eu la volonté de ne pas bousculer trop rapidement le paysage syndical afin de ne pas porter préjudice aux négociations, spécialement au niveau sectoriel. Cependant, comme l'écrit le Professeur BORENFREUND, « *il convenait certes de ne pas brusquer les choses. Mais le législateur donne le sentiment d'en faire beaucoup trop dans la transition* »³.

Quoiqu'il en soit, bien qu'indéniablement favorable au développement de la démocratie sociale et au rapprochement des syndicats des salariés, la disparition à terme de la présomption de représentativité ne convainc pas totalement et constitue une mesure radicale qui entraîne de nombreuses difficultés, spécialement au niveau de l'entreprise. Alors que la rôle des syndicats à ce niveau est amené à se développer, la loi a incontestablement laissé passer l'occasion « *d'établir une distinction selon qu'est en cause la conclusion d'un accord collectif à portée normative, ou bien l'exercice d'attributions qui traduisent simplement l'aptitude des syndicats à exprimer et défendre les intérêts des salariés, sans édicter de normes qui s'imposent à ces derniers* »⁴. L'interconnexion opérée par la loi entre la représentativité syndicale et le droit à la négociation collective confond la liberté syndicale avec la capacité normative et assimile le droit syndical et le droit à la négociation collective⁵. Les DS des organisations affiliées aux centrales syndicales qui démontrent désormais leur représentativité au niveau national et interprofessionnel, auraient ainsi pu être maintenues sans préjudice d'un aménagement des conditions de négociations et de conclusion de la convention⁶.

¹ Le juge apprécie toutefois l'audience du syndicat lors des dernières élections mais sans être lié par le seuil de 10% (dans ce sens, M.L. MORIN, loc. cit., 2010, p. 554).

² Cass. Soc. 3 mars 2010, *Dr. soc.*, 2010, p. 555.

³ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 720. La prévision d'une seconde période de maintien de la représentativité aux niveaux des branches pour les syndicats affiliés aux centrales syndicales en constitue le paradigme.

⁴ G. BORENFREUND, loc. cit., 2008 (b), p. 721.

⁵ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 709 ; J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 889.

⁶ Nous verrons alors que, paradoxalement, la loi de 2008 s'est également attachée à modifier les règles de conclusion des conventions collectives.

L'analyse du dispositif espagnol permettra d'observer que l'intervention de syndicats affiliés à une organisation reconnue plus représentative peut être maintenue sans conduire à une déconnexion entre représentés et représentants en matière de négociation collective.

2. La limitation des effets de l'irradiation par la portée de la légitimation initiale

201. L'intervention des sections syndicales et non aux syndicats au niveau de l'entreprise conduit tout d'abord à distinguer la mise en œuvre de la technique de l'irradiation selon le niveau considéré. En effet, au niveau sectoriel, la qualité d'organisation syndicale plus représentative au niveau étatique ou de CCAA fait jouer l'irradiation pour les organisations qui lui sont affiliées, dans les mêmes conditions que le dispositif français antérieurement à la réforme de 2008 et permet aux organisations affiliées d'acquérir le caractère de représentatif et par conséquent la légitimation initiale. Au niveau de l'entreprise, une nuance doit être apportée. L'intervention de la section syndicale déplace en effet le rôle du lien affiliatif qui joue de manière indirecte et non exclusive. L'irradiation ne vise donc pas la section syndicale qui est la partie à la négociation mais le syndicat dont elle est issue. Néanmoins, nous observerons que, quel que soit le niveau, l'irradiation permet à la représentation syndicale considérée de prétendre accéder à une procédure de négociation¹.

202. Au niveau sectoriel, la mise en œuvre de l'irradiation est effectuée à partir d'un postulat initial totalement différent du droit français puisque la reconnaissance du caractère plus représentatif au niveau étatique et de CCAA n'est pas figée dans le temps par un acte administratif et a toujours été directement liée à l'appréciation périodique de critères objectifs, concrètement à l'audience électorale mesurée à ce niveau². Pour ce qui nous intéresse, ces organisations les plus représentatives disposent également, aux termes des articles 6.2 b) et 7.1 b) LOLS, du pouvoir d'irradier les « *syndicats ou entités*

¹ La participation effective de ces syndicats et sections syndicales au processus de négociation renvoie alors à la légitimation pleine et aux conditions de constitution de la commission de négociation (voir infra, n° 241 s.).

² Art. 6.2 a) et 7.1 a) LOLS. Voir supra, n° 115 s. Le TC estime donc que la plus grande représentativité étatique et de CCAA présente un « *caratère objectif* » et évite toutes « *décisions ou actions des pouvoirs publics* » (STC 75/1992 du 14 mai).

syndicales affiliés, fédérés ou confédérés »¹ qui sont alors considérés comme « *plus représentatifs* »². Dès lors, en marge de la plus grande représentativité au sens strict ou « *originaire* »³, est envisagée une « *plus grande représentativité impropre, irradiée, dérivée* »⁴ ou « *présumée* »⁵.

Une première observation conduit donc à souligner que l'audience électorale n'est donc pas totalement absente puisqu'elle intervient préalablement⁶. Dans ce sens, le TC a reconnu la constitutionnalité du dispositif légal, estimant que « *la plus grande représentativité étatique ou communautaire, [qui permet l'irradiation], se fonde sur un fait objectif: la volonté des travailleurs [...] et que le principe d'équivalence entre représentativité et implantation ne peut être considéré comme rompu* »⁷. Les juges ont de plus admis la constitutionnalité du dispositif au regard de la liberté syndicale, soulignant que dans tous les cas, la représentativité par irradiation n'exclut pas l'intervention de syndicats non affiliés qui ont démontré leur caractère représentatif dans le cadre considéré⁸.

La deuxième observation conduit à aborder le cadre d'exercice des prérogatives syndicales et à s'attacher à la « *malheureuse rédaction légale* »⁹ de l'article 6.3 b) LOLS, qui disposent que les syndicats reconnus plus représentatifs « *posséderont la capacité représentative à tous les niveaux territoriaux et fonctionnels pour [...] la négociation collective dans les termes prévus dans le Statut des travailleurs* ». Une interprétation littérale de cet article pouvait en effet provoquer une double distorsion de la capacité d'intervention de ces syndicats. En effet, le syndicat plus représentatif au

¹ L'expression d'entité syndicale correspond à des structures qui doivent répondre aux exigences prévues par l'article 4 LOLS, c'est-à-dire ayant personnalité juridique et capacité d'action (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p.116-117 et H. ÁLVAERZ CUESTA, op. cit., Granada, 2006, p.88). Dès lors, les coalitions de syndicats, qui peuvent être entendues comme « *une union transitoire de syndicats, généralement minoritaires, non fédérés ni confédérés* », ne possèdent pas de personnalité juridique et ne peuvent par conséquent, s'assimiler aux syndicats (M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 163).

² STC 187/1987 du 24 nov.; M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 179; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p.114.

³ A. MONTOYA MELGAR, loc. cit. 1986, p. 477.

⁴ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 93.

⁵ M.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., TL, 1990, n° 19-20, p. 68.

⁶ La doctrine espagnole souligna justement que « *l'audience électorale ne joue pas de façon directe mais comme une condition préalable pour que puisse avoir lieu l'irradiation* » (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 113). Dans le même sens, la Professeur CASAS BAAMONDE souligne qu'il s'agit d'une version du critère unique qu'est l'audience électorale (loc. cit., 1990, p. 68).

⁷ STC 98/1985 du 29 juill. Un secteur doctrinal a alors estimé que cette position présente un « *simplisme notable* » (A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1986, p. 484) et a été qualifiée de « *volontariste* » (M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 180).

⁸ Pour la doctrine E. BORRAJO DACRUZ, « *Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical* », RFDUCM, 1985, n° 7, p. 157; F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 236.

⁹ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1986, p. 370.

niveau étatique ou de la CCAA pouvait intervenir dans des cadres sectoriels plus réduits¹ mais surtout les syndicats reconnus plus représentatifs par irradiation pouvaient intervenir dans des cadres dépassant ceux de leur propre constitution. Le Tribunal Constitutionnel a toutefois adopté une approche systématique selon laquelle l'irradiation constitue une technique juridique qui favorise d'une part, l'intervention du syndicat plus représentatif au niveau étatique ou de CCAA à un niveau inférieur par l'intermédiaire de ses affiliés² et, qui permet, d'autre part, l'intervention des syndicats affiliés dans des limites fixées par leur statut³. Dès lors, les prérogatives syndicales consécutives à l'affiliation d'une organisation plus représentative de niveau étatique ou de CCAA peuvent être exercées par ces syndicats affiliés dans « *le cadre territorial et fonctionnel spécifique de chacun d'eux* »⁴. Cette interprétation jurisprudentielle trouve de plus un écho supplémentaire en matière de négociation collective. L'ET prévoit en effet aux articles 87.2 a et b) que la légitimation des syndicats affiliés se réfère exclusivement « *à ses respectifs champs d'action* »⁵. Force est néanmoins de constater qu'une loi ordinaire rattrape les défaillances d'une loi organique. Les juges constitutionnels rappellent en définitive le « *principe de correspondance entre le cadre dans lequel la fonction prétend être exercée par un syndicat et le niveau de mesure de la représentativité* »⁶ et les limites de la plus grande représentativité syndicale qui doit être mise en œuvre de manière « *raisonnable ou proportionnelle et adéquate à l'objectif poursuivi* »⁷.

Il ressort de cette jurisprudence que l'irradiation constitue bien une prérogative des centrales syndicales qui en sont les émetteurs. Consécutivement, il est possible

¹ Il s'agit alors d'une représentativité « *par excès* » (F. NAVARRO NIETO « La representatividad por « irradiación » en la jurisprudencia », *RL*, 1992-I, p. 454 et F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, « La legitimación para negociar convenios colectivos », in *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1985, p. 171). Cette possibilité a été admise par le Tribunal Constitutionnel, notamment lorsqu'une confédération de cadre national conduit la négociation d'une convention sectorielle de cadre départemental (STC 57/1989 du 16 mars ; F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 238).

² Une autre interprétation conduit à affirmer que « *le critère de l'irradiation serait superflu* » (M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 63).

³ Les juges constitutionnels ont eux-mêmes relevé qu'un raisonnement différent conduirait à « *l'absurde* » (STC 98/1985 du 29 juill.). M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 182.

⁴ STC 98/85 du 29 juill. 1985; E. BORRAJO DACRUZ, « La Ley Orgánica de Libertad sindical en la interpretación del Tribunal constitucional », *AL*, 1985-II, p. 2160.

⁵ L'interconnexion de l'ET et de la LOLS se retrouve dans la LOLS qui prévoit de manière explicite que le droit à la négociation est attribué « *dans les termes prévus dans le Statut des travailleurs* ».

⁶ STC 98/1985 du 29 juill. Plus tard, les juges ont rappelé notamment que « *le cadre géographique et fonctionnel de la représentation syndicale doit coïncider avec celui de la négociation [...]* » (STC 57/1989 du 16 mars). F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1992, p. 454.

⁷ STC 20, 26 et 72/1985, du 14 et 22 fév. et du 13 juin, STC 9 et 39/1986 du 21 janv. et du 31 mars. En l'espèce, l'irradiation vise fondamentalement la promotion des syndicats plus représentatifs à tous les niveaux au travers de leurs affiliés (voir également dans le même sens, STS du 30 avril 1993, Ar/2877).

d'admettre que le véritable titulaire de la qualité de plus représentative demeure la centrale syndicale¹. La doctrine a ainsi souligné que « *l'irradiation de la représentativité est la voie prévue par la loi pour que l'organisation syndicale plus représentative puisse utiliser effectivement sa singulière position juridique* »².

La limitation de l'intervention du syndicat irradié dans son champ d'action admise, une controverse relative à l'existence de conditions supplémentaires, autres que la seule affiliation, divise la doctrine. Cette controverse prend racine dans la jurisprudence constitutionnelle. Dans la STC 98/1985 déjà citée, les juges emploient en effet une nouvelle fois la notion d'implantation, affirmant qu'admettre l'intervention de syndicats représentatifs par affiliation à tous les niveaux aboutirait à reconnaître la représentativité à des syndicats « *dépourvus d'implantation* ». Une nouvelle déclinaison enrichit ainsi la polysémique notion d'implantation qui viserait ici à corriger les effets négatifs de la technique de l'irradiation et permettrait de vérifier qu'un syndicat est réellement présent dans le cadre dans lequel il est reconnu représentatif par sa seule affiliation³. Certains auteurs ont alors déduit de la jurisprudence constitutionnelle que le syndicat irradié doit, en plus d'être affilié à une organisation plus représentative de niveau étatique ou de CCAA, compter sur un minimum d'implantation dans le cadre considéré⁴. Pour M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, l'implantation doit alors se mesurer d'après l'audience électorale⁵. Un autre secteur doctrinal estime au contraire que le Tribunal constitutionnel n'exige pas une condition d'implantation⁶. Le Professeur

¹ E. BORRAJO DACRUZ, loc. cit., 1985, p. 2141.

² J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1987, p. 115. Dans le même sens, le Professeur SOLANS affirme que « *la promotion législative de la plus grande représentativité repose essentiellement sur la figure de l'irradiation* » (op. cit., 2003, p. 179).

³ Il s'agit ici de la quatrième hypothèse dans laquelle la notion d'implantation est évoquée en matière de négociation collective. En effet, elle a été abordée et écartée lors de la négociation au niveau sectoriel pour compenser l'absence d'audience électorale ou l'incapacité d'un syndicat à atteindre les seuils électoraux (elle constituerait dans ce cadre un critère alternatif à l'audience électorale pour mesurer la représentativité). Elle a été admise lors de la négociation catégorielle afin de déterminer **quels sont** les syndicats habilités à intervenir dans un tel processus de négociation (appréciée au travers du critère affiliatif, elle correspond à une notion qui écarte celle de représentativité). Enfin, elle permet d'identifier les syndicats qui ne sont pas nécessairement représentatifs mais dont les sections syndicales peuvent participer à la négociation statutaire au niveau de l'entreprise (il s'agit des syndicats implantés. Dans ce cadre, l'implantation se mesure également par rapport à l'audience électorale, au travers de la présence d'élus au comité ou comme délégué du personnel).

⁴ M. ALONSO OLEA, loc. cit., 1985, p. 264; M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., RL, 1988-II, p. 345 et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1990, p. 184.

⁵ Op. cit., p. 71. Dans ce cadre, l'obtention d'une audience électorale, inférieure au seuil de 10% permettrait aux syndicats irradiés de démontrer leur implantation dans le cadre considéré. En effet, si le syndicat obtient une audience électorale de 10%, l'irradiation s'avère inopérante. En ce sens, le TC évoque les syndicats « *qui n'atteignent pas l'implantation minimale de 10% prévue à l'article 7.2 dans le champ territorial et fonctionnel spécifique* » (STC 98/1985 du 29 juill. 1985).

⁶ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 237; loc. cit., 1992, p. 453.

GARCÍA MURCIA affirmait dans ce sens que « *peu importe l'audience électorale et son implantation effective* » ce qui compte de manière « *unique et exclusive est son lien à une organisation syndicale plus représentative* »¹. La jurisprudence constitutionnelle s'est inclinée en faveur de cette seconde interprétation, estimant que le caractère de plus grande représentativité dispense d'accréditer une présence dans le cadre considéré². En définitive, il ressort du dispositif que l'implantation n'est pas exigée au moment de l'appréciation de la légitimation initiale des syndicats plus représentatifs par irradiation qui n'ont pas, par conséquent, à justifier d'un minimum de pourcentage de représentants unitaires dans le cadre considéré. A ce niveau du raisonnement, on peut donc considérer que la technique de l'irradiation se déploie de la même manière qu'en droit français, antérieurement à la réforme de 2008 et permet l'intervention d'un syndicat en marge de l'appréciation de critères objectifs permettant de mesurer sa représentativité réelle dans le cadre considéré. L'irradiation conduit dès lors à la reconnaissance d'une présomption irréfragable de représentativité.

203. Au niveau de l'entreprise, outre les sections syndicales de syndicats implantés qui comptent sur des représentants dans les organes de représentation unitaire³, il ressort de l'article 8.2 b) LOLS que le droit à la négociation collective est reconnu aux sections syndicales « *des syndicats plus représentatifs* ».

La référence aux syndicats plus représentatifs renvoie en premier lieu aux syndicats plus représentatifs au niveau étatique et de CCAA. Néanmoins, au niveau de l'entreprise, il se réfère spécialement, en raison de l'approche systématique de la technique de l'irradiation, aux syndicats affiliés dont le caractère de plus représentatif est dérivé et qui ont un cadre d'action qui couvre l'entreprise considérée⁴. La

¹ Op. cit., 1987, p. 117. Voir également M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 181. Selon cet auteur, l'usage du terme d'implantation par les juges « *résulte accessoire* ».

² STC 187/1987 du 24 nov. Selon le TC, « *quand la loi s'occupe de l'irradiation de représentativité des organisations supérieures aux inférieures, elle exige uniquement un lien d'affiliation, fédération ou confédération entre elles* ». Voir également STC 57/1989 du 16 mars qui, spécialement en matière de légitimation, affirme qu'il n'est pas nécessaire que le syndicat plus représentatif par irradiation « *justifie d'une audience spécifique dans le cadre concret* » puisque sa légitimation se fonde directement sur son caractère de plus représentatif au niveau étatique.

³ Voir supra, n° 179.

⁴ La position des syndicats suffisamment représentatifs dans un cadre fonctionnel et territorial déterminé reste cependant plus problématique. Certains auteurs semblent considérer que seuls les syndicats plus représentatifs au niveau étatique et de CCAA ainsi que leurs affiliés sont visés (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 87; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1986, p. 253; A. BAYLOS GRAU, op. cit., 2006, p. 46). Pour d'autres, l'article 8.2 LOLS se réfère également aux syndicats reconnus simplement représentatifs en vertu de l'article 7.2 ET (M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 100-141). Pour appuyer cette dernière position doctrinale, la combinaison des articles 7.2 et 6.3 b) LOLS permet de

jurisprudence a alors implicitement évoqué la technique de l'irradiation appliquée au niveau de l'entreprise¹. On retrouve alors la même finalité qui consiste à promouvoir l'intervention des syndicats plus représentatifs qui sont ainsi dotés « *de prérogatives qui font qu'immédiatement se note leur présence et que leur activité soit efficace* »², alors même qu'ils ne comptent pas nécessairement sur des représentants élus dans l'entreprise considérée. Néanmoins la doctrine a souligné que d'un point de vue technico-juridique, l'assimilation n'était pas possible puisque l'irradiation ne peut se déployer que sur un syndicat³. Dès lors, la technique de l'irradiation joue en l'espèce de manière indirecte. De plus, un autre élément permet de différencier cette hypothèse de l'irradiation opérée au niveau sectoriel. En effet, la référence à la section syndicale implique nécessairement la présence d'au moins deux travailleurs affiliés dans l'entreprise⁴. La présence du syndicat est dans ce cas vérifiée préalablement par le critère de l'affiliation qui atteste l'ancrage du syndicat dans l'entreprise ; une exigence d'implantation est par conséquent ici exigée.

relever que ces syndicats possèdent « *le droit à la négociation collective dans les termes prévus dans le statut des travailleurs* ». La jurisprudence constitutionnelle pousserait également à admettre l'assimilation des syndicats suffisamment représentatifs aux syndicats plus représentatifs dans le cadre fonctionnel et territorial dans lequel ils ont obtenu 10% des représentants unitaires (voir supra, n° 106). Une interprétation littérale semble corroborer cette position. L'article 7.2 LOLS se réfère aux syndicats « *n'ayant pas encore obtenu le caractère de plus représentatifs* » alors que l'article 8.2 LOLS évoque « *les syndicats plus représentatifs* ». De plus, contrairement à l'article 87.2 ET qui envisage explicitement la légitimation initiale des syndicats suffisamment représentatifs, l'article 87.1 ET n'y fait pas mention.

Pour notre part, nous considérons que les conditions d'application du principe de concordance constituent l'élément pertinent pour résoudre cette question. En effet, le syndicat suffisamment représentatif doit atteindre le seuil de 10 % dans le cadre fonctionnel et territorial déterminé dans lequel il prétend intervenir. Dès lors, deux situations doivent être distinguées : si le syndicat a atteint ce seuil au niveau de l'entreprise, il doit y être considéré comme représentatif et y disposera des mêmes prérogatives que celles reconnues aux syndicats plus représentatifs. Notons néanmoins que dans cette hypothèse, il comptera sur des élus dans l'entreprise. Dès lors, la question perd toute sa pertinence. Ces sections syndicales disposeront dans tous les cas du droit à la négociation collective et de la légitimation initiale.

Cette interprétation est d'autant plus recevable que le droit à la négociation collective (ainsi que l'usage d'un tableau d'annonce et d'un local) peut également être attribué en fonction de la présence du syndicat dans les organes de représentations élues. Dès lors, d'un point de vue systématique, la reconnaissance du droit à la négociation collective aux sections syndicales des syndicats plus représentatifs au niveau étatique et de CCAA ainsi qu'à leurs affiliés constitue un privilège cohérent avec la politique légale de promotion de ces syndicats. Sa conformité avec le principe de liberté syndicale reconnu constitutionnellement est acquise puisque tout syndicat présent dans les organes de représentations élues peut prétendre aux mêmes prérogatives. Plus loin, on peut donc affirmer que la représentativité suffisante au niveau de l'entreprise présente une configuration distincte à celle prévue au niveau sectoriel et se mesure par la présence dans les organes de représentations élus et non pas par l'accomplissement d'un seuil établi en pourcentage.

Certains auteurs semblent néanmoins considérer que ce degré de représentativité ne joue qu'au niveau sectoriel, (voir supra n° 106). Dans ce sens, A. OJEDA AVILÉS estime que l'article 8 LOLS qui régle les prérogatives syndicales dans l'entreprise, conduit à écarter ce degré de représentativité au niveau de l'entreprise (op. cit., 2003, p. 227).

¹ STCT du 20 juin 1986, Ar/5337.

² M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 100.

³ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 89.

⁴ Sur les conditions de création de la section syndicale, voir supra, n° 177.

En définitive, les exigences posées par l'article 8.2 LOLS sont appréciées de manière autonome¹. Le caractère de plus représentatif par affiliation d'un syndicat permet ainsi à ses sections syndicales de posséder la légitimation initiale et donc de participer éventuellement à la négociation statutaire au niveau des entreprises comprises dans son cadre d'action sans nécessairement y compter des élus dans les organes de représentation unitaire. On retrouve ici « *la singulière position juridique en matière d'action syndicale* » reconnue aux syndicats plus représentatifs².

204. Une considération finale doit cependant conduire à relativiser l'ensemble de ces propos. En effet, qu'il s'agisse du niveau de l'entreprise ou du niveau sectoriel, si l'on peut admettre que les conditions de l'intervention des syndicats représentatifs par irradiation sont similaires au droit français antérieur à la réforme de 2008, il convient néanmoins de rappeler la distinction entre les fonctions de la représentativité en droit espagnol et en droit français. Dans le dispositif espagnol, la représentativité se limite en effet à la question de la légitimation initiale qui, comme nous l'avons abordé, ne permet que de prétendre accéder aux négociations. Dans ce cadre, même si le syndicat plus représentatif par irradiation conserve un certain privilège, notamment au niveau sectoriel, la négociation effective d'une convention statutaire est soumise à d'autres exigences qui interviennent a posteriori et qui veillent au maintien d'un lien fort entre représentés et représentants. Dès lors, seule l'appréciation de la notion de légitimation envisagée dans ces deux dimensions, légitimation initiale et légitimation pleine, permettra de démontrer que les effets négatifs de l'irradiation sont pris en compte et que l'exigence d'audience électorale est en réalité incontournable afin de garantir « *la structure interne des règles de légitimation* »³.

Conclusion § 1

205. En guise de conclusion sur ce développement relatif à l'identification de la partie syndicale amenée à négocier une convention collective d'entreprise, il importe de

¹ STS du 17 oct. 1994, Ar/8053 ; STS du 21 oct. 1997, Ar/9154 ; STS du 22 sept. 1999, Ar/9097. Pour la doctrine, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 142; T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 313; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 87.

² Là encore le caractère de plus représentatif du syndicat duquel elles sont issues, justifie à lui seul la reconnaissance de la légitimation initiale « *dans une ligne de faveur des organisations plus représentatives, dans une claire similitude par rapport aux conventions collectives de cadre supérieur à l'entreprise* » (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 200).

³ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 71.

mettre en exergue, en droit français, le rôle central du syndicat dont le DS est un représentant, contrairement au droit espagnol qui convertit le collectif des travailleurs affiliés de l'entreprise en acteur décisif de la mise en route du processus de négociation¹. La substitution réalisée par le RDL 7/2011 de l'expression de « *representaciones sindicales* » par celle de « *secciones sindicales* » est dans ce sens explicite. Néanmoins, le syndicat en tant que tel reste dans les deux systèmes soumis à des exigences. Tout d'abord, condition préalable et incontournable, le syndicat doit, dans tous les cas, compter sur au moins deux affiliés dans l'entreprise. Au-delà de cette exigence commune, les deux dispositifs présentent certaines divergences. En France, le syndicat doit être représentatif au niveau de l'entreprise. En Espagne, sans mentionner le terme de représentativité dont le cadre d'action est limité au niveau sectoriel, le dispositif a néanmoins prévu que le syndicat doit compter sur des représentants élus ou être affilié à une organisation plus représentative.

L'audience électorale se convertit ainsi en critère central et décisif². Excepté l'hypothèse du syndicat affilié à une organisation plus représentative, l'audience se mesure de manière interne à l'entreprise lors des élections du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. Leur organisation conditionne donc largement la mise en place d'un processus de négociation. Néanmoins, l'existence de négociateurs syndicaux distincts du DS dans le dispositif français a permis de démontrer que l'absence de résultats électoraux dans l'entreprise permettant d'y mesurer la représentativité syndicale, n'est pas un obstacle infranchissable à la mise en route d'un processus de négociation conduit par une représentation syndicale. En dehors de cette hypothèse spécifique et revenant à la question de l'audience électorale, il convient de noter que les exigences électorales établies en droit espagnol sont moins strictes que celles du droit français. Plus loin, le droit espagnol a distingué clairement les modalités d'identification des négociateurs syndicaux au niveau de l'entreprise de celles de niveau sectoriel contrairement au droit français qui applique la même logique.

Parallèlement, le droit espagnol maintient le jeu de l'irradiation au niveau de l'entreprise et permet à une section syndicale, par sa seule affiliation, de prétendre accéder à la négociation statutaire. Cette technique permet alors de surmonter, au stade

¹ En effet, ils possèdent l'initiative de la création de la section syndicale, gardent le contrôle de la procédure de désignation du DS et restent maîtres de la mise en oeuvre d'un processus de négociation statutaire.

² L'hypothèse de la convention catégorielle d'entreprise en droit espagnol constitue cependant une exception à l'hégémonie de l'audience électorale et a permis la consécration légale, bien que partielle, du concept jurisprudentiel d'implantation apprécié au travers du critère affiliatif.

de la légitimation initiale, les difficultés inhérentes à l'absence de représentation élue dans l'entreprise. Le droit français a au contraire supprimé cette voie d'accès à la représentativité. Cette profonde divergence s'explique fondamentalement par la distinction entre les notions de représentativité et de légitimation. En effet, dès lors que la représentativité permet de négocier et de conclure une convention, il importe de veiller à l'opérativité des voies de reconnaissance. La légitimation répond à une autre logique. Spécialement quant à la légitimation initiale, elle ne constitue qu'une étape qui vise à reconnaître la capacité conventionnelle dans un cadre déterminé et ne s'attache pas à la mise en œuvre effective du processus de négociation. La légitimation initiale ne présume donc en rien de la négociation, de la conclusion et de l'application d'une convention. Si la condition de représentatif est, en droit français, consubstantielle à la conclusion d'une convention collective, elle ne suffit pas non plus à garantir son application¹. La suppression de la représentativité présumée apparaît ainsi une mesure radicale si son seul objectif est de renforcer la légitimité des accords.

Une dernière remarque relative à la détermination des négociateurs syndicaux dans les entreprises de structures complexes, permet de souligner les difficultés des deux systèmes pour aborder de manière satisfaisante les spécificités de ces entreprises.

La portée et le sens des divergences relevées dans ce développement restent dans tous les cas partiellement définis si ne sont pas parallèlement abordées les conditions de l'intervention des représentants élus en matière de négociation collective.

§ 2 : *La représentation élue : intervention alternative ou subsidiaire*

206. Parallèlement à la représentation syndicale, les salariés espagnols et français disposent d'un autre type de représentation dans l'entreprise issue d'un processus électoral régulé par la loi². La dualité classique entre représentation interne et externe est ainsi présente dans les deux droits. Cette représentation élue est essentiellement mise en œuvre au travers de deux institutions : les délégués du personnel (DP) et le comité d'entreprise³. Une approche succincte de leurs prérogatives

¹ Voir infra, n° 317.

² Sur ce processus, voir supra, n° 125 s.

³ Il convient de préciser que d'autres organes de représentation peuvent être constitués, le comité d'entreprise et les DP constituant en réalité les références classiques en cette matière.

En France, le dispositif se caractérise par la multiplication des représentants des salariés dans l'entreprise. Selon le Professeur MAZEAUD « *le système français de représentation du personnel fait penser à une mosaïque, puisqu'au mieux peuvent coexister des délégués du personnel, des comités d'établissements, un*

et compétences démontre toutefois que, sous couvert d'une similitude terminologique, elles présentent de nombreuses divergences.

207. En Espagne, la représentation collective des travailleurs dans l'entreprise est abordée au Titre II de l'ET, intitulé « *Des droits de représentation collective et de réunion des travailleurs dans l'entreprise* » et composé de deux blocs¹. Le dispositif relatif aux DP et au comité d'entreprise présente un trait caractéristique qui doit être immédiatement mis en exergue. Une entreprise ne peut en effet être dotée de ces deux institutions de représentation des travailleurs qui sont alternatives et non-cumulatives². Dès lors deux conséquences peuvent être dégagées : d'une part, il s'agit d'organes

*comité central d'entreprise (un seul comité d'entreprise en l'absence d'établissements distincts), éventuellement un comité de groupe et un comité européen, un délégué syndical, des délégués syndicaux centraux, un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, un représentant des salariés et un représentant du comité dans les procédures collectives en cas de redressement ou liquidation judiciaire....A défaut on citera encore le conseiller du salarié, le salarié mandaté, le responsable de la section syndicale... » (op. cit., p. 108). Pour approfondir, J.C JAVILLIER, « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (le cas des représentants des salariés dans l'entreprise) », in *Le droit collectif du travail, études en Hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 219). Une attention spécifique doit également être portée à la Délégation Unique du Personnel (DUP). La loi du 20 décembre 1993 a en effet modifié les règles régissant la représentation du personnel dans les PME et a adopté toute une série de mesures consistant notamment à offrir aux entreprises de moins de 200 salariés la faculté de procéder à la fusion des mandats des élus du comité et des DP afin de constituer la DUP. Cette réforme, vivement critiquée par certains (M. COHEN, « L'application des nouvelles dispositions relatives à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1994, p. 147), a incontestablement permis de simplifier le système de représentation, et a par ailleurs rencontré un succès important. Favorable aux intérêts patronaux, cette institution permet, dans tous les cas, de réduire les coûts relatifs à la représentation du personnel dans l'entreprise (M. DEL SOL, « La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.*, 1995, p. 153). Les règles électorales à appliquer sont celles qui régissent les DP (Cass. Soc 26 sept. 2002, déjà cité). Enfin, précisons que, dans certaines conditions, peut être mis en oeuvre un processus électoral permettant l'instauration d'un délégué de site (art. L. 2312-5 CT).*

En droit espagnol, l'ET prévoit quant à lui, sous certaines conditions, la création d'organes de représentation unitaire spécifiques dans les entreprises composées de plusieurs centres de travail : le comité d'entreprise d'ensemble « conjunto » (art. 63.2 ET) et le comité intercentres (art. 63.3 ET). Nous reviendrons plus loin sur ces organes. Est également instaurée une représentation spécifique en matière de prévention et de sécurité (art. 35 et 38 ET) qui ne suppose toutefois pas une augmentation du nombre de représentants élus dans l'entreprise.

¹ Outre les dispositions relatives à la représentation élue, un système de démocratie directe est instauré. Les articles 77 ET s. régulent une représentation d'assemblée au travers du droit de réunion. La doctrine a néanmoins souligné que la régulation légale en la matière s'avère « restrictive » et que sa mise en oeuvre est « subordonnée basiquement au contrôle de la représentation unitaire » (T. SALA FRANCO, loc. cit., 1990, p. 155). Dès lors, l'option de l'ET est de favoriser un modèle de démocratie représentative au travers de l'instauration de comités (dans ce sens, C. SÁEZ LARA, « La representación colectiva de los trabajadores en la empresa », *RMTAS*, n° 58, 2005, p. 318). En France, est généralement reconnu un droit d'expression collective (art. L. 2281-1 CT : « *Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* ») dont la régulation est cependant mise en oeuvre par accord collectif entre l'employeur et les organisations syndicales dans l'entreprise et, à défaut, par décision de l'employeur après consultation des représentants élus (arts. L. 2281-5 et L. 2281-12 CT).

² C'est en fonction des effectifs de l'entreprise que seront élus des DP ou constitué un comité d'entreprise. A partir de 10 travailleurs, l'entreprise doit compter sur des DP (art. 62.1 ET) et à partir de 50 sur un comité d'entreprise (art. 63.1 ET).

homogènes ; le chef d'entreprise n'est présent dans aucun de ces organes. D'autre part, aux termes de l'article 62.2 ET, « *les délégués du personnel [...] auront les mêmes compétences établies pour les comités d'entreprise* »¹.

Leurs prérogatives, fonctions, droits et compétences sont énoncés aux articles 64 et 65 ET². Ces deux articles ont fait l'objet d'une réforme importante en 2007³ qui a, selon un auteur, fortement accentué le « *caractère d'organe de collaboration* » des comités⁴. Ces comités disposent toutefois d'autres compétences singulières et caractéristiques du dispositif espagnol. Elles s'inscrivent alors en contradiction avec la conception du comité d'entreprise comme organe de collaboration et illustrent ses traditionnelles fonctions conflictuelles. D'une part, ils possèdent des prérogatives importantes en matière de grève et de conflits collectifs⁵ et d'autre part, pour ce qui nous intéresse, ils sont dotés de la capacité conventionnelle en vertu de l'article 87.1 ET inscrit dans le Titre III de l'ET⁶.

¹ Pour la jurisprudence, STS du 11 avril 1994, Ar/2990 et STS du 16 mars 1993, Ar/1864. Comme le souligna le Professeur RAMÍREZ, les DP ne constituent donc pas « *de simples instruments de communication entre l'entreprise et son personnel* » (loc. cit., 1987, p. 38).

² L'article 64 ET établit leurs « *droits d'information et consultation* » ainsi que leurs « *compétences* ». L'article 65 régit le devoir de secret des représentants et leur capacité d'action administrative et judiciaire.

³ Loi 38/2007 du 16 nov. qui vise fondamentalement à la transposition de la Directive européenne 2002/14/CE du 11 mars 2002 relative à l'information et à la consultation des travailleurs. Voir E. GARRIDO PÉREZ, « Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 del ET) », *TL*, 2008, n° 95, p. 11; A. PEDRAJAS MORENO, « Nueva regulación de los derechos de información y consulta y del deber de sigilo de representantes de los trabajadores », *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, 2008, n° 20, p. 54. Antérieurement à cette réforme, M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, « El comité de empresa y sus competencias (art. 63 et 64) », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1255; E. GARRIDO PÉREZ, op. cit.; F. DURÁN LÓPEZ et C. SÁEZ LARA, *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Madrid, Civitas, 1997, p. 137; *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, Dir. R. ESCUEDRO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, Madrid, La Ley, 2004.

⁴ F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, « El comité de empresa, órgano de cooperación e instrumento de conflicto », in *El conflicto colectivo y la huelga, Estudios en homenaje al Profesor G. DIÉGUEZ*, Murcia, Laborum, 2008, p. 128. Selon l'auteur, cette réforme, en consacrant un « *devoir de coopération* » (p. 121) entre le comité d'entreprise et le chef d'entreprise « *dans la définition ou application des processus d'information et consultation [...] en tenant compte autant des intérêts de l'entreprise comme ceux des travailleurs* » (art. 64.1, al.3 ET), aboutit à différencier le rôle et les conditions d'intervention des représentants unitaires et des représentants syndicaux dans ces deux matières. En effet, le DS possède les mêmes droits d'information que les représentants unitaires et doit être également consulté préalablement à l'adoption de certaines mesures. Par contre, il n'est pas soumis à ce devoir de coopération et reste cantonné à la défense des intérêts des travailleurs.

⁵ Art. 3.2, a) et 18.a) RDLRT 17/1977 relatif à la grève et aux *conflits collectifs*. Pour approfondir, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 2008, p. 115.

⁶ Il s'agit ainsi selon les termes du TC, « *d'un pouvoir ex lege* » (STC 12/1983).

Antérieurement le RD 3149/77 relatif aux élections des représentants unitaires avait déjà légitimé leur capacité à négocier une convention collective. Pour approfondir sur cette régulation, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 106.

Précisons toutefois qu'en marge des conventions collectives de travail régularisées au Titre III ET, les organes de représentation unitaire interviennent également lors de la procédure d'adoption des « *accords d'entreprises* » (pour approfondir sur ces accords, voir infra, n° 743 s).

Cette approche succincte des prérogatives de la représentation élue permet alors de prendre la mesure de l'article 63.1 ET qui dispose que « *le comité d'entreprise est l'organe représentatif et collégial de l'ensemble des travailleurs dans l'entreprise ou le centre de travail pour la défense de leurs intérêts [...]* »¹. La doctrine parle ainsi d'une « *micro-représentation au niveau de l'entreprise* »².

208. En France, contrairement au droit espagnol, ces deux institutions peuvent se cumuler et se superposer dans une même entreprise³. Dès lors, elles n'ont pas attribué les mêmes compétences et prérogatives. Les DP sont notamment chargés de transmettre à l'employeur les réclamations individuelles et collectives des salariés⁴.

En ce qui concerne le comité d'entreprise, aux termes de l'article L. 2323-1 al. 1 CT, il « *a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* »⁵. Cet objet se reflète dans sa composition. En effet, il est un organe mixte⁶, présidé par le chef d'entreprise ou son représentant⁷ et composé par la délégation élue du personnel¹ et par les représentants

¹ La jurisprudence a également affirmé que la représentation élue agit en faveur de la défense des intérêts collectifs des travailleurs (STCT du 11 juin 1987, Ar/12995).

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1986, p. 28.

³ Aux termes de l'article L. 2314-19 CT, « *il n'y a pas d'incompatibilité entre les fonctions de délégué du personnel et celles de membre du comité d'entreprise* ».

⁴ Aux termes de l'article 2313-1 CT (anc. art. L. 422-1), « *Les délégués du personnel ont pour mission : 1° De présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ; 2° De saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle* ». En cas d'absence de comité d'entreprise et de DS, ils peuvent exercer certaines de leurs fonctions (pour approfondir, A. RONZIER-JOLY, « La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du Code du Travail », *JCP S*, 2006, p. 1664).

⁵ Les alinéas 2 et 3 poursuivent que le comité « *formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale.*

Il exerce ses missions sans préjudice des dispositions relatives à l'expression des salariés, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux » (anc. art. L. 431-4).

⁶ Art. L. 2324-1 CT (anc. art. L. 433-1).

⁷ Dans les comités d'établissement, le chef d'établissement ou son représentant est le président (art. L. 434-2 al.2 CT et Cass. Soc. 7 oct. 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 1052, obs. J. SAVATIER). Un/e secrétaire est également élu/e parmi les représentants du personnel. Constituant dans une certaine mesure le contrepoint de la présidence patronale, la/e secrétaire fixe avec le chef d'entreprise l'ordre du jour des réunions (Cass. Soc. 8 juill. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 982, obs. M. COHEN). Dans ce cadre, son élection représente une question importante permettant de garantir un interlocuteur efficace et indépendant à l'employeur (est ainsi critiquable la jurisprudence permettant à l'employeur de participer à son élection, voir dans ce sens, Cass. Soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.*, 2001, p. 29 concl. P. LYON-CAEN, obs. M. COHEN).

syndicaux². Il constitue en définitive un lieu de rencontre et de dialogue des deux antagonismes sociaux³. Ses activités se déploient principalement sur deux dimensions⁴ : il gère les activités sociales et culturelles de l'entreprise⁵ et il est informé et consulté en matière économique et financière⁶. Le comité d'entreprise est doté de personnalité juridique ce qui lui permet d'agir en justice pour défendre ses intérêts propres⁷. La Cour de cassation a néanmoins affirmé que le comité n'a pas qualité pour agir au nom des

¹ Son nombre (de 3 à 15) varie en fonction de l'effectif de l'entreprise (art. R. 2324-1 CT).

² Les conditions d'accès de la représentation syndicale varient selon l'effectif de l'entreprise.

Aux termes de l'article L. 2143-22 CT « dans les entreprises de moins de trois cents salariés et dans les établissements appartenant à ces entreprises, le délégué syndical est, de droit, représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement ». Dans ces entreprises, le cumul des fonctions de représentant syndical au comité et de délégué syndical est donc obligatoire et la qualité de représentatif du syndicat est incontournable.

Aux termes de l'article L. 2324-2 CT, « sous réserve des dispositions applicables dans les entreprises de moins de trois cents salariés, prévues à l'article L. 2143-22, chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant. Il assiste aux séances avec voix consultative. Il est choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et doit remplir les conditions d'éligibilité au comité d'entreprise fixées à l'article L. 2324-15 ». Il s'agit ici d'une simple faculté pour les syndicats qui peuvent l'exercer à tout moment dès lors que l'entreprise occupe au moins 300 salariés (Cass. soc. 3 avril 2002, RJS, 2002, 549, n° 696). Cet article a été modifié par la loi de 2008. Antérieurement, le caractère représentatif dans l'entreprise suffisait à ouvrir le droit à nommer un représentant. Dorénavant cette exigence est écartée, le syndicat doit à présent posséder « des élus ». Sans préjudice de décisions jurisprudentielles à venir tranchant la question, un auteur estime qu'une organisation syndicale ayant un seul élu doit pouvoir désigner un représentant (M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9^eed., Paris, LGDJ, 2009, p. 122). Dans tous les cas, la Cour de cassation affirma que cette nouvelle règle a une application immédiate (Cass. Soc. 8 juill. 2009, Arrêt Solidaires et M.L. MORIN, loc. cit., 2009, p. 952). On note ici un rapprochement à la logique espagnole dans laquelle la légitimation des sections syndicales passe par la présence du syndicat dans les organes de représentation unitaire en marge de son caractère représentatif.

Dans tous les cas, les représentants syndicaux au comité d'entreprise n'ont pas de droit de vote dans les délibérations, leur voix est simplement consultative. Leur présence facilite néanmoins l'accès aux informations fournies par l'employeur aux membres du comité (pour approfondir sur les représentants syndicaux au comité, M. COHEN, op. cit., p. 119).

³ On pourrait alors parler de *comité d'entreprise* en droit espagnol et de *comité de l'entreprise* en droit français.

⁴ Pour approfondir, M. COHEN, op. cit., p. 485 s.

⁵ Pour développer, J. SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, Paris, Ed. Liaisons, 1992.

⁶ Pour développer, G. COUTURIER, « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Dr. soc.*, 1983, p. 26; A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise, institution et représentation du personnel », *Dr. ouv.*, 1986, p.355. Par ailleurs, relevons que le comité d'entreprise n'a cessé de voir ses compétences s'étendre notamment en matière de licenciements économiques pour lesquels sa consultation est une étape incontournable mais non exempte de difficultés (pour approfondir, A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.*, 2004, p. 285 ; M. COHEN, « Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005 », *Dr. soc.*, 2005, p. 394).

Notons que la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 qui établit un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs (*Dr. ouv.* 2002, p. 492) n'a pas été formellement transposée, contrairement au droit espagnol. Cependant elle a fait l'objet de réformes légales ponctuelles relatives aux accords collectifs régulant la représentation des salariés de l'entreprise et aux obligations de confidentialité et discrétion. Cette directive est également utilisée par les juges pour interpréter les dispositions légales nationales (M. COHEN, note sous Cass. Soc. 18 déc. 2007, *Dr. soc.* 2008, p. 395 relatif à la transmission des comptes annuels).

⁷ M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ces prérogatives économiques », *Dr. soc.*, 2006, p. 861.

salariés¹ ou au nom des intérêts collectifs de la profession². Dans ce cadre, l'attribution, par principe, de la capacité conventionnelle uniquement aux syndicats représentatifs, via le DS et le refus d'ériger la représentation élue en acteur de la négociation semblent un positionnement parfaitement logique³. Néanmoins, les conditions restrictives de la désignation du DS ont conduit le dispositif légal à envisager des mécanismes pour pallier son absence et ainsi permettre la mise en œuvre du droit à la négociation collective. L'intervention de la représentation élue en matière de négociation collective a donc été admise à titre subsidiaire. Toutefois, son champ d'intervention est limité par la loi et elle ne possède pas de capacité générale de conclure similaire au droit espagnol. Elle ne constitue pas, de plus, le seul mécanisme permettant de mettre en route un processus de négociation en l'absence de DS. En effet, le syndicat peut continuer à agir à travers d'autres figures.

209. Les logiques des deux systèmes sont ainsi exposées : la négociation par la représentation élue est, en Espagne, une voie traditionnelle et alternative à la représentation syndicale. La doctrine évoque ainsi un modèle d'organisation alternatif et unitaire⁴. En France, il s'agit d'un mécanisme subsidiaire intervenant en l'absence de DS et dont le champ d'action est par ailleurs limité.

A. La compétence de la représentation unitaire en matière de négociation collective statutaire en Espagne

210. Aux termes de l'article 87.1 al. 1 ET, « *en représentation des travailleurs, seront légitimes pour négocier les conventions d'entreprise ou de cadre inférieur, le comité d'entreprise, les délégués du personnel le cas échéant, ou les sections syndicales s'il y en avait [...]* ». Il ressort de cet article un « *système dual, alternatif et non-accumulatif* »⁵ permettant à la représentation unitaire « *ou* » aux sections syndicales de

¹ Cass. Soc. 18 mars 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 544, note G. COUTURIER.

² Cass. Soc. 23 oct. 1985, *Dr. soc.*, 1987, p. 101, note J. SAVATIER. Apparaît ici une divergence importante avec le droit espagnol.

³ S'écarter du strict cadre des conventions et accords collectifs de travail, la loi a toutefois prévu la négociation d'accords en matière d'intéressement, de plan d'épargne salariale ou de participation « *au sein du comité d'entreprise* » (art. L. 3311-1 s. CT). Voir M. COHEN, *op. cit.*, p. 472.

⁴ M^{re} CASAS BAAMONDE et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales », *REDT*, n°17, 1984, p. 63.

⁵ STS du 18 janv. 1993, Ar/94. Voir notamment pour la doctrine R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, 1985, p. 218.

conduire la négociation d'une convention collective dans l'entreprise ou le centre de travail¹.

De manière similaire à l'intervention des sections syndicales, l'identification de la représentation unitaire dans l'hypothèse d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail pose certaines difficultés².

Le dispositif statutaire a tout d'abord envisagé deux mécanismes qui permettent de constituer un organe de représentation unitaire au niveau global de l'entreprise composée de plusieurs centres de travail. D'une part, l'article 63.2 ET prévoit la création d'un comité d'entreprise d'ensemble « conjunto »³. Sa constitution est néanmoins soumise à la réunion de conditions légalement prévues et strictement interprétées par la jurisprudence⁴. D'autre part, aux termes de l'article 63.3 ET, peut être institué par convention collective, un comité intercentres⁵. Cette convention en établit

La doctrine française emploie également le terme « *alternatif* » pour caractériser l'intervention de la représentation élue (A. MAZEAUD, loc. cit. 2009, p. 669). Nous considérons toutefois que cet adjectif apparaît plus caractéristique du système espagnol. Dans ce sens, l'intervention de la représentation élue dans le droit français est subsidiaire à l'action syndicale (voir infra, n° 221).

¹ L'emploi de la conjonction « ou » exclut le cumul, empêchant la négociation simultanée des deux représentations. La jurisprudence a clairement affirmé que « *l'initiative* [de l'une des deux représentations] *exclut toute mise en pratique postérieure du second système* » (STCT du 11 nov. 1986) et a rappelé que les deux représentations ne peuvent se cumuler ou créer un organe mixte commun afin de négocier (par exemple STS du 17 oct. 1994, Ar/8053 ; STS du 14 juill. 2000, Ar/9642). Pour la doctrine, voir par exemple, J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., 2003, p. 1038.

² Nous avons déjà relevé que le centre de travail est érigé en « *unite electoral basique* » ce qui aboutit à l'instauration dans chaque établissement d'une représentation unitaire (voir supra, n° 128).

³ « *Cette singulière institution représentative se présente comme une exception à la règle légale générale selon laquelle le cadre de constitution et d'action de la représentation unitaire de caractère général est le centre de travail* » (J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., 2003, p. 824). Le secteur services constitue le cadre principal dans lequel est mis en oeuvre ce type de comité.

⁴ Lorsque dans un même département ou dans des municipalités limitrophes, une entreprise est constituée de deux ou plusieurs centres de travail qui n'atteignent les 50 travailleurs que dans leur ensemble, un comité d'entreprise d'ensemble (« conjunto ») peut se constituer pour la totalité de ces centres. Le précepte légal prévoit également que peuvent se constituer des comités de centres (lorsque un ou plusieurs des centres de travail comptent sur plus de 50 salariés) et un comité d'ensemble (lorsque les autres centres regroupent ensemble plus de 50 salariés. Si ce chiffre n'est pas atteint, coexisteront alors au sein de l'entreprise, un comité de centre et des DP dans chaque centre).

La possible élection de DP dans chaque centre de travail est ainsi supplantée par la création de ce comité qui est une obligation imposée par la loi dès lors que les conditions sont réunies (STS du 19 mars 2001, Ar/3385). Suivant cette idée, une interprétation restrictive de la jurisprudence se retrouve dans la STS du 20 fév. 2008 qui limite la constitution du comité d'ensemble aux entreprises composées de centres dont l'effectif est au moins de 10 salariés (M^a. DEL JUNCO CACHERO, « Comité de empresa conjunto », *TL*, 2008, n° 97, p. 195). Cette position jurisprudentielle s'avère pour le moins surprenante. Alors même que ces entreprises peuvent compter sur un DP, n'aurait-il pas été plus opportun de permettre la constitution du comité conjunto dans les entreprises composées de centres dont l'effectif est inférieur à 10 salariés. Dans tous les cas, les juges ont refusé de permettre la constitution de ce comité lors d'un regroupement sélectif de centres. Le comité d'ensemble doit ainsi permettre la représentation de tous les centres (P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, « A vueltas con las elecciones sindicales en centros de entre seis y diez trabajadores: prohibición de acumulación selectiva de centros para la constitución de un comité de empresa, a propósito de la STS de 20 de febrero de 2008 », *TS*, n° 216, 2008, p. 48).

⁵ Aux termes de l'article 63.3 al.1 ET, ses membres sont désignés par ceux des différents comités de centre. La doctrine parle d'un « *organe de second degré* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.

alors les compétences parmi lesquelles peut être prévue la négociation de convention au niveau global de l'entreprise¹. La fonction de négociation de ce comité semble donc dépendante de la volonté des parties qui l'instituent². La jurisprudence entend cependant largement cette condition d'attribution et admet que la fonction de négociation peut être reconnue implicitement puisque celle-ci constitue « *une des facultés propres de tout comité d'entreprise* »³. En définitive, on peut considérer que le comité intercentres peut négocier sauf si la convention qui le constitue le prive explicitement de cette faculté⁴.

Il ressort finalement que la mise en œuvre de tels organes s'avère complexe. Le comité d'ensemble n'est envisagé que dans une hypothèse spécifique et le comité intercentres est dépendant de la négociation collective, par conséquent, de la volonté de l'employeur. L'absence de régulation légale flexible et favorable à la constitution d'un organe explicitement chargé de représenter l'intérêt de l'ensemble des travailleurs d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail, constitue, selon nous, une lacune importante du dispositif espagnol, préjudiciable aux travailleurs.

Si aucun de ces organes n'est créé, une idée directrice permet alors de guider les raisonnements : les organes de représentation unitaire ne seront compétents pour négocier que dans le cadre dans lequel ils ont été institués. Dès lors, procédant « *à une lecture finaliste des règles de légitimation et de liberté de choisir le cadre d'application de la convention conclue* », l'ensemble des représentations unitaires constituées dans chaque centre peut négocier une convention collective applicable à la totalité de l'entreprise⁵. La doctrine souligna alors que « *les véritables problèmes dans cette*

130). L'alinéa 2 prévoit que sa composition doit être proportionnelle au poids de chaque syndicat apprécié au niveau global de l'entreprise par rapport aux résultats électoraux traduits en nombre de sièges (STS du 10 oct. 1994, Ar/7761). Les représentants indépendants élus ne sont donc pas pris en compte (STS du 10 déc. 1993, Ar/9772). Pour approfondir, J. CRUZ VILLALÓN, *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Madrid, Trotta, 1992, p. 157; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA et M^a. del R. CRISTÓBAL RONCERO, loc. cit., p. 675.

¹ L'intervention des représentants unitaires des divers centres de travail est donc, dans cette hypothèse, subordonnée à l'échec des négociations ou à la passivité du comité intercentres. Les représentations syndicales peuvent renoncer à négocier au profit du comité intercentres soit directement au travers d'un accord soit, de manière implicite, au travers de leur participation dans la convention qui a institué le comité intercentres (I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 44).

² Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 63.3 ET, ces comités « *ne pourront s'attribuer d'autres fonctions que celles qui lui sont expressément concédées dans la convention collective qui prévoit sa création* ». Voir dans ce sens, STS 12 déc. 1990, Ar/9776

³ STS du 14 oct. 1993, Ar/7599. Plusieurs auteurs ont critiqué cette position (I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 43 et M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 132).

⁴ STS du 25 juill. 2000, Ar/7644. Pour une critique du raisonnement des juges, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 65.

⁵ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.134. La légitimation de l'ensemble des représentants résulte de la somme de la légitimation individuelle de chacun d'eux. La présence de DP et de comités d'entreprise dans les divers centres est indifférente ; tous peuvent prétendre accéder à la négociation. Voir

hypothèse sont repoussés à la phase postérieure » relative à désignation des négociateurs¹. Par contre, si un centre est dépourvu de représentation unitaire, les organes de représentation unitaire des autres centres ne peuvent prétendre négocier une convention applicable à l'ensemble de l'entreprise puisque les salariés de ces centres de travail dépourvus de représentation unitaire ne peuvent être représentés lors du processus de négociation². Selon l'idée que la représentation unitaire peut négocier uniquement dans le cadre dans lequel elle a été instituée, aucune représentation unitaire de cadre distinct ne peut non plus négocier une convention applicable dans ce centre³.

211. En marge de ces difficultés, l'analyse de la capacité conventionnelle de la représentation unitaire doit être scindée en deux temps dont le point de rupture est la réforme de 2011. En effet, antérieurement, la pratique démontrait que les négociations au niveau de l'entreprise étaient, dans l'immense majorité des cas, conduites par la représentation unitaire⁴. Cet état de fait constituait une particularité du droit espagnol. La réforme de 2011 a alors adopté une toute autre position et a privilégié, de manière générale, la négociation avec les sections syndicales.

1. La traditionnelle prédominance de la représentation unitaire

212. Le fondement constitutionnel de la représentation unitaire pourrait être établi par la combinaison de l'article 129.2 CE et de l'article 61 ET. Aux termes de l'article 129.2 CE, « *les pouvoirs publics stimulent efficacement les diverses formes de participation dans l'entreprise et encouragent par une législation adéquate les sociétés coopératives. Ils prennent aussi des mesures pour faciliter l'accès des travailleurs à la*

également, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1982, p. 75; C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 85 ; J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., 2003, p. 1040 qui cite la SAN du 5 mars 2002, Ar/1394. Voir également STS du 14 oct. 1993, Ar/7599.

Pour une position contraire, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1987, p. 37; C. SÁEZ LARA, *Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, MTSS, 1992, p. 193. Selon eux, l'intervention des représentants unitaires dépend dans cette hypothèse de la création d'un comité d'ensemble ou d'un comité intercentres.

¹ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 129. Voir infra, n° 263 s.

² M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 61. L'auteur fait alors référence à la STCT du 21 avril 1987, Ar/9079 qui va dans le même sens. Contre cette position, admettant l'intervention des représentations unitaires des autres centres, C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 84; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 135.

³ C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 85.

⁴ En 1996, 85% des conventions d'entreprise sont négociées par la représentation unitaire (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 2000, p. 1537; F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1998, p. 458. Plus récemment, voir J. LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 93.

propriété des moyens de production ». L'article 61 ET qui se réfère explicitement à la notion de « *participation* », dispose que « *conformément à ce que dispose l'article 4 de cette loi et sans préjudice des autres formes de participation, les travailleurs ont le droit à participer dans l'entreprise à travers des organes de représentation régulés dans ce Titre* »¹. Néanmoins, l'analyse de ces dispositions statutaires a conduit un secteur doctrinal autorisé à affirmer que « *la fonction que remplissent les comités d'entreprise n'est pas, techniquement, de participation des travailleurs dans l'entreprise. [...] Il s'agit réellement de représenter les intérêts des travailleurs dans l'entreprise à travers des fonctions, compétences et garanties que la loi leur attribue* »². Le Professeur SALA souligne également que le Titre II de l'ET permet de dégager « *deux positions claires de politique du droit : l'option pour un modèle de représentation unitaire au niveau de l'entreprise et l'option pour un modèle de participation des travailleurs dans l'entreprise qui se limite aux compétences attribuées aux comités d'entreprise et aux délégués du personnel* »³. Cette impression se trouve de plus renforcée par la portée reconnue à l'article 129.2 CE qui contient uniquement une déclaration programmatique dont la concrétisation et le développement relèvent de la compétence exclusive des pouvoirs publics et de la loi⁴. Les juges constitutionnels ont alors affirmé que « *les organes de représentation dans l'entreprise sont une création de la loi et possèdent*

¹ L'article 4.1g) ET énonce les « *droits basiques* » des travailleurs parmi lesquels figure le droit à « *l'information, consultation et participation dans l'entreprise* ». On retrouve alors, par exemple en matière de prévention des risques dans le travail, différentes dispositions dans d'autres textes qui prévoient l'instauration d'une représentation spécifique distincte de celle régulée dans les articles 61 s.

² M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 2000, p. 1255. Pour approfondir, du même auteur, loc. cit., 2006, p. 49.

³ Loc. cit., 1990, p. 152.

Tout en reconnaissant que la loi considère la représentation unitaire comme une forme de participation dans l'entreprise (dans ce sens, J.M^a. GALIANA MORENO et B. GARCÍA ROMERO, « *La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español* », *RMTAS*, 2003, n° 43, p. 13), force est alors de constater que le développement légal de ces organes est largement insuffisant pour considérer le précepte constitutionnel pleinement réalisé. La doctrine souligne dans ce sens que le modèle ouvert du Titre II qui prévoit que la représentation unitaire se déploie « *sans préjudice des autres formes de participation* », permet d'assurer la constitutionnalité du dispositif (M^a.E CASAS BAAMONDE et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1984, p. 64). Voir également M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 2006, p. 50. Dans ce sens, le Professeur SÁEZ LARA affirmait antérieurement à la réforme de 2007 que le dispositif attribuait de « *faibles instruments de participation dans la gestion du chef d'entreprise* » (loc. cit., 2005, p. 330).

⁴ Pour approfondir, L.M^a. CAZORLA PRIETO, « *Artículo 129* », in *Comentarios a la Constitución*, F. GARRIDO FALLA y otros, 3^o ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 2195 ; J. PRADOS DE REYES et J. VIDA SORIA, loc. cit., 1996, p. 95, qui affirment que « *la valeur de l'article 129 CE [...] provoque l'absence d'applicabilité immédiate du précepte et la nécessaire mise en oeuvre, afin de permettre l'acquisition d'éventuels droits subjectifs pour les citoyens, de son développement normatif* » (p. 97).

uniquement les compétences que celle-ci leur attribue expressément ». Ils ne trouvent qu'un « *appui indirect* » dans l'article 129.2 CE¹.

Sachant de plus que cet article envisage « *diverses formes de représentation dans l'entreprise* », la représentation unitaire prévue au Titre II ET n'est qu'une option légale qui pourrait être supprimée. Néanmoins, comme l'écrit le Professeur RAMÍREZ, bien que « *le raisonnement du TC ne soit pas très explicite sur ce point* », l'affirmation selon laquelle certains droits fondamentaux (grève, négociation collective, conflits collectifs) ne sont pas un monopole syndical, conduit « *à la nécessaire existence d'organes de représentation non-syndicaux (créés par la loi, comme c'est aujourd'hui le cas pour les DP et le comité ou d'autres formes de représentation volontaires ou spontanées) au travers desquels peuvent s'exercer également ses droits* »². Dans tous les cas, l'existence et les prérogatives de la représentation unitaire dans les entreprises telles que définies dans la loi, ne bénéficient d'aucun appui constitutionnel explicite, et ce contrairement aux syndicats.

213. La représentation unitaire bénéficie en revanche d'une large reconnaissance légale, notamment à l'article 87.1 ET en matière de négociation collective. Cet appui légal s'est matérialisé dans la pratique. Dans ce sens, un auteur affirme que « *bien que cela puisse paraître une affirmation provocatrice, les syndicats ont perdu l'initiative au niveau des entreprises en faveur des comités et restent restreints à la fonction non négligeable de négocier des conventions de secteurs et à participer aux institutions publiques* »³. Cette réalité semble, au premier regard, aller à l'encontre de l'esprit de la Constitution⁴ et, au-delà, des normes internationales⁵.

Plusieurs facteurs expliquent toutefois cette prédominance. D'une part, le contexte sociopolitique dans lequel a été élaboré l'ET amenait à reconnaître une situation de fait selon laquelle certains syndicats libres et indépendants s'étaient introduits au sein des entreprises grâce à l'élection aux institutions de représentation du

¹ STC du 37/1983 11 mai; STC 118/1983 du 13 déc ; STC 74/1996 du 30 avril.

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo*, 18^e ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 145.

³ A. OJEDA AVILÉS, « La representación unitaria: el « faux ami » », *RMTAS*, n° 58, 2003, p. 343.

⁴ Art. 7 CE.

⁵ Rappels que la Convention OIT n° 135 de 1971, dispose que « *lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants ...* ». Pour une position doctrinale remettant en cause l'intervention en matière de négociation collective des représentants unitaires, A. OJEDA AVILÉS, loc. cit., 2003, p. 343.

personnel¹. Afin de ne pas rompre le processus de démocratisation, l'ET a ainsi concrétisé le rôle central de la représentation unitaire dans les entreprises, notamment par le biais de l'attribution de la capacité conventionnelle². Ces organes de représentation ont ainsi de manière générale la « *capacité, légalement attribuée et démocratiquement légitimée, de défendre l'intérêt de l'ensemble des travailleurs dans les entreprises et les centres de travail* »³. Le TC tout en reconnaissant que « *le principe selon lequel doit être stimulé et favorisé la négociation collective de travail entre les syndicats de travailleurs et les associations d'employeurs [...conformément] à l'esprit qui inspire l'article 7 CE* »⁴ a affirmé dans le même sens que l'absence de précision relative aux titulaires du droit à la négociation énoncé à l'article 37.1 CE conduit à exclure un monopole syndical en la matière et à considérer la titularité du droit à la négociation collective comme non-exclusivement syndicale⁵.

La représentation syndicale dans l'entreprise se trouvait, d'autre part, dans un paradoxe juridique flagrant⁶. En effet, alors que l'ET lui reconnaissait la capacité conventionnelle en 1980, aucune norme définissait le régime juridique de cette représentation syndicale dans l'entreprise⁷. Malgré l'introduction de la LOLS en 1985 qui visait à renforcer l'action syndicale dans l'entreprise et consécutivement à favoriser

¹ Dans ce sens, le rôle attribué à la représentation unitaire fait fondamentalement écho aux propositions du syndicat CC.OO qui prétendait poursuivre son action à travers ces représentants. L'UGT appuyait au contraire l'intervention directe des syndicats dans l'entreprise à travers des sections et a obtenu la prévision dans la première rédaction statutaire des représentations syndicales (pour approfondir, C. PALOMEQUE, « La negociación colectiva en España 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, n° 135, 1982, p. 22; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 119.

² Il s'agit ainsi d'une disposition en réaction au régime franquiste (dans ce sens, C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2005, p. 362).

³ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2000, p. 238.

⁴ STC 4/1983 du 28 janv.

⁵ STC 118/1983 du 13 nov. La doctrine majoritaire s'est prononcée dans le même sens (voir notamment, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1982, p.81; Pour approfondir, voir supra, n° 26.

⁶ La doctrine a ainsi affirmé que jusqu'à l'entrée en vigueur de la LOLS, « *l'ET effectua une construction dans le vide puisqu'il manquait au moment de son élaboration une norme légale qui régulaient l'action syndicale dans l'entreprise sur laquelle puisse prendre consistance l'allusion aux représentations syndicales comme sujets possibles de la négociation collective dans l'entreprise ou dans un cadre inférieur* » (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 194). L'absence de mise en œuvre légale limitait donc leur action qui s'est développée dans la pratique grâce à l'intervention de l'autonomie collective (voir dans ce sens, l'accord cadre interconfédéral signé en 1980 illustre. Pour approfondir, F. VALDÉS DAL-RÉ, « Representación y acción sindical en la empresa en el AMI », in *Comentarios al AMI sobre negociación colectiva*, Madrid, IES, 1980).

⁷ Comme le souligne le Professeur ESCUDERO, les représentations syndicales dans l'entreprise ont vu réguler leurs fonctions avant leurs organes (op. cit., 1985, p.143). Le dispositif statutaire, tout en permettant dans la pratique à la représentation unitaire d'occuper un rôle central, a néanmoins constitué une étape décisive qui a permis de briser le monopole de la représentation unitaire et de reconnaître formellement aux représentations syndicales la capacité de négocier dans l'entreprise.

l'intervention de la représentation syndicale en matière conventionnelle¹, la représentation unitaire reste centrale dans l'entreprise.

Enfin, la jurisprudence constitutionnelle a largement favorisé l'assimilation des fonctions entre la représentation unitaire et la représentation syndicale en adoptant une définition large de l'activité syndicale. En effet, elle se définit comme « *l'activité dirigée à la représentation et défense des intérêts des travailleurs* » et peut être donc exercée « *autant par le syndicat que par le comité d'entreprise* »².

Une donnée fondamentale doit néanmoins être prise en compte. Comme nous l'avons abordé antérieurement, la présence syndicale dans les organes de représentation unitaire est largement favorisée par le dispositif légal encadrant les élections des membres des comités d'entreprise et des DP³. La jurisprudence a d'ailleurs pris acte du modèle syndicalisé de ces organes⁴. Consécutivement, il convient de se demander si la représentation élue peut alors invoquer la protection du droit de liberté syndicale prévue à l'article 28.1 CE et ainsi saisir le Tribunal Constitutionnel en cas d'atteinte à son activité syndicale, notamment en matière de négociation collective. Le droit de liberté syndicale est néanmoins un droit complexe qui se déploie sur une dimension collective et individuelle⁵. Le droit à la négociation collective renvoie alors à la question de la titularité du droit de liberté syndicale envisagé dans sa dimension collective⁶. Dans ce cadre, le TC a précisé que la similitude des fonctions remplies ne conduit pas à l'assimilation des natures des deux représentations. Les juges retiennent un critère

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 159.

² STC 118/1983 du 13 déc, STC 134/1994 du 9 mai ; M^a.E. CASAS BAAMONDE et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1984, p. 83.

³ Voir supra, n° 132.

C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2005, p. 321.

Concrètement, autour de 80% de leurs membres sont affiliés à CC.OO ou UGT (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 2000, p. 1532). Dans le même ordre d'idée, il est intéressant de relever que la part des délégués indépendants (issus de groupes para-syndicaux ou de petits syndicats) est passée de 30,4% en 1978 à 3% en 2003 (P.J. BENEYTO, loc. cit., p. 4 ; H. DETLEV KÖHLER et A. MARTÍN ARTILES, op. cit., p. 457).

⁴ STC 57/1989 du 16 mars

⁵ Pour approfondir sur la double dimension collective et individuelle de la liberté syndicale, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La libertad sindical en la Constitución », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 108 ; J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2000, p. 79 s.

⁶ Ce droit pénètre toutefois la représentation unitaire dans sa dimension individuelle, permettant l'application du droit de liberté syndicale aux représentants élus affiliés. Dans ce sens, STC 191/1996 du 26 nov. (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, « Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en despidos colectivos por causas económicas: sobre su integración en el derecho de libertad sindical y admisibilidad de su renuncia », in *Jurisprudencia constitucional, sobre trabajo y seguridad social*, Tomo XIV, Dir. M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, Madrid, Civitas, 1996, p. 299) et STC 198/2004 du 15 novembre. Toutefois, le représentant élu non-syndiqué ne peut pas invoquer une atteinte à la liberté syndicale. Une connexion syndicale du représentant unitaire doit être établie (STC 95/1996 du 29 mai)

subjectif ou organique pour délimiter le cadre d'action du droit de la liberté syndicale¹. Dés lors, la titularité du droit de liberté syndicale de l'article 28.1 CE ne peut être étendue à la représentation unitaire qui ne bénéficie pas de reconnaissance constitutionnelle². Le Professeur NIETO écrit dans ce sens que « *l'activité de la représentation unitaire en tant que telle, c'est-à-dire l'exercice de ses compétences et des prérogatives légales, reste en dehors de la protection de ce droit* »³. En matière de négociation collective, la représentation unitaire peut donc agir uniquement au niveau légal⁴ et saisir les tribunaux judiciaires⁵.

La syndicalisation de la représentation unitaire permet en définitive aux représentants élus d'invoquer leur liberté syndicale individuelle lorsqu'ils remplissent une activité syndicale mais reste sans effet quant à la protection collective de la représentation unitaire en tant qu'organe doté légalement de fonction syndicale⁶.

214. En guise de conclusion, l'importante syndicalisation des représentants unitaires constitue, sans nul doute, un argument favorable à leur intervention⁷. De manière globale, la présence syndicale dans les organes de représentation unitaire

¹ STC 37/1983 du 11 mai ; STC 74/1983 du 30 juill. ; STC 118/1983 du 13 déc. ; STC 73/1984 du 27 juin ; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « Representantes unitarios electivos y tutela en amparo de la libertad sindical », *RL*, 1996-II, p. 33. Voir également STS du 25 oct. 1999, Ar/9498.

Un secteur doctrinal proposa néanmoins d'écarter la conception subjective du droit à la liberté syndicale et de retenir une conception fonctionnelle de la liberté syndicale (M^a.E. CASAS BAAMONDE, « La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones », *REDT*, 1985, n° 23, p. 301; M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (a), p. 232), ou tout au moins, relativisant les propos, de prendre en compte la syndicalisation du comité pour lui reconnaître la protection de l'article 28. CE (M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Un debate interpretativo pendiente en la jurisprudencia constitucional: representaciones unitarias y titularidad colectiva del derecho de libertad sindical », *RL*, 1997, n° 15-16, p. 52; J. SEGALÉS FIDALGO, « La legitimación del comité de empresa para interponer recurso de amparo en defensa de la libertad sindical », *RL*, 1996-II, p. 569).

² Alors même que les juges évoquent « l'activité syndicale du comité d'entreprise ».

³ F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1998, p. 464.

⁴ La capacité conventionnelle de la représentation unitaire est en effet une capacité attribuée par la loi qui ne se fonde pas sur une disposition constitutionnelle.

⁵ STC 74/1996 du 30 avril ; J. SEGALÉS FIDALGO, loc. cit. 1996, p. 564. En définitive, au plan constitutionnel, le droit à la négociation collective est susceptible de recours en protection (*en amparo*) uniquement lorsqu'il est mis en oeuvre par un syndicat (voir supra, n° 53).

⁶ Un secteur souligne alors justement qu'il est regrettable que le syndicat mette en oeuvre son activité syndicale à travers d'une représentation qui, en tant que telle, ne peut se prévaloir des droits inhérents à la liberté syndicale (J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2010, p. 31).

Nous verrons cependant que le droit de liberté syndicale s'applique largement à la représentation unitaire envisagée dans sa dimension interne lorsqu'il s'agit de refléter la présence de chaque syndicat dans un organe qui en est dérivé, spécialement la commission de négociation (voir infra, n° 274).

⁷ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 153.

Notons également que lorsque sont élus des DS, ces derniers ont le droit d'assister aux réunions du comité d'entreprise (art. 10.2 LOLS). Ce mécanisme facilite, sans nul doute, un contrôle syndical de l'activité du comité (F.J. PRADOS DE REYES, « Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas », *RL*, 1991-II, p. 181).

présente plusieurs avantages¹. Elle permet aux syndicats de développer leurs fonctions représentatives dans l'entreprise et favorise la communication et les échanges entre les différentes sections syndicales dans l'entreprise et, plus généralement, entre la représentation élue et la représentation syndicale². Ce phénomène explique alors la faiblesse des conflits entre la représentation unitaire et syndicale à propos de la conduite des négociations³.

2. La nouvelle logique du RDL 7/2011 et le sens de la réforme

215. Au regard des considérations exposées dans le développement antérieur, l'opportunité de la réforme de 2011 peut être questionnée. En effet, cette réforme vient bouleverser le modèle de relations entre représentation unitaire et représentation syndicale, en introduisant un deuxième alinéa qui prévoit que « *l'intervention dans la négociation correspondra aux sections syndicales lorsque celles-ci en décident ainsi [...]* ». Les principaux syndicaux avaient toutefois, postérieurement à l'Accord sur les Critères Basiques pour la Réforme de la Négociation collective signé le 26 janvier 2011, formulé leur volonté de voir les syndicats se convertir en négociateurs préférentiels au détriment des représentants unitaires⁴. La revendication syndicale a donc été partiellement entendue, puisque la réforme de 2011 se réfère aux sections syndicales et non pas directement aux syndicats.

¹ La doctrine a néanmoins mis en exergue les risques inhérents à ce phénomène de syndicalisation. D'une part, il conduit à l'émergence « *d'un syndicalisme parallèle* » (A. BAYLOS, « La intervención normativa del Estado en materia de relaciones laborales », in *Las relaciones laborales en España*, Coord. F. MIGUÉLEZ y C. PRIETO, Madrid, Siglo XXI de España, 1991, p. 289) et à la confrontation de deux logiques qui peuvent s'avérer contradictoires (J.L. LÓPEZ BULLA in A. BAYLOS GRAU y J.L. LÓPEZ BULLA, « Sobre el actual modelo de representación (una conversación particular) », *RDS*, 2003, n° 22, p. 227). Il s'agit de combiner « *une logique d'action microcorporatiste centrée sur l'entreprise et menée par les comités et, une logique d'action vers l'extérieur, dans le secteur d'activité* » (H. DETLEV KÖHLER et A. MARTÍN ARTILES, op. cit., p. 464). La conciliation de ces deux logiques représente, selon nous, un des défis fondamentaux auquel est confronté le syndicalisme actuel. D'autre part, la représentation unitaire peut voir son activité paralysée par le déplacement, la contagion des affrontements entre syndicats. Les deux confédérations syndicales sont néanmoins entrées, depuis 1987, dans une stratégie d'unité évitant la *politisation syndicale* de la représentation unitaire des entreprises (F. MIGUÉLEZ, « Presente y futuro del sindicalismo en España », in *Afiliación sindical en Europa*, Germania, Valencia, p. 85). Remarquons que la formation de l'unité syndicale est intervenue postérieurement à la LOLS et illustre parfaitement le passage à la seconde étape du syndicalisme espagnol (voir supra, n° 143).

² F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1998, p. 458. Cet avantage prend une dimension particulière en droit français qui est confronté aux difficultés de coordination des phases de consultation avec les élus et de négociation avec les syndicats.

³ J. LUJÁN ALCARAZ, op. cit., p. 94.

⁴ A. BELÉN MUÑOZ RUIZ, loc. cit., 2012, p. 390.

Antérieurement, la loi n'établissait ni ordre de préférence ni mécanisme permettant de choisir la représentation qui négociera lorsque les deux prétendent négocier¹. Dans ce silence légal, la jurisprudence avait alors opté pour attribuer la priorité selon un critère temporel à la représentation qui présente en premier l'initiative de négocier². Cette solution semblait la plus satisfaisante car elle permet d'écarter toute intervention patronale, forcément subjective, en adoptant un critère qui lui est externe³. Cette jurisprudence s'avère désormais inapplicable⁴. Quand bien même la représentation unitaire a formulé la première une demande de négociation, les sections syndicales pourront dorénavant récupérer l'initiative⁵.

216. Avant d'aborder le sens de cette réforme, il convient de noter que l'intervention de la représentation unitaire se voit par ailleurs neutralisée lors de négociation de conventions de groupe et de la négociation catégorielle.

217. Au niveau de la négociation dans le groupe, nous avons vu plus haut que, conformément au critère mixte, les juges affirmaient que la représentation des employeurs des entreprises du groupe et les syndicats représentatifs étaient les parties à la négociation. Toutefois, l'intervention des sections syndicales de groupe avait été admise⁶. En réalité, les exceptions au critère mixte étaient le produit de l'intervention de

¹ L'absence de préférence légale est constatée par la jurisprudence, STS du 14 oct. 1993, Ar/7599. Pour la doctrine, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 148.

² « *La priorité dans l'initiative est déterminante pour la préférence entre l'un ou l'autre type* » (STCT du 9 fév. 1987, Ar/4540). Pour la doctrine, I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 37.

³ Deux autres options avaient été avancées (C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 82). La première option consistait à solliciter le vote des salariés. Néanmoins, leur décision ne constituait qu'une obligation morale (I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 37). La deuxième option renvoyait à l'ancien dernier alinéa de l'article 87.1 ET qui disposait que « *dans tous les cas il sera nécessaire que les deux parties se reconnaissent comme interlocuteurs* ». En réalité, cette interprétation permettrait à l'employeur de choisir son interlocuteur (pour une position favorable à ce mécanisme de résolution, sous réserve du respect de la liberté syndicale, voir A. OJEDA AVILÉS, op. cit., 2003, p. 741). Peu satisfaisante du point de vue de la protection des intérêts des salariés, cette option laisse planer le doute sur les motivations d'un employeur qui choisira logiquement l'interlocuteur le plus « *compréhensif* » à l'égard de ses prétentions (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 218 et M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 121).

⁴ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 135.

⁵ Reste alors à déterminer jusqu'à quand les sections syndicales peuvent se réapproprier la conduite des négociations. Le bon sens conduit à penser que le principe de bonne foi doit opérer. Dans ce sens, les sections syndicales devront se manifester dès qu'elles ont connaissance de la mise en route de la négociation et ne pas attendre que celle-ci soit engagée avec les représentants unitaires (dans le même sens, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 135).

⁶ Voir supra, n° 189.

la représentation unitaire¹. En effet, les juges, prenant en compte la structure du groupe, avaient admis que la représentation unitaire puisse négocier « *de manière exceptionnelle [...] pour les groupes d'entreprises avec une structure relativement simple* »². Dans la pratique, en raison de la prédominance du modèle de groupe de structure simple, la singularité de la situation s'était cependant fortement atténuée puisque la majeure partie des conventions de groupe étaient conclues par la représentation unitaire³. L'appréciation des juges visait donc tout d'abord à vérifier que l'organisation du groupe s'avérait complexe pour écarter les règles de légitimation applicables au niveau de l'entreprise et mettre en œuvre le critère mixte⁴. L'existence d'une prévision légale qui reconnaît de manière explicite l'intervention des syndicats, doit vraisemblablement conduire désormais à empêcher l'intervention de la représentation unitaire. Si en matière de légitimation de la partie patronale, l'exclusion des associations patronales apparaît une solution judicieuse, les règles de légitimation de la partie salariale posent plus de problèmes et se caractérisent par la prise en compte de questions pratiques et d'opportunité qui peuvent s'avérer peu favorable à la sécurité juridique. D'un côté, un courant de la jurisprudence et la majorité de la doctrine s'étaient prononcés pour admettre l'intervention des représentants unitaires⁵. Dans ce sens, la spécificité de ce niveau de négociation inhérente à l'hétérogénéité de la notion de groupe en droit espagnol rendait, sans nul doute, « *artificielle* » toute tentative d'assimilation et de réduction aux niveaux traditionnels de l'entreprise ou du secteur⁶. Par ailleurs, il est paradoxal que la création d'organes de représentation unitaire au niveau du groupe soit facilitée par la loi⁷ et la jurisprudence⁸, si dans le même temps, ces organes voient se

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, « La legitimación negocial en los grupos de empresa: anomia legislativa e incertidumbre jurisprudencial », *RL*, 2007-II, p. 33.

² J. MARTÍNEZ GIRÓN, *op. cit.*, 2003, p. 34. Les juges avaient par ailleurs, antérieurement à l'établissement du caractère mixte, admis l'intervention de la représentation unitaire (STS 30 oct. 1995, Ar/7930).

³ Dans ce sens, R.P. RON LATAS, *loc. cit.*, 2003, p. 49 et M.A. SOLAN LATRE, *op. cit.*, 2004.

⁴ Dans ce sens, STS du 10 juin 2002, Ar/10643.

⁵ STS du 21 déc. 1999, Ar/528 de 2000 dans lequel un vote particulier formulé par six magistrats soutenait l'intervention des représentations unitaires.

⁶ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 149.

⁷ Loi 10/1997 du 24 avril relative au comité de groupe d'entreprise de dimension communautaire (dans ce sens, C. SÁEZ LARA, *loc. cit.*, 2005, p. 325) dans laquelle l'existence d'une entreprise dominante est une variable centrale (pour approfondir R. GÓMEZ GORDILLO, *El comité de empresa europeo: un estudio jurídico*, Madrid, CES, 2003). Reste alors à attendre les modifications légales relatives à la nouvelle directive européenne 2009/38/CE du 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

⁸ La jurisprudence a admis qu'une convention collective puisse constituer un comité similaire au comité intercentres qui permettra d'englober les différentes entreprises composant le groupe. Les juges se fondent alors sur l'article 61 ET qui permet l'existence de formes de participation distinctes de celles prévues

réduire leur rôle dans une matière comme la négociation collective. La nouvelle rédaction de l'article 87.1 al. 3 ET relatif au groupe ne fait donc pas l'unanimité¹. D'un autre côté, il semble toutefois important d'assurer un cadre juridique clair en la matière permettant d'identifier la partie salariale. Il s'avère également que la référence aux syndicats facilite le processus de désignation des représentants salariaux qui vont concrètement négocier dans une entité économique composée d'une multiplicité d'entreprises mais également de centre de travail. Cet argument perd pour certains de sa consistance au regard de la complexité que peut revêtir l'hypothèse d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail dans laquelle la négociation peut être conduite par les représentations unitaires². Il ressort toutefois que cette hypothèse devrait également retenir l'attention de la loi. Dans tous les cas, alors que le droit espagnol maintient le parallélisme entre la condition de salarié et celle de négociateur au niveau de l'entreprise, indépendamment de la complexité de sa structure, il applique une autre logique aux groupes d'entreprises qui se rapprochent par conséquent de la convention sectorielle.

218. En matière de négociation catégorielle, antérieurement à la réforme de 2011, la littéralité de l'article 87.1 ET qui évoquait uniquement les représentations syndicales, n'avait pas empêché la jurisprudence d'admettre que la représentation unitaire puisse négocier des conventions qui n'affectent pas la totalité des travailleurs d'une entreprise³. Dans tous les cas, les élus d'un collège électoral correspondant à la

dans le Titre II ET. On parle alors de comité interentreprises (STS du 27 avril 1995, Ar/3273). Pour la doctrine, J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1992, p. 237.

¹ Un auteur estime que « *les représentants des employeurs et des salariés de chaque groupe d'entreprises devraient être les protagonistes et décidaient entre les trois alternatives possibles (syndicats, sections, représentations unitaires), celle qui s'adapte à leurs intérêts et aux particularités de l'organisation du groupe* ». Dans ce cadre la loi devrait se limiter à garantir qu'indépendamment de la représentation considérée, celle-ci remplisse les exigences de légitimation (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 139).

² F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 139.

³ STS du 4 mai 1998, Ar/4088. La doctrine avançait trois arguments : tout d'abord, estimant que « *qui peut le plus, peut le moins* », la représentation unitaire négociant pour l'ensemble des salariés pourrait négocier pour un collectif plus restreint. Ensuite, si elle peut prévoir dans une convention collective d'entreprise des dispositions particulières pour certaines catégories, elle pourrait négocier, de manière séparée, une convention spécifique à ces catégories. Enfin, la représentation unitaire dispose déjà de compétences en matière de conflit collectif qui n'affecte qu'une catégorie de travailleurs. Cela pourrait donc être transposé en matière de négociation collective (L.E. NORES TORRES et G. RODRÍGUEZ PASTOR, loc. cit., p. 137). Un courant de la doctrine refuse toutefois d'admettre l'intervention des représentations unitaires. Se fondant sur les articles 62 et 63 ET selon lesquels la représentation unitaire agit en défense des intérêts de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise ou du centre de travail, elle ne peut restreindre son action à une partie du personnel de l'entreprise (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 236). Contre cette interprétation littérale, S. DEL REY GUANTER, loc. cit., 1984, p. 114.

catégorie professionnelle concernée ne peuvent négocier directement de leur propre initiative¹. Cela n'implique pas que le comité doive toujours négocier dans sa globalité. En effet, celui-ci peut choisir de constituer une délégation d'une partie de ses membres afin de négocier l'accord, désignant dans la pratique les membres élus dans le collège considéré². L'intervention du comité d'entreprise dans ce type de convention reste toutefois, comme l'a souligné la doctrine, conditionnée par l'opportunité de participer à cette négociation qui établit des différences entre travailleurs d'une même entreprise³.

219. Ces deux hypothèses permettent d'illustrer les facilités reconnues aux représentations unitaires qui constituaient sans nul doute les moteurs de la négociation. La logique du dispositif espagnol reposait en définitive sur deux principes : « *la dualité de représentation et la pénétration de la représentation syndicale dans l'unitaire au travers du filtre électoral* »⁴. Dès lors, une auteure affirme que « *les représentations unitaires ne se configurent pas comme un canal de représentation alternatif ni opposé au syndical mais plutôt comme un autre moyen d'intervention du syndicat dans l'entreprise* »⁵. Dans le même sens, les juges constitutionnels estiment que le comité est un « *moyen d'action syndical additionnel sans reconnaissance constitutionnelle* »⁶. Cette logique garantissait dans tous les cas que le syndicat bénéficie de l'appui des salariés concrétisé par sa présence dans les organes de représentation unitaire.

220. La réforme de 2011 vient bouleverser cette logique et permet désormais aux sections syndicales de s'octroyer, si elles le désirent, la faculté de négocier dans l'entreprise. Cette préférence légale pour les sections syndicales vise sans nul doute à renforcer le contrôle syndical au sein des organes de représentation unitaire. Deux éléments peuvent être mis en exergue. Tout d'abord, en interne, les syndicats disposent d'un argument de poids afin de maintenir la discipline syndicale au sein de ses membres

¹ La doctrine affirma « *que le caractère unitaire de cet organe ne permet pas de diviser sa représentation* » (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 106).

² STS du 4 mai 1998, Ar/4088 M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 93. Cette délégation devra néanmoins s'effectuer par un accord respectant certaines conditions (adoption majoritaire et application du principe de proportionnalité, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 107). Contre cette possibilité, M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., p. 260.

³ E. LÓPEZ TERRADA y L.E. NORES TORRES, loc. cit., p. 1031. Dans ce cadre, une auteure propose de donner préférence à la représentation syndicale (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op.cit., p. 93).

⁴ M. E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1988, p. 71

⁵ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 245-246.

⁶ STC 95/1996 du 29 mai.

dans le comité d'entreprise. Ensuite, et de manière plus importante, l'intervention des élus non-syndiqués et indépendants au sein du comité est désormais impossible¹.

Il s'agit dans tous les cas d'un bouleversement juridique profond de la tradition espagnole. Il est toutefois important de souligner que nous sommes en présence d'une option légale totalement compatible, voir même plus conforme, avec la reconnaissance explicite dans la Constitution des syndicats². D'aucuns pourraient penser que cette préférence légale constitue une concession, une sorte de contrepartie pour les syndicats face à l'ampleur des modifications opérées récemment. D'autres, sachant que la négociation d'entreprise constitue en droit positif le centre de gravité de la structure de la négociation collective³, peuvent penser que la loi prétend renforcer à ce niveau le contrôle syndical. Dans tous les cas, ni la doctrine, ni les organisations syndicales n'appelaient à une réforme dans ces sens. Les effets de la syndicalisation des organes de représentations unitaires permettant en effet de pacifier les relations entre les deux types de représentation dans l'entreprise. Dès lors, dans la pratique, cette syndicalisation peut neutraliser la portée de la réforme. Les représentants syndicaux de l'entreprise devront vraisemblablement sonder la volonté des salariés qui risquent, au regard d'une mise à l'écart peu populaire du comité d'entreprise et, notamment de ses membres indépendants, sanctionner la politique syndicale lors des prochaines élections dans l'entreprise. Gageons donc que cette modification théorique n'aura pas nécessairement comme résultat pratique la remise en cause de la prédominance des organes de représentations unitaires en matière de négociation collective.

B. L'intervention de la représentation élue dans les entreprises dépourvues de délégué syndical en France

221. Au niveau constitutionnel, la législation sur les comités d'entreprise et les délégués du personnel (DP) peut se fonder sur le principe de participation des travailleurs « *à la gestion des entreprises* » énoncé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946⁴ qui permet son insertion dans les principes fondamentaux du droit

¹ Jusqu'en décembre de 2010, les représentants élus indépendants représentaient plus de 20% des membres des commissions de négociations constituées dans les entreprises (statistique du MTIN citée par F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 136).

² Voir supra, n° 23. Dans ce sens J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2011, p. 45.

³ Voir infra, n° 735.

⁴ Qui dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Alors que la négociation

du travail¹. La doctrine a toutefois mis en exergue que l'analyse des attributions des comités d'entreprise révèle qu'ils ne sont pas « *stricto sensu, des organes de participation à la gestion* »². Force est alors de constater que les deux dispositifs législatifs demeurent timides voire méfiants, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le principe de participation des travailleurs à la gestion des entreprises.

222. En matière de négociation collective relative aux conditions de travail, les délégués du personnel³ et le comité d'entreprise⁴ ne disposaient originellement d'aucune prérogative⁵. Leur intervention a toutefois été un fait dès les années 80⁶. Le point d'inflexion peut alors être fixé au milieu des années 90. Sous l'impulsion de la jurisprudence⁷ et des acteurs sociaux⁸, une loi de 1996 à vocation expérimentale pour

collective se rattache à la détermination des conditions de travail, la représentation élue renvoie à la participation des salariés « *à la gestion des entreprises* ».

¹ Dès lors, « *ni la loi ni la jurisprudence ne peuvent contredire ces principes fondamentaux* » (M. COHEN, op. cit., p. 53 ; Cons. Etat 29 juin 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 42, concl. N. QUESTIAUX). Pour approfondir sur la notion de principes fondamentaux du droit du travail, voir supra, n° 31.

² M. COHEN, op. cit., p. 53. Comme en droit espagnol, la participation à la gestion de l'entreprise s'opère au travers de l'exercice des droits d'information et de consultation qui permettent aux comités d'exercer un contrôle économique sur la gestion de l'entreprise mais exclut tout mécanisme de co-décision ou de cogestion. Comme l'affirment clairement les textes, « *le comité d'entreprise émet des avis et vœux dans l'exercice de ses attributions consultatives. Le chef d'entreprise rend compte, en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux* » (art. L. 2323-3 CT).

Pour aller plus loin sur la participation des salariés dans l'entreprise notamment d'un point de vue financier, voir l'ouvrage collectif et de perspective comparée, *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Coord. J.P. LANDA ZAPIRAIN, Albacete, Bomarzo, 2004.

³ Les DP sont reconnus légalement depuis les accords de Matignon de 1936.

⁴ Les comités d'entreprises ont été créés par une ordonnance du 22 fév. 1945.

⁵ Exception faite de la négociation d'accords en matière d'intéressement, de plan d'épargne salariale ou de participation (voir supra, n° 208).

⁶ Les comités d'entreprise ont en effet, en marge des dispositions légales, engagé des processus de négociation collective aboutissant à la conclusion d'accords, qualifiés d'accords atypiques. La jurisprudence a considéré qu'il n'y avait pas lieu de prononcer leur nullité et leur a appliqué le régime juridique des engagements unilatéraux de l'employeur (Cass. Soc. 14 juin 1984 ; Cass. Soc. 23 oct. 1991, *Dr. soc.*, 1991, p. 960. Voir J. SAVATIER, « Les accords d'entreprises atypiques », *Dr. soc.*, 1985, p.188, C. FREYRIA, « Les accords d'entreprises atypiques », *Dr. soc.*, 1988, p. 46. Pour aborder les arguments juridiques favorables à l'annulation de ces accords comme contraires à l'ordre public, voir M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 112). Pour approfondir sur ces accords, voir infra, n° 655.

⁷ La première brèche permettant l'intervention d'autres négociateurs que le DS a été ouverte par la Cour de cassation qui a, lors d'un arrêt rendu au début de l'année 95, estimé que, « *si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* » (Cass. Soc. 25 janv. 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 274, obs. G. BORENFREUND ; *RJS*, 4/95, obs. J. SAVATIER). En l'espèce, il s'agissait toutefois d'une figure syndicale, le salarié mandaté (voir supra, n° 174).

⁸ Peu après cet arrêt, qui a été incontestablement une impulsion, une source d'inspiration, l'Accord National Interprofessionnel du 31 octobre 1995 prévoit la possibilité d'ouvrir des négociations avec d'autres interlocuteurs que les DS parmi lesquels est explicitement envisagée la représentation élue (pour approfondir, G. COIN, « L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle », *Dr. soc.*, 1996, p. 3).

une durée de deux ans, a évoqué pour la première fois l'intervention de négociateurs distincts du DS, parmi lesquels les représentants élus¹. Ce dispositif légal présente deux caractéristiques : d'une part, il conditionne l'intervention des élus à l'absence de DS, et d'autre part, il limite doublement leur intervention. Un dispositif similaire est établi en 1998 et 2000 en matière de réduction de temps de travail afin de faciliter sa mise en œuvre dans toutes les entreprises². Suite à la non-reconduction du dispositif légal de 1996 et à la fin des mécanismes facilitant le passage aux 35 heures, l'intervention des représentants élus ne reposaient sur aucun texte légal. Elle a cependant bénéficié d'un second souffle grâce à l'adoption, par les principaux interlocuteurs sociaux³, de la Position commune du 16 juillet 2001 *sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective*⁴. C'est toutefois en 2004 que les représentants élus ont vu leur intervention se concrétiser définitivement dans le dispositif légal⁵. La dernière réforme de 2008 poursuit le même chemin et normalise leur intervention⁶. Dans ce sens, il est intéressant de noter qu'antérieurement, la négociation avec les représentants distincts du DS était qualifiée de négociation dérogatoire⁷. La loi de 2008 a supprimé ce qualificatif même si, au fond, il n'a pas perdu de sa pertinence⁸.

¹ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises à dimension communautaire et au développement de la négociation collective.

² Loi n° 98-461 du 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (loi dite Aubry I) et Loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (loi dite Aubry II).

³ Comme lors de l'ANI de 1995, la CGT n'a pas signé ce texte.

⁴ Voir *Dr. soc.*, 2003, p. 92.

⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Notons ici que le Conseil Constitutionnel avait alors affirmé que « le législateur [...] a entendu se référer à la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001 » (DC n° 2004-494 du 29 avril 2004). « On est donc très proche d'une opération de transposition dans le sens que le droit communautaire a donné à ce terme » (A. LYON-CAEN, « La révision du droit de la négociation collective. Observations de méthode », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 2). Sur le phénomène de loi négociée, voir supra, n° 387. On retrouve par ailleurs la connexion entre la loi de 2004 et la position commune de 2001 quant à l'introduction de l'exigence majoritaire (voir infra, n° 309) et en matière de concurrence entre conventions (voir infra, n° 647).

⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁷ En effet, la sous-section 3 intitulée « dérogations dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », prévoyait à l'ancien article L. 2232-21 CT situé au paragraphe 1 intitulé « conditions de la négociation dérogatoire » que « lorsqu'une telle faculté est prévue par une convention de branche ou un accord professionnel étendu, les entreprises dépourvues de délégué syndical peuvent déroger aux règles de conclusion et de négociation applicables aux entreprises pourvues de délégué syndical dans les conditions fixées aux paragraphes 2 et 3 ».

⁸ Désormais la régulation des négociations conduites par d'autres sujets que le délégué syndical est regroupée dans la sous section 3 intitulée « Modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ».

La notion de « dérogation », telle qu'utilisée en droit français est source de nombreuses difficultés et recouvre plusieurs réalités. Elle peut en effet, comme en l'espèce, se référer à une négociation conduite

Aujourd'hui, aux termes de l'article L. 2232-21 CT, « *dans les entreprises de moins de deux cents salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent négocier et conclure des accords collectifs de travail sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* ».

On retrouve alors les mêmes caractéristiques de fond que celles issues de la loi de 1996. L'intervention des représentants élus est d'une part, subsidiaire, conditionnée par l'absence de DS, et d'autre part, sujette à une double limitation. L'entrée en vigueur du dispositif issu de la loi de 2008 restait de plus soumise à une période transitoire non exempte de difficultés.

1. L'intervention subsidiaire

223. Il ressort de l'article L. 2232-21 CT que l'intervention des représentants élus en matière de négociation reste conditionnée à « *l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement* ». Cette considération s'inscrit dans la lignée des propos antérieurs relatifs à l'intervention des salariés mandatés et du RSS et permet d'évoquer l'existence de négociateurs subsidiaires dotés de capacité conventionnelle lorsque l'entreprise est dépourvue de DS qui demeurent, dans tous les cas, le négociateur de principe¹.

La loi de 1996 qui reconnut pour la première fois la capacité conventionnelle aux représentants élus et aux salariés mandatés, avait fait l'objet d'un examen du Conseil constitutionnel au motif de porter atteinte à la liberté syndicale. Les juges avaient alors admis la constitutionnalité du dispositif et ainsi écarté l'idée d'un monopole syndical en matière de négociation collective. Arguant que celui-ci aboutirait dans les faits à mettre en échec le droit des salariés à la négociation collective dans les entreprises dépourvues de DS, ils rappelèrent toutefois que les « *organisations*

par des acteurs distincts du DS. Néanmoins la notion de dérogation est également employée pour envisager des accords conclus par des DS mais qui peuvent s'écarter des dispositions légales (pour approfondir sur ce point, voir infra, n° 412). Le maintien de l'adjectif dérogatoire demeure alors pertinent s'il est envisagé dans ce deuxième sens sachant que le contenu des accords négociés par ces négociateurs est essentiellement dérogatoire (voir infra, n° 227).

¹ G. VACHET, « La réforme de la négociation collective, L. n°2004-391, 4 mai 2004 », *JCP E*, 2004, p. 1335.

syndicales ont vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs »¹. Il ressort de cette décision la logique du dispositif français. La représentation élue n'est pas une alternative au DS auquel elle ne peut faire concurrence. Elle constitue plutôt un des mécanismes subsidiaires prévus par la loi pour pallier son absence².

224. L'absence de DS s'apprécie de plus « *dans l'entreprise ou l'établissement* ». Le dispositif facilite ainsi la négociation conduite par les représentants élus au sein des établissements. Dès lors, il convient de vérifier l'existence d'un DS dans l'établissement considéré. Si celui-ci est dépourvu de DS, la négociation avec la représentation élue est, par conséquent, admise alors même qu'un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise compte sur des DS dans d'autres établissements³. Dans une entreprise composée de plusieurs établissements, l'employeur peut donc négocier dans un établissement avec la représentation élue et dans un autre établissement avec un DS⁴. Si la négociation est conduite au niveau global de l'entreprise, le comité central peut intervenir⁵. A défaut d'une telle institution, les représentations élues de chaque établissement peuvent négocier ensemble une convention.

En définitive, les entreprises ou établissements de moins de 50 salariés dans lesquels la désignation du DS n'est pas obligatoire, sont naturellement les principaux visés par ce dispositif⁶. Dès lors, reprenant les propos du Professeur BORENFREUND,

¹ DC n° 96-383 du 6 nov. 1996. Pour approfondir, G. LYON-CAEN, loc. cit., 1996, p. 479 ; M.L. MORIN, loc. cit., 1997, p. 29 ; G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. soc.*, 1997, p. 1006.

² Cette logique se déduit, de manière limpide, de la formulation aujourd'hui consacrée dans le code du travail qui envisage les conditions de négociation « *dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux* » (articles L. 2232-12 s.).

³ Voir supra, n° 186.

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 185.

⁵ Néanmoins, l'existence d'un seul DS désigné par un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise empêche l'intervention des représentants élus à ce niveau global. En effet, considérant que la condition liée à l'absence de DS doit alors être appréciée au sein de toute l'entreprise conformément au cadre de la convention, l'intervention des représentants élus ne peut être admise.

⁶ En 2004-2005, dans l'ensemble des établissements d'au moins 20 salariés, seulement 38 % disposent d'un DS. Leur implantation est naturellement bien plus importante dans les établissements de plus de 50 salariés, c'est-à-dire là où leur désignation est automatique, et s'élève à 63 % (voir les statistiques de la DARES sur : <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/2007.04-14.2-2.pdf>). Dans ces unités, lorsqu'a été élu un DP, il est certes possible pour un syndicat représentatif au niveau considéré de procéder à sa désignation comme DS (art. L. 2143-6, al.1 CT). Néanmoins, force est de constater que cette possibilité n'est pas encouragée ni par la loi (le cumul n'emporte pas d'augmentation du crédit horaire. On peut dès lors se demander si le DP dispose de moyens réels pour exercer pleinement ces nouvelles fonctions) ni par la jurisprudence (la Cour de cassation a estimé, qu'une salariée, déléguée du personnel dans un établissement comptant environ vingt salariés qui dépendait d'une entreprise comptant

« quand on sait la place des unités de taille réduite dans le tissu économique français, les nouveaux agents pourraient bien s'imposer, en réalité, comme les premiers négociateurs d'entreprise »¹.

Il convient toutefois de souligner la préoccupation des interlocuteurs sociaux² et de la loi pour encadrer le déroulement de ces négociations subsidiaires, notamment au travers de l'introduction d'éléments du principe de loyauté dans la négociation³. L'article L. 2232-27-1 CT relatif aux « conditions de négociation » dispose ainsi que « la négociation entre l'employeur et les élus ou les salariés de l'entreprise mandatés doit se dérouler dans le respect des règles suivantes : 1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur⁴ ; 2° Elaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs⁵ ; 3° Concertation avec les salariés⁶ ; 4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche »⁷.

plus de cinquante salariés, ne pouvait être désignée comme déléguée syndicale de cet établissement ; Cass. Soc. 29 avril 2009, D., 2009, p. 1421, obs. B. INES).

¹ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. soc.*, 2004, p. 613.

² Les acteurs sociaux ont dans ce sens affirmé dans la Position commune de 2008 la nécessaire réunion dans ces hypothèses de « conditions préservant l'esprit et la pratique de la négociation » (art 4-2-3).

³ Ces dispositions ne visent que les recours aux représentants élus et aux salariés mandatés. La négociation collective avec le RSS reste en marge de ce dispositif.

⁴ Cette règle fait écho aux dispositions légales interdisant le mandatement d'un salarié dont les fonctions peuvent être assimilées à celles de l'employeur ou qui a un lien de parenté avec l'employeur.

⁵ L'étroite association durant l'ensemble du processus de négociation entre l'employeur et les représentants élus ou les salariés mandatés est symptomatique de la conception syndicale de la négociation collective française. La loi semble en effet venir compenser l'absence directe des syndicats par une présence plus importante de l'employeur. On retrouve ici sans nul doute les traces du paternalisme à la française. Dans tous les cas, dans la pratique, la négociation portera sur un projet d'accord élaboré par l'employeur et présenté aux représentants des travailleurs.

⁶ Cette exigence qualifiée de « pertinente » par la doctrine (A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 676) prend une dimension particulière lors de la négociation par les salariés mandatés dont l'accord nécessite l'approbation des salariés (voir infra, n° 330). De manière générale, elle peut s'effectuer par l'organisation de réunions ou par la diffusion de notes informatives relatives à l'avancement des réunions. Même si l'association des salariés est en soi une mesure satisfaisante, force est de constater que, là encore, les salariés mandatés et les représentants élus sont soumis à un espèce de contrôle continu auquel échappe le DS.

⁷ Cette règle qui apparaît comme une évidence pour les salariés mandatés, constitue un rappel opportun aux représentants élus selon lequel les syndicats représentatifs au niveau de la branche demeurent une structure d'appui. Dans tous les cas, le dispositif prévoit que les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche dont relève l'entreprise doivent être informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations (articles L.2232-21, al. 2 relatif à la négociation avec les élus et L.2232-24, al.2 CT relatif à la négociation avec les salariés mandatés). Cette obligation prend une importance particulière lors de la négociation par les salariés mandatés permettant à un syndicat représentatif de la branche de prendre place dans le processus de négociation (pour approfondir, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 186).

225. En marge de ces règles dont la nécessité est incontestable mais dont l'opérativité reste incertaine¹, ces nouveaux acteurs disposent également de moyens qui visent à faciliter l'exercice de leur fonction de négociation. Ces moyens se traduisent alors par l'attribution d'un crédit horaire² mais également par l'accès à l'information nécessaire à la négociation. L'article L. 2232-27-1 CT énonce ainsi que « *les informations à remettre aux élus titulaires ou aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur* ». Cette disposition implique par conséquent la conclusion d'un premier accord de méthode qui vise à déterminer les informations nécessaires aux salariés pour négocier en connaissance de cause³. Elle s'inscrit en fait dans une ligne plus générale de promotion des accords de méthode, de procéduralisation de la négociation⁴.

2. L'intervention doublement limitée

226. L'absence de DS est indiscutablement la condition structurelle à l'intervention de la représentation élue du personnel en matière de négociation collective. Néanmoins, dès 1996, le dispositif légal a doublement réduit le cadre d'action des représentants élus. Cette double limitation vise d'une part, les objets

¹ Dans ce sens, la doctrine regrette que la loi d'août 2008 ait « *érigé cette charte éthique - ce discours sur la méthode - en règle de droit* » (A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 676) L'auteur évoque notamment les incertitudes quant à la sanction à appliquer en cas de manquement à l'une de ces règles « *dont la portée normative est inégale* ». La violation de l'une d'entre elles doit-elle aboutir automatiquement à la nullité de l'accord ou incombe-t-il au juge d'apprécier la portée et les conséquences de ce manquement ? L'ambiguïté coupable de la loi amène dans tous les cas, la jurisprudence à remplir un rôle important mais également difficile puisque la vérification de ces règles est en pratique extrêmement complexe. Se référant à l'obligation de l'employeur d'information des syndicats de la branche, certains auteurs estiment que sans être déclaré nul, l'accord pourrait être inopposable en tant qu'accord collectif. Néanmoins ils précisent « *qu'en raison de l'objet de ces négociations, les effets seront équivalents à une nullité, puisque la mise en œuvre de l'accord nécessaire pour l'application d'une disposition législative ne pourra valablement s'appliquer* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 186).

² Les salariés mandatés disposent de 10 heures par mois pour l'exercice de leurs fonctions (Art. L. 2232-25 CT ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 197). Dans le cas des représentants élus, ce crédit d'heures est identique mais il ne se confond pas avec leur crédit d'heures de droit commun correspondant à leurs fonctions traditionnelles de représentants élus (Art. L. 2232-24 CT). Ces deux articles prévoient cependant que ce crédit d'heures peut être augmenté si sont invoquées des « *circonstances exceptionnelles* » qui « *peuvent notamment être liées à l'extrême complexité de la ou des questions traitées* » (B. TEYSSIE, op. cit., p. 492 et 504) . Pour le RSS, aux termes de l'article L. 2142-1-3 CT, il dispose de 4 heures par mois pour exercer ses fonctions, dans lesquelles la négociation de convention n'est a priori pas incluse. Notons que dans les entreprises de moins de 50 salariés dans lesquelles le DP peut être désigné RSS, ce crédit d'heures n'est pas attribué (circ. DGT n°20 du 13 nov. 2008). Le DP exerce donc deux fonctions mais bénéficie uniquement du crédit d'heures correspondant à sa qualité de représentant élu.

³ La mise en oeuvre de cette exigence d'information peut s'effectuer à l'instar des dispositions de l'article L. 2232-30 CT relatif au droit commun de la négociation collective dans l'entreprise.

⁴ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 676.

susceptibles de négociation et dérive, d'autre part, de la préférence légale pour l'intervention des représentants syndicaux distincts du DS dans certaines hypothèses. Aujourd'hui, on note néanmoins un radoucissement du contenu de ces limitations. En effet, la loi de 2008 procède à un élargissement des objets susceptibles de négociations et consacre les représentants élus comme négociateurs préférentiels dans les entreprises dépourvues de DS de moins de 200 salariés.

a) Les objets de la négociation

227. Les procédures de négociation au sein des entreprises dépourvues de DS ne peuvent aboutir à la conclusion d'une convention collective qui engloberait toutes les matières relatives aux conditions d'emploi, de travail et de garanties sociales. En effet, dès la loi de 1996, le dispositif légal a limité les objets susceptibles de négociation dans ces procédures. L'article L. 2232-21 CT évoque ainsi la négociation et conclusion d'« *accords collectifs de travail* »¹. L'évolution des dispositifs légaux permet toutefois d'observer que la détermination des objets susceptibles de négociation s'est effectuée selon diverses modalités.

Avant d'aborder l'évolution de ces dispositifs, il importe de souligner que ce développement est totalement transposable à la négociation conduite par les salariés mandatés.

Aux termes de la loi de 1996, ces accords pouvaient être conclus « *pour la mise en œuvre des mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif* ». La généralité de cette formulation doit néanmoins être relativisée. En effet, cette modalité de négociation était parallèlement subordonnée à sa prévision dans un accord d'habilitation conclu au niveau de la branche et pour une durée limitée de trois ans². Celui-ci établissait alors le cadre général de la négociation avec ces nouveaux acteurs³.

¹ L'accord collectif de travail se distingue toutefois des accords d'entreprise instaurés en droit espagnol. (pour approfondir, voir infra, n° 743).

² Pour approfondir sur cette loi, J.M. VERDIER, « Négocier la représentation, quels agents, quels pouvoirs, quels statuts? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1040 ; P.H. ANTONMATTEI, « A propos du développement de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 167 ; J. SAVATIER, « Les contrats collectifs conclus par les salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », *Dr. soc.*, 1998, p. 330 ; M. MORAND, « Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise : le préalable de l'accord de branche », *TPS*, janvier 1997, p. 7.

³ Thèmes de la négociation, effectif maximal de l'entreprise, préférence aux salariés mandatés ou aux représentants élus.

Les lois de 1998 et 2000 dont l'objectif visait fondamentalement à faciliter l'adoption dans les entreprises d'accords relatifs à la mise en place des 35 heures¹, n'imposaient pas d'accord de branche préalable. Le recours à cette modalité n'était donc pas général et se limitait, par disposition légale, à la question de la réduction du temps de travail².

La loi de 2004 a considérablement ouvert le cadre d'intervention des représentants élus prévoyant qu'ils pouvaient « *négozier et conclure des accords collectifs de travail* »³. Cette indétermination des objets de la négociation élargit les thèmes abordés qui pouvaient se référer à l'ensemble des conditions de travail et d'emploi des salariés. Cette option légale renvoyait en réalité aux négociateurs de branche la détermination des objets de négociation⁴. En effet, la loi réintroduit l'accord d'habilitation de branche étendu⁵ qui déterminait les matières sur lesquelles pouvait porter la négociation dans les entreprises dépourvues de DS⁶. Cette modalité de négociation se déroulait donc sous le contrôle des syndicats. Néanmoins, une approche systématique conduit à souligner que la loi prédéfinissait de manière détournée les thèmes des négociations⁷.

Dans la pratique, les négociateurs de branche se sont montrés peu enclins à signer de tels accords. Dans ce cadre, le carcan conventionnel dans lequel la loi insérait

¹ Mais aussi à l'ouverture d'allègements des cotisations patronales.

² G. BELIER, « Les novations dans le droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1999, p. 1014 ; B. TEYSSIE, « Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », *D.*, 2004, chron., p. 2383.

³ La doctrine souligna que cet élargissement constituait « *le signe même de la reconnaissance de ces représentants comme agents à part entière de la négociation, en l'absence de délégués syndicaux* » (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 608).

⁴ La doctrine affirma justement que « *la branche était la figure clef* » du dispositif (A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 672).

⁵ Par conséquent conclu par les syndicats de salariés et les associations patronales représentatifs au niveau de la branche dont relève l'entreprise. Pour approfondir, J.M. OLIVIER, « Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés », in *Le nouveau droit de la négociation collective (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 65.

⁶ Dans le dispositif de 2004, la convention de branche agissait en réalité dans trois directions. Outre cette faculté d'autoriser la négociation dans les entreprises dépourvues de DS, la convention de branche pouvait décider de subordonner la validité de tous les conventions ou accords, conclus dans la branche ou dans les entreprises de la branche, à l'exigence majoritaire (voir infra, n° 312) et déclarer les dispositions conclues au niveau de la branche supplétives pour la convention ou l'accord d'entreprise (voir infra, n° 693).

⁷ Le raisonnement est alors le suivant : comme le souligne P. RODIERE, si un accord est conclu en marge des dispositions légales et conventionnelles qui encadrent l'intervention de représentants élus ou mandatés, l'accord est qualifié d'engagement unilatéral de l'employeur. « *Or, un engagement unilatéral de l'employeur ne peut déroger à la loi, même lorsque celle-ci autorise la dérogation par voie de négociation collective d'entreprise* ». Dès lors, les négociateurs de branche envisageaient essentiellement les matières susceptibles de dérogation afin de permettre leur négociation au sein d'entreprises dépourvues de DS. Pour les autres matières, le pouvoir de décision unilatéral de l'employeur se déployait pleinement (loc. cit., 2008, p. 13).

l'intervention des représentants élus, a largement bloqué le développement de ces modalités de négociation.

Ce constat explique alors les modifications apportées par la loi de 2008. Désormais, l'intervention des représentants n'est plus soumise à l'existence d'un accord de branche étendu prévoyant cette modalité de négociation¹. Le nouveau dispositif maintient toutefois une limitation des objets de négociation et prévoit que la négociation ne peut porter que « *sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* »². Dès lors, la branche ne peut plus restreindre, ni encadrer ni interdire la négociation avec les élus ou les salariés mandatés.

Dans la pratique, ce changement conduit néanmoins à un « *cantonement des thèmes négociables* »³ qui concernent essentiellement les questions relatives au temps de travail⁴. Il ressort, dans tous les cas, que la généralité de la formulation légale n'est pas gage de sécurité juridique. Les risques de contentieux relatifs à la détermination du contenu de l'accord et à son éventuel dépassement du champ de ces mesures sont en effet prévisibles et appelleront vraisemblablement l'intervention des juges⁵.

¹ Il convient cependant de préciser que la loi de 2008 prévoit expressément le maintien en vigueur des accords d'habilitation conclus avant l'entrée en vigueur de la loi au 1^{er} janvier 2010 (article 14 de la loi). Ces accords continuent par conséquent « *de produire leurs effets* » ce qui aboutit à l'existence de deux dispositifs encadrant le recours aux représentations élues (mais également aux salariés mandatés). Voir A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 672.

² Notons d'une part, que cette formulation se rapproche de celle employée dans la loi expérimentale de 1996 dans laquelle était néanmoins exigé un accord d'habilitation. D'autre part, le dispositif issu de la loi de 2008 exclut de manière explicite la négociation des accords mentionnés à l'article L. 1233-21 CT, c'est-à-dire les accords dits de méthode, dérogeant aux règles ordinaires de consultation des représentants du personnel lors d'une procédure de licenciement économique (on retrouve la même exclusion lorsque négocient les salariés mandatés, voir supra, n° 174).

³ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 673.

⁴ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 673. L'auteur, tout en estimant que « *le champ d'intervention n'est pas négligeable, compte tenu des progrès de la politique conventionnelle* », souligne cependant que, depuis la loi de 1996, la question du temps de travail a guidé toutes les réformes relatives à la négociation avec les représentants élus ou mandatés évoquant ainsi la « *négociation instrumentalisée portant sur le temps de travail* ». Dans le même sens, P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 14. Nous verrons plus loin l'impact de la question de la flexibilité du temps de travail sur le contenu des conventions collectives (voir infra, n° 412, 712).

⁵ Notamment en ce qui concerne le contenu des contreparties proposées par l'employeur, spécialement lorsque l'objet est la flexibilité du temps de travail (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 199). Cette question renvoie plus généralement aux problématiques relatives aux relations entre la loi et la négociation collective et à l'essor des négociations donnant-donnant (voir infra, n° 432).

b) L'intervention préférentielle des RSS en fonction de l'effectif de l'entreprise

228. L'instauration simultanée des représentants élus et des salariés mandatés a dès la loi de 1996, conduit à envisager les mécanismes d'articulation entre ces deux voies de négociations subsidiaires.

La loi de 1996 reste muette en la matière et n'organise aucune préférence entre le recours aux représentants élus et les salariés mandatés¹. Les lois de 1998 et 2000 ont par contre opté pour une préférence au recours au mandatement syndical. Les représentants élus intervenaient de manière subsidiaire². La loi de 2004 opère un virage radical en accordant clairement la préférence aux représentants élus. Le mandatement syndical peut donc être mis en œuvre uniquement lorsqu'une entreprise est dépourvue de toute représentation, syndicale et élue. Il convient alors de relever qu'au sein même de la représentation élue, une préférence pour les élus au comité d'entreprise ou pour la délégation unique du personnel est établie. En effet, les DP sont amenés à conduire la négociation uniquement « à défaut » de ces représentants³. La loi de 2008 a reconduit cette préférence dans les mêmes conditions⁴. Néanmoins, celle-ci fixe un plafond et énonce que l'intervention des représentants élus n'est possible que dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 200 salariés. Cette option doit alors être connectée avec la création du RSS.

¹ P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1997, p. 165 ; C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, Paris, LGDJ, 2006, p. 229, note 99.

² Le régime juridique du mandatement faisait également l'objet de plusieurs précisions. Seuls les syndicats reconnus représentatifs sur le plan national interprofessionnel pouvaient mandater un salarié dont le statut légal était de plus précisé. Pour approfondir, S. JULLIOT, « Les turbulences au sein du double canal de représentation en France », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, PU de Saint Etienne, 2005, p. 175 ; G. BELIER, loc. cit., 1999, p. 1014 ; B. TEYSSIE, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 2383.

³ Une controverse doctrinale portait lors de la loi de 2004 sur l'intervention des élus suppléants. La négociation et la conclusion de l'accord étaient-elles réservées aux seuls représentants élus titulaires ? Les dispositions de la loi de 2008 ont permis de résoudre certaines incertitudes relatives à l'intervention des suppléants prévoyant sans ambiguïté que l'accord est conclu par les « *membres titulaires élus* », excluant ainsi l'intervention des suppléants (art. L. 2232-22, al. 1 CT). On peut toutefois soutenir que les termes généraux relatifs à la procédure de négociation n'empêchent pas l'intervention des représentants suppléants et titulaires, dans le même esprit que lors des réunions du comité, dans lesquelles les suppléants assistent mais ne participent pas aux votes (voix consultative ; art. L.2324-1, al. 2 CT). Pour une position favorable à l'exclusion des suppléants « *à quelque stade que ce soit* » (B. TEYSSIE, op. cit., p. 491). Dans tous les cas, l'article L. 2232-23 CT dispose que le crédit d'heure pour négocier est attribué à « *chaque élu titulaire appelé à participer à une négociation en application de l'article L. 2232-21....* ». Si le dispositif légal n'écarte pas expressément les élus suppléants de l'accès à la négociation, force est cependant de constater qu'il ne le favorise pas.

⁴ Art. L. 2232-24 CT.

Lorsque l'entreprise est composée de plusieurs établissements, « *le texte n'établissant pas d'équivalence entre l'entreprise et l'établissement, contrairement à bien d'autres dispositions de la loi* », l'appréciation de ce seuil d'effectif doit porter sur la globalité de l'entreprise¹. Dès lors, lorsque l'entreprise compte plus de 200 salariés, l'employeur ne peut négocier avec les élus.

229. Dans les entreprises de plus de 200 salariés, le recours au salarié mandaté, « *puisque'il n'est pas tributaire d'un effet de seuil* »² pourrait compenser l'exclusion des représentants élus. Néanmoins, son action est paralysée par la présence plus que probable de représentants élus³. La loi, en écartant la négociation avec les représentants élus et en limitant l'intervention du salarié mandaté aux cas de carence totale de représentation, aboutirait alors à paralyser la mise en œuvre d'un processus de négociation dans les entreprises de plus de 200 salariés dépourvues de DS et dotées de représentants élus. Le RSS vient en définitive débloquent cette situation.

On peut légitimement se demander, dans un souci de cohérence, pourquoi le dispositif légal prévoit la mise à l'écart de la représentation élue dans les entreprises de plus de 200 salariés et plus loin, celle du ou des salariés mandatés⁴ et introduit, au contraire, un nouveau négociateur dans un système dont la complexité était déjà suffisamment démontrée⁵. Force est alors de constater que l'intervention du RSS dans les entreprises de plus de 200 salariés démontre la vigueur de la défiance du droit français envers la représentation élue. L'importance de l'effectif de l'entreprise semble ainsi justifier le retour des syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel par l'intermédiaire de leurs affiliés. L'esprit de la loi de 2008 s'est donc tout simplement évaporé⁶. Toutefois, ce mécanisme sera vraisemblablement peu mis en œuvre dans la pratique en raison de la probable présence de DS dans une

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 185.

² A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 678

³ Dans une entreprise de plus de deux cents salariés dans laquelle n'existe aucun représentant élu, le salarié mandaté peut alors intervenir. Sans être une hypothèse de laboratoire, on peut toutefois considérer que cette situation ne se produira que rarement dans la pratique. Le Professeur MAZEAUD évoque dans ce sens une situation « *improbable* » (loc. cit., 2009, p. 678).

⁴ Dans un autre ordre d'idée, le Professeur MAZAEAUD estime « *qu'il eût été plus simple de dire franchement qu'en ce cas la négociation s'engage avec un mandataire syndical désigné par une organisation syndicale représentative dans la branche, faute de pouvoir opter en faveur de l'alternative principale* », c'est-à-dire, la représentation élue (loc. cit., 2009, p. 678). Voir également sur ce point, M. A. SOURIAU ROTSCHILD, loc. cit., 2009, p. 23.

⁵ Dans ce sens, M.A. SOURIAU, loc. cit., 2009, p. 23.

⁶ Cela confirme dans tous les cas que les grandes entreprises bénéficient d'un traitement particulier et d'une attention spécifique du droit.

entreprise de plus de 200 salariés. Ce seuil constitue dans tous les cas, une barrière légale à l'intervention des représentants élus mais également politique qui illustre les divergences entre le droit espagnol et le droit français quant à la capacité conventionnelle de la représentation élue.

230. Dans les entreprises de moins de 200 salariés, les représentants élus bénéficient au contraire d'une préférence légale par rapport au mandatement syndical¹. Le caractère subsidiaire du recours aux salariés mandatés marque incontestablement une nouvelle tendance du droit français qui tend à renforcer le rôle de la représentation élue. Le rapprochement avec le droit espagnol est dans ce sens indubitable.

La loi de 2008 opère en définitive une normalisation du recours à la représentation élue qui se convertit en agent de négociation préférentiel dans les petites et moyennes entreprises, au détriment de l'intervention des salariés mandatés et donc du syndicat. La préférence légale pour les représentants élus a néanmoins suscité quelques interrogations. D'une part, leur intervention reste entachée par les doutes sur l'existence d'une situation d'équilibre dans la négociation². D'autre part, l'intervention du salarié mandaté confère automatiquement « *une nature syndicale à l'accord conclu* »³ conformément à l'esprit du dispositif français dans lequel le Conseil constitutionnel a rappelé la « *vocation naturelle* » des syndicats de représenter et défendre les intérêts des salariés lors d'une procédure de négociation collective⁴. Plus loin, certains auteurs ont estimé que le monopole de la représentation élue peut être contesté au regard de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil Constitutionnel en 1996 qui affirmait que l'intervention des représentants élus ne peut avoir « *ni pour objet ni pour effet de*

¹ Nous avons considéré antérieurement que le RSS ne peut négocier dans ces entreprises. Le Professeur BORENFREUND souligne justement que « *la condition de RSS passe au second plan derrière celle d'élue du personnel ou de salarié mandaté* » (loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 704). Voir supra, n° 175.

² L'indépendance des représentants élus et leur capacité réelle d'assurer un contre-pouvoir effectif face au chef d'entreprise a ainsi été mise en doute par la doctrine (voir par exemple, M.A SOURIAC et G. BORENFREUND, loc. cit., 2001, p. 207).

³ C. FOURCADE, op. cit., p. 229 ; P. RODIERE, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social », *SSL*, 2003, n° 1148, p. 4 ; J.M. OLIVIER, loc. cit., 2004, p. 61.

⁴ DC n° 96-383 du 6 nov. 1996, déjà citée. Le mandatement syndical demeure en effet l'option la plus conforme à l'esprit du dispositif français (dans ce sens, B. MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective, à propos de la décision du Conseil Constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.*, 1997, chron., p. 154 ; M.C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, loc. cit., p. 367, pour qui le mandatement syndical « *permet de développer la négociation collective avec l'employeur sans remettre en question le principe essentiel que constitue le monopole syndical* ». Sur cette discussion, J.M. VERDIER, « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS, Droit et justice*, Ed. Pedone, 1999, p. 607.

faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives »¹. Selon eux, il ressort de l'article L. 2231-2 CT, qui est « applicable à tous les niveaux de négociation collective », que l'absence de DS ne devrait pas obligatoirement faire obstacle à l'intervention d'une organisation syndicale représentative et ne devrait pas conduire automatiquement à l'entrée en scène des représentants élus².

Quoi qu'il en soit, les juges constitutionnels n'ont pas été saisis de cette question concrète lors de l'examen de constitutionnalité des lois de 2004 et 2008. Le recours préférentiel à la représentation élue est donc pleinement admis en droit positif.

231. Les différentes solutions permettant d'encadrer l'intervention des négociateurs subsidiaires se retrouvent par ailleurs dans les différentes formulations employées par la loi. En effet, les représentants élus négocient « *en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement* », les salariés mandatés « *dans les entreprises dépourvues de DS et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel* » et le RSS « *lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement* ». La carence au premier tour explique l'absence de DS empêchant la mesure de la représentativité syndicale et sous-entend l'existence de représentants élus au deuxième tour qui exclut l'intervention des salariés mandatés.

3. L'entrée en vigueur des procédures de négociations subsidiaires

232. Conformément à la logique générale de la loi de 2008, l'application des nouvelles règles relatives aux procédures de négociations subsidiaires est néanmoins soumise aux termes de l'article 14 de la loi à une période de transition et, spécificité de la matière, à l'absence de convention d'habilitation.

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 182.

² Aux termes de l'article L. 2231-2 CT, les « représentants » des organisations représentatives peuvent agir « *en vertu soit d'une stipulation statutaire* », « *soit d'une délibération spéciale* », « *soit de mandats spéciaux écrits* ». Dès lors, une organisation syndicale représentative pourrait s'appuyer sur cette disposition pour conduire une négociation à travers d'autres représentants que le DS. Cette position est toutefois restreinte à l'hypothèse dans laquelle l'absence de DS peut être constatée alors même qu'ont pu être déterminés les syndicats représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement.

En ce qui concerne les représentants élus et les salariés mandatés, cet article prévoit que « *l'article 9 [relatif aux modifications des règles de négociations subsidiaires] s'applique à compter du 31 décembre 2009 pour toutes les entreprises dépourvues de délégué syndical qui ne relèvent pas d'une convention de branche ou d'un accord professionnel* ». A l'issue de cette période de transition durant laquelle de nombreuses difficultés étaient détectées¹, le nouveau dispositif s'applique à condition qu'aucun accord d'habilitation de branche n'ait été conclu. En effet, dans cette hypothèse, l'article 14 prévoit que « *les conventions de branche ou accords professionnels conclus en application des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi continuent de produire leurs effets pour toutes les entreprises comprises dans leur champ, quel que soit leur effectif* ».

L'entrée en vigueur des dispositions relatives au RSS est fixée au 1^{er} janvier 2010². Cependant au delà de cette date, le RSS ne peut pas intervenir lorsque s'applique un accord d'habilitation de branche conclu sous l'empire de la loi de 2004 puisqu'aucune condition relative à l'effectif de l'entreprise ne conditionnait l'intervention des représentants élus ou des salariés mandatés³.

233. Pour conclure, on peut estimer que la loi était amenée, à court ou moyen terme, à permettre la réalisation effective du droit des salariés à la négociation collective

¹ La circulaire du 13 novembre 2008 prévoit en effet qu' « *en attendant le 31 décembre 2009, la négociation [avec des salariés mandatés ou avec des élus du personnel], ne peut se faire que dans les entreprises qui relèvent d'accords étendus qui ont prévu cette négociation spécifique, conformément aux dispositions antérieures de la loi du 4 mai 2004* ». Durant l'année 2009, le recours aux représentants élus ou aux salariés mandatés n'est donc possible que dans les entreprises qui sont soumises à un accord d'habilitation qui autorise et encadre la négociation avec ces négociateurs (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 666). Une discussion doctrinale a alors eu lieu quant à la possible intervention du RSS (voir note suivante).

² Néanmoins, avant cette date, c'est-à-dire du 21 août 2008 au 31 décembre 2009, compte tenu que le nouveau dispositif relatif à l'intervention des salariés mandatés ou des représentants élus n'était pas encore appliqué (il entrerait en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2010, voir note antérieure), certains auteurs affirmaient que si aucun accord d'habilitation n'est applicable, le RSS pouvait intervenir. Selon cette position, l'impossibilité des acteurs subsidiaires traditionnels de négocier aurait conduit à l'impossibilité de mettre en oeuvre un processus de négociation durant l'année 2009. En faveur de cette position, il convient de souligner que la négociation avec le RSS est techniquement possible puisque les conditions relatives aux conditions de conclusions et de validité de l'accord conclu dans cette hypothèse sont applicables à partir du 1^{er} janvier 2009 (voir infra, n° 333). La circulaire du 20 novembre 2008 appuie également cette position prévoyant qu' « *à titre transitoire, jusqu'au 31 décembre 2009* », le RSS peut négocier en cas d'absence de convention de branche d'habilitation (A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 678 ; J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 664 ; G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2009, p. 704, note 43. Contre, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 192). Pour approfondir sur cette question, L. FLAMENT, « 2009, année noire de la négociation collective », *JCP S*, 2008, p. 1667.

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 193.

qui n'était que partiellement garanti par la seule intervention du DS. Le Conseil constitutionnel a alors posé un cadre à ces nouvelles formules de négociation rappelant la « *vocation naturelle* » des syndicats pour représenter et défendre les intérêts des salariés dans la négociation collective. Le caractère subsidiaire de l'intervention de ces négociateurs hors DS est ainsi en parfaite adéquation avec les réserves formulées par les juges constitutionnels. Néanmoins, parmi ces négociateurs subsidiaires, force est de constater que la loi s'est orientée vers la promotion des représentants élus au détriment des représentants syndicaux hors DS. L'intervention des RSS dans les entreprises de plus de 200 salariés, reste en effet hypothétique.

Les motivations qui guident l'ensemble du dispositif semblent toutefois poursuivre d'autres objectifs. En effet, d'un point de vue plus pragmatique, on observe que l'essor de ces négociateurs subsidiaires a constitué le corollaire du développement de la politique de flexibilisation du temps de travail. Cette considération amène alors à souligner deux points caractéristiques du dispositif français. D'une part, les objets de négociations lorsqu'interviennent les représentants élus ou les salariés mandatés, sont réduits et délimités par la loi. Dans ce cadre, on parle d'accords collectifs et non pas de conventions collectives. D'autre part, reprenant les propos du Professeur MAZEAUD, même si un syndicat peut être à l'origine du processus de négociation, « *il est symptomatique que, tant dans la Position commune que dans la loi, le scénario s'engage sur l'initiative de l'employeur [...]. C'est bien lui qui est le principal décideur de négociations, dans la mesure où l'accord d'entreprise doit permettre d'assurer une certaine flexibilité du temps de travail* »¹. La réalisation du droit des salariés à la négociation collective semble dès lors constituer une justification plutôt qu'une motivation.

Une dernière considération doit toutefois être formulée. L'ensemble de ces propos est en effet limité à la procédure de négociation et de conclusion de l'accord menée par les négociateurs subsidiaires, sans préjudice des conditions de validité de l'accord qui soumettent son application à des exigences supplémentaires qui permettent l'intervention des syndicats ou des salariés de l'entreprise².

¹ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 674. En effet aux termes des articles L.2232-21, al. 2 et L.2232-24, al.2 CT, « *les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations* ».

² Voir infra, n° 326 s.

Conclusion § 2

234. L'intervention des représentants élus des salariés de l'entreprise en matière de négociation collective a constitué en Espagne une évidence lors de la transition démocratique afin d'assurer le passage du syndicalisme vertical de la dictature franquiste à la consolidation d'un système de relations professionnelles démocratique. Trois aspects caractéristiques du droit espagnol doivent alors, selon nous, être relevés. D'une part, les organes de représentations unitaires excluent la présence du chef d'entreprise, ce qui conduit à envisager ces organes de représentation comme de véritables interlocuteurs au sein de l'entreprise. D'autre part, la syndicalisation de ces organes permet d'ôter en grande partie les doutes inhérents à l'indépendance de la représentation élue¹. Enfin, la capacité de négociation est reconnue pleinement aux représentants unitaires qui peuvent négocier de véritables conventions collectives d'entreprises relatives à l'ensemble des conditions de travail et ce, sans limitation d'objets. Au regard de ces considérations, la réforme de 2011 qui attribue une préférence aux sections syndicales si celles-ci le désirent, apparaît fort surprenante.

Force est alors de constater que le postulat de départ du droit français est par nature différent. Tout d'abord, l'intervention des représentants élus n'exclut pas automatiquement celle de négociateurs syndicaux distincts du DS. Il convient toutefois de souligner la préférence actuelle pour les représentants élus. Leur mise à l'écart dans les entreprises comptant au moins 200 salariés peut néanmoins laisser perplexe, notamment les commentateurs étrangers. Ensuite, leur intervention est restreinte à la conclusion d'accords collectifs qui portent sur des matières déterminées et désormais fixées par la loi. Enfin, l'élément différenciateur fondamental des deux dispositifs réside dans le caractère subsidiaire de leur intervention qui reste soumise à l'absence de DS dans une entreprise. La reconnaissance d'une capacité conventionnelle générale aux représentants élus reste ainsi une hypothèse difficilement réalisable en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui rappelle « *la vocation naturelle* » des syndicats à négocier et du contenu des normes internationales qui convertissent les syndicats en négociateurs de référence.

Ce dernier point nous conduit alors à souligner comment les deux dispositifs qui rejettent tous deux le monopole syndical en matière de négociation collective,

¹ On pourrait presque estimer que la syndicalisation du comité d'entreprise aboutit dans la pratique à la constitution d'une délégation unique du personnel.

aboutissent néanmoins à des modèles différents qui s'avèrent être en définitive les produits de deux évolutions historiques distinctes. La préférence syndicale semble toutefois constituer une variable clef conduisant, depuis la réforme de 2011, à un rapprochement, pour le moins au niveau de la théorie, des deux droits.

CONCLUSION SECTION II:

235. L'analyse des négociateurs au niveau de l'entreprise et de l'établissement a tout d'abord permis de mettre en exergue la compétence duale et alternative des représentations unitaires et syndicales dans l'entreprise en droit espagnol qui se différencie profondément de la prédominance syndicale via le DS en droit français. Celle-ci convertit alors en subsidiaire l'intervention des représentants élus auxquels sont de plus préférés, dans les entreprises de plus de 200 salariés, des représentants de syndicats qui ne sont pas nécessairement représentatifs dans l'entreprise.

Le deuxième aspect marquant réside dans les règles relatives à l'identification des représentants syndicaux. En France, le syndicat demeure l'acteur central du processus de négociation. Le DS n'est que l'instrument du syndicat qui reste par conséquent étroitement lié à la procédure de négociation¹. Le droit espagnol place au contraire, au centre du processus de négociation les salariés affiliés via les sections syndicales. La prise en compte du syndicat intervient toutefois en amont pour leur attribuer un droit à la négociation collective statutaire. En effet, cette différence entre les acteurs syndicaux n'élide pas la question d'une procédure de sélection des syndicats. Sur ce point, depuis la réforme française de 2008, il est tout d'abord possible d'affirmer que dans les deux pays, les syndicats doivent compter sur une section syndicale composée d'au moins deux salariés affiliés dans l'entreprise. Cette exigence préalable est néanmoins commune à la mise en œuvre des prérogatives syndicales basiques. En matière de négociation collective, les deux droits ont ainsi prévu des exigences supplémentaires qui ne présentent pas la même teneur. Alors qu'en France, le syndicat doit être représentatif dans l'entreprise, qualité qui ne sera reconnue que par une audience électorale d'au moins 10% au premier tour des dernières élections professionnelles dans l'entreprise, le droit espagnol, reconnaît quant à lui, aux sections

¹ Dans ce sens, il est intéressant de noter que la section syndicale n'est jamais sollicitée par le droit français en matière de négociation collective. Les figures du salarié mandaté et du RSS permettent au contraire au syndicat de maintenir un lien fort avec le sujet chargé de conduire la négociation.

syndicales des syndicats plus représentatifs mais également à celles des syndicats qui comptent sur au moins un représentant élu, la légitimation initiale pour accéder à un processus de négociation statutaire.

Il ressort ainsi du dispositif espagnol qu'une section syndicale d'un syndicat plus représentatif peut a priori participer à la négociation d'une convention statutaire alors même que le syndicat dont elle émane n'est pas réellement implanté au niveau de l'entreprise¹. En France au contraire, la réforme de 2008 a fortement renforcé les conditions d'intervention des syndicats en matière de négociation collective d'entreprise. L'intensité de cette divergence doit cependant être relativisée par le sens et la portée de la notion de légitimation en droit espagnol qui convertit cette présélection des sections syndicales en une étape nécessaire à l'identification des négociateurs syndicaux mais pas décisive.

¹ En effet, l'existence de deux affiliés ne peut se considérer comme un gage d'implantation réelle.

CONCLUSION CHAPITRE I

236. L'option méthodologique qui consistait à identifier les acteurs susceptibles de négocier une convention collective, en distinguant le niveau de l'entreprise et le niveau sectoriel, a tout d'abord permis de mettre en exergue le rôle des représentants élus en Espagne qui se présentaient avant la réforme de 2011, comme les négociateurs de référence au niveau de l'entreprise.

Elle s'est de plus révélée pertinente lorsque la négociation est conduite par un sujet syndical. Centrant alors l'analyse sur la notion de représentativité, les dispositifs espagnol et français ont en effet permis de souligner que cette notion est hétérogène et modelable. Reprenant les propos du Professeur VALDÉS DAL-RÉ, « *la représentativité est une notion polysémique susceptible de revêtir divers sens ; au moins les deux suivants. La représentativité peut être entendue premièrement comme un moyen pour accréditer la capacité de représentation des intérêts d'un groupe de travailleurs de sorte que le syndicat représentatif équivaut au syndicat doté de capacité d'exercice de l'action syndicale. Mais la représentativité peut être employée en second lieu, comme un instrument de sélection d'organisations syndicales entre elles, de sorte que le syndicat représentatif ne renvoie plus à la capacité d'exercice de l'action syndicale mais à une meilleure et plus efficace capacité par rapport aux autres syndicats* »¹. Alors que le droit espagnol s'est, à partir de la LOLS, inscrit clairement dans le second sens, la conception unitaire de la représentativité a amené le droit français à s'orienter vers le premier. La réforme opérée en France en 2008 a néanmoins profondément bouleversé cette donne, spécialement au niveau de l'entreprise. En effet, la capacité d'exercice de l'action syndicale n'est plus réservée uniquement aux syndicats reconnus représentatifs mais est reconnue également aux « *syndicats libres* ».

En matière de négociation collective, la polysémie de la notion de représentativité se retrouve par rapport aux fonctions et aux prérogatives qui lui sont attachées. En France, la représentativité des négociateurs est une condition structurelle de la convention collective qui permet directement à un syndicat de négocier une convention régulée par le Code du Travail. En Espagne, la mise en œuvre d'un processus de négociation n'est pas liée automatiquement au caractère représentatif du

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1993, p. 92.

syndicat mais dépend de sa légitimation. La représentativité est alors un instrument permettant d'acquérir la légitimation initiale, première étape de la reconnaissance de la légitimation pleine de négociation, elle-même nécessaire pour négocier effectivement une convention collective régulée par le Statut des Travailleurs.

237. La notion de légitimation permet alors de comprendre l'existence en droit espagnol de plusieurs mécanismes de sélection des sujets syndicaux habilités à négocier en fonction du niveau considéré.

Au niveau sectoriel, la représentativité est, comme en France, la qualité incontournable qui permet à un syndicat d'accéder à la négociation. Elle se mesure dans les deux systèmes par l'audience électorale qui constitue le critère unique de mesure en Espagne et le critère décisif en France. Il convient alors de noter que même si le droit français se rapproche du droit espagnol, les modalités d'appréciation de ce critère varient fortement. Alors que le droit espagnol s'appuie sur une légitimité électorale en mesurant la représentativité par rapport au pourcentage de représentants élus, le droit français se réfère au pourcentage de suffrages obtenus au premier tour des élections professionnelles. Outre les carences propres à ce scrutin électoral qui sont patentées en France comme en Espagne, l'option retenue par le dispositif français dans lequel l'éventuelle célébration d'un second tour peut court-circuiter la véracité et la légitimité des résultats du premier tour, amène à se demander si la réforme de 2008 permet réellement de renforcer la légitimité des syndicats. Souhaitons alors que les nouveaux critères de représentativité modifie la perception des salariés envers les élections professionnelles qui, afin de rendre crédible et fonctionnelle la réforme, devraient se transformer en véritables « élections syndicales » comme en droit espagnol. Dans tous les cas, le discours des responsables politiques français qui se targuaient de procéder à « *une réforme historique par laquelle la France, après l'Espagne, fondera la représentativité des syndicats sur l'élection* »¹ s'avère simpliste et caricatural puisque, comme le souligne le Professeur MAZEAUD, on ne doit pas confondre « *la légitimité électorale avec l'audience syndicale* »².

Aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement, le droit espagnol rompt l'homogénéité de l'appréciation de la représentativité des syndicats quel que soit le

¹ Paroles prononcées par le Ministre du travail lors des débats parlementaires (Ass. Nat. Séance du 1^{er} juill. 2008).

² Loc. cit., 2009, p. 670.

niveau et prévoit un mécanisme spécifique, la présence dans les organes de représentation unitaire de l'entreprise. Même si au fond, la sélection du syndicat est appréciée par son audience électorale, il s'agit d'une adaptation permettant de prendre en compte les particularités du niveau de l'entreprise et d'ouvrir l'éventail des syndicats dont les sections syndicales peuvent participer à la négociation. Le droit français se différencie alors doublement de cette pertinente singularité espagnole en maintenant un seuil apprécié en pourcentage qui est de plus, plus élevé qu'au niveau sectoriel.

238. Une dernière remarque relative à la technique de l'irradiation doit être formulée et vise à regretter le manque de discernement et de cohérence du législateur français. D'une part, en fondant la réforme de la représentativité syndicale sur le droit à la négociation collective, la loi de 2008 conduit à ne plus permettre aux syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel de disposer automatiquement dans toutes les entreprises d'un représentant (le DS), doté de moyens d'action pour garantir la cohérence du mouvement syndical et la défense des intérêts des salariés. D'autre part, le législateur semble avoir oublié que la représentativité des centrales syndicales se fonde désormais sur la volonté des salariés et non plus sur un acte administratif élaboré il y a plus de 50 ans. Enfin, en matière de négociation collective, il est incontestable que la fonction attribuée à la représentativité syndicale associée au caractère irréfragable de la présomption de représentativité aboutissait à une situation peu satisfaisante. Néanmoins, il ressort de la réforme de 2008 que, désormais, la représentativité n'est plus une condition suffisante pour conclure une convention collective valide. Son champ d'action est restreint à la phase de négociation qui n'engage en rien la collectivité des travailleurs.

239. L'analyse des conditions de négociation et de conclusion des conventions collectives, notamment par la mise en œuvre de l'exigence majoritaire permettra alors de souligner que la réforme de 2008 s'est trompée d'objectif, confondant représentativité syndicale et capacité conventionnelle alors même qu'existaient tous les ingrédients pour établir un dispositif combinant droit syndical et droit à la négociation collective. La notion espagnole de légitimation pleine de négociation, tout en constituant une notion distincte et propre au droit espagnol, permettra alors de renforcer ces propos.

CHAPITRE II : L'APPUI DE L'EXIGENCE MAJORITAIRE

240. Les développements antérieurs nous ont permis de souligner que le concept de représentativité est un instrument qui permet d'effectuer une présélection des syndicats qui interviennent dans un processus de négociation et de conclusion d'une convention collective. Cependant, il ne peut à lui seul garantir que la convention, produit de ce processus, possède un lien fort entre ses négociateurs et ses destinataires. La légitimité de la convention passe alors par l'introduction de l'exigence majoritaire qui permet, dans un deuxième temps, d'assurer la connexion entre représentés et représentants¹. Incontestablement, l'idée majoritaire se présente comme un correctif, un complément à la qualité de représentatif en matière de négociation collective.

La mise en œuvre de l'exigence majoritaire peut toutefois intervenir à des moments différents et revêtir différentes formes. En effet, la majorité peut être appréciée avant le début des négociations, lors de la conclusion de l'accord et même, de manière indirecte, postérieurement à sa conclusion. Selon le moment d'appréciation, elle peut consister à exiger que la majorité des salariés affectés soit représentés par les négociateurs de la convention ou par les signataires de la convention. Dans ces deux modèles, il s'agit d'une majorité d'engagement qui intervient préalablement à la conclusion de la convention². La majorité peut également s'apprécier postérieurement à sa conclusion par rapport aux non-signataires qui, s'ils représentent la majorité des salariés affectés, peuvent bloquer l'application de la convention conclue par des signataires minoritaires. On parle alors de majorité d'opposition³. Indépendamment du moment d'appréciation, la majorité peut enfin être appréciée au travers de l'intervention directe des salariés à un moment du processus de négociation. En ce qui concerne le critère qui permet de mesurer la majorité, l'audience électorale constitue, sans nul doute, la base de calcul la plus satisfaisante. Néanmoins, d'autres options existent. Il est en effet possible de prévoir une majorité arithmétique appréciée par rapport aux syndicats représentatifs signataires.

L'exigence majoritaire offre ainsi plusieurs options de mise en œuvre. Son application reste néanmoins toujours conditionnée à une même problématique soulignée

¹ Dans ce sens, « *la règle majoritaire réduirait la distance entre la volonté de la collectivité salariée et les actes émanant de ses représentants* » (L. BONNARD-PLANCKE, « Convention collective et collectivité de travail: Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.*, 2005, p. 867).

² Dénommée également majorité d'adhésion ou d'assentiment.

³ Dénommée également majorité de refus ou d'anéantissement.

par le Professeur SUPIOT : « *comment tout à la fois, assurer une représentation fidèle de la diversité des opinions et des aspirations des salariés, et donner forme à la volonté de la majorité d'entre eux face aux employeurs ?* »¹. Sa finalité demeure dans tous les cas de garantir une légitimité importante à la convention qui dépasse le cadre de ses négociateurs.

241. L'analyse comparée des dispositifs espagnol et français s'avère extrêmement pertinente à deux points de vue. D'une part, d'un point de vue technique, elle offre l'opportunité d'aborder deux options légales bien distinctes. En effet, le droit espagnol a, dès la promulgation de l'ET, établi une double exigence de majorité, préalablement au début des négociations afin de reconnaître la légitimation pleine ou de négociation aux négociateurs, et lors de l'adoption de l'accord afin d'apprécier la légitimation de décision². En droit français, l'exigence majoritaire a été peu à peu introduite, revêtant au fil des différentes réformes diverses configurations. Aujourd'hui, elle s'apprécie au moment de la conclusion de la convention et conditionne sa validité³.

D'autre part, d'un point de vue systématique, le droit espagnol permettra de mettre en exergue la radicalité de la réforme française de la représentativité syndicale, qui n'a pas su, selon nous, utiliser les instruments légaux préexistants à sa disposition pour concilier un syndicalisme fort et une convention collective légitime.

¹ A. SUPIOT, loc. cit., 1994, p. 66.

² Nous avons déjà signalé brièvement que cette troisième catégorie de légitimation bien qu'expressément reconnue par la jurisprudence (STCT du 29 mars 1989, Ar/152 ; STS du 23 nov. 1993, Ar/8932 ; STS 24 mars 1995, Ar/2183 ; STS 19 sept. 2001, Ar/10021) ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Certains auteurs affirment qu'elle « *pourrait, au sens strict, ne pas être une exigence de légitimation* » (C.L. ALFONSO MELLADO y G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 69. Voir également M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 146; F. VALDÉS DAL-RÉ, « *La reforma de la reglas de legitimación negocial* », *RL*, 1994-I, p. 71). Néanmoins, reprenant les propos de la jurisprudence selon lesquels « *dans la négociation collective entrent en jeu trois types distincts de légitimation : une qui habilite pour négocier, une autre qui donne la capacité pour constituer la commission de négociation et enfin, celle qui est exigée pour valider les accords* » (STS du 24 mars 1995, Ar/2183), nous considérons que les règles relatives à l'adoption de l'accord constituent une troisième étape permettant de remplir les conditions de légitimation et correspondent à la dénommée « *légitimation de décision* » (dans ce sens, voir R. MARTÍNEZ EMPERADOR, loc. cit., 1992, p. 65 et 81 ; A. DESDENTADO et B. VALDÉS, *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Un análisis de jurisprudencia*, Madrid, Trotta, 1998, p. 41). Un secteur doctrinal évoque, en marge de la question de la légitimation, les « *garanties subjectives* » applicables aux conventions d'efficacité générale qui permettent de définir les sujets légitimes pour promouvoir et mettre en oeuvre la négociation (art. 87 et 88.1 ET) et de fixer les règles permettant la validité de la formation de la volonté négociatrice (art. 89.3 ET) (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los sujetos de los convenios de empresa*, Madrid, MTSS, 1985, p. 59).

³ Effectuant une transposition par rapport au droit espagnol, il s'agirait d'un type de légitimation de décision.

Cette grille de réflexion initiale nous conduit donc à aborder dans un premier temps, la configuration de l'exigence majoritaire en droit espagnol avant de s'attacher à celle établie en droit français.

SECTION I : L'exigence majoritaire comme condition de validité de la négociation et de la conclusion d'une convention statutaire en Espagne

242. L'exigence majoritaire est érigée en droit espagnol en condition préalable, nécessaire et indispensable au commencement des négociations. En effet, elle guide le processus de constitution de la commission de négociation qui est l'*organe* chargé, de façon exclusive, de la négociation de la convention statutaire dotée d'effet normatif général¹. Ce dispositif permet alors de compenser dans une grande mesure les carences des règles de légitimation initiale, garantissant à la majorité des salariés affectés la possibilité d'être, dans tous les cas, représentés par les négociateurs effectifs de la convention. Il implique cependant d'admettre l'exigence de majorité dans un cadre large puisque celle-ci est plus directement connectée au processus de constitution de cette commission.

243. L'ET est également intervenu dans un deuxième temps afin de réguler la procédure d'adoption de l'accord. La jurisprudence évoque dans ce sens la légitimation de décision qui implique une expression majoritaire lors de la procédure d'adoption. Le droit espagnol applique ainsi l'exigence majoritaire sur les négociateurs puis sur les signataires de la convention.

Nous aborderons donc, tout d'abord, le processus de constitution de la commission de négociation afin de comprendre le rôle central de l'exigence majoritaire avant d'aborder sa mise en œuvre lors de l'adoption de l'accord.

§ 1 : Les intérêts majoritaires représentés dans la commission de négociation

244. L'approche juridique de la commission de négociation s'avère complexe du fait de l'absence de définition légale. Deux certitudes se dégagent néanmoins de la

¹ La doctrine parle également de table de négociation. Au-delà de la pure négociation, la commission est également chargée d'élaborer, de modifier, en d'autres termes d'approuver, c'est à dire d'assurer l'éventuelle adoption finale de la convention collective (STC 80/2000 du 27 mars 2000).

régulation opérée par l'ET. Premièrement, la commission de négociation possède une véritable fonction normative qui découle de sa compétence exclusive pour négocier une convention statutaire¹. Cette approche fonctionnelle permet donc de souligner l'élément caractéristique de la commission de négociation² et de la différencier des autres organes ou commissions créés par une convention collective, notamment quant aux fonctions remplies et aux organisations professionnelles qui peuvent les intégrer³. Deuxièmement,

¹ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p.14. Une commission peut également procéder à l'adaptation et à la révision d'un accord. Elle remplit en définitive une double fonction de « *modification ou de création de règles nouvelles* » (STS du 11 juill. 2000, Ar/7208).

² I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 12; B. LLEÓ CASANOVA, « La composición, la designación de componentes y la adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio colectivo », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 318.

³ Il est ici intéressant d'identifier les principales différences entre les commissions de négociation et les commissions paritaires qui constituent le paradigme des commissions créées par les conventions. L'article 85.3 e) ET relatif au contenu minimum des conventions, se réfère explicitement à ces commissions.

Aux termes de cet article, les commissions paritaires traitent toutes les questions qui lui sont soumises, dans le cadre des missions qui lui sont attribuées (les membres de la commission paritaire ne peuvent, par conséquent, outrepasser les compétences qui leur ont été attribuées par la convention ou la loi ; par exemple STS du 3 juin 1991, Ar/5127). Elle doivent par ailleurs déterminer les procédures de résolution des divergences en leur au sein (art. 85.3 e) ET). Les fonctions et compétences de la commission sont laissées à la libre disposition des parties « *bien qu'il soit clair qu'elles doivent se rapporter à la convention et, par conséquent, être relatives à l'interprétation et à l'application, au suivi et au contrôle de cette application, de la propre convention* » (M. ALONSO OLEA et M^a E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1133); voir également , F.A. ALEMÁN PÁEZ, *Las comisiones paritarias*, Madrid, Civitas, 1996, p. 78 s.) Selon la jurisprudence du Tribunal Suprême, elle agit comme « *administrateur ordinaire de la convention* » (STS du 14 mars 1994, Ar/370 ; STS du 4 juin 1996, Ar/4883). La Commission paritaire n'a donc pas, en principe, de compétence normative et ne pourra pas, par conséquent, modifier ce qui a été convenu dans la convention collective (I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p.14).

Néanmoins, les fonctions de la commission paritaire tendent depuis la réforme de 1994, à se diriger vers l'attribution de véritables pouvoirs normatifs en matière de politiques salariales, de résolution de conflits, et de modification collective des conditions de travail (pour approfondir, voir F.A. ALEMÁN PÁEZ, op. cit., 1996, p. 26, 77, 131 ; C. L. ALFONSO MELLADO, « Las comisiones paritarias », in *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Dir. I. ALBIOL MONTESINOS, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 92-96). Cette tendance est largement renforcée par les dernières réformes légales (voir infra, n° 778).

Dans ce cadre, la question de la participation de toutes les organisations professionnelles légitimes revêt une grande importance. Traditionnellement, la composition de la commission est une question intimement liée aux fonctions remplies par la commission considérée. Dans ce cadre, le Tribunal Constitutionnel a distingué les fonctions de « *négociation* » qui visent « *à modifier les conditions de travail conclues dans la convention établissant de nouvelles règles pour régir les relations de travail dans le champ d'application de la convention* » et les fonctions liées à « *l'administration ordinaire de la convention* » ou à « *l'interprétation ou l'application de certaines clauses de la convention, leur adaptation à un problème non-prévu ou l'adaptation de son contenu selon des renseignements objectifs pré-établis* » (STC 73/1984 du 27 juin ; STC 9/1986 du 21 janv. ; STC 39/1986 du 31 mars). Dans la continuité, le Tribunal Suprême repris cette doctrine constitutionnelle (STS du 27 nov. 1991, Ar/8420 ; STS du 10 fév. 1992, Ar/1140). En ce qui concerne les commissions paritaires, « *il n'est pas constitutionnellement exigible que celui qui n'est pas sujet des obligations et compromis de la convention, prétende bénéficier des droits conventionnels que la convention reconnaît aux signataires* » (STC 73/1984 du 27 juin 1984 ; STC 184/1991 du 30 sept ; STC 213/1991 du 11 nov. Voir également STS du 11 juill. 2000, Ar/7208). Les syndicats non-signataires ne pourront donc intégrer, dans cette hypothèse, la commission paritaire. Ils ne peuvent prétendre à un droit de participation général et absolu à ces commissions (pour approfondir sur l'ensemble de ces questions, voir F.A. ALEMÁN PÁEZ, « La

sa composition revêt un caractère bilatéral ; toute négociation implique en effet au moins deux parties. Elle se compose ainsi d'une part, des représentants des salariés qui constituent le dénommé « banc social » et, d'autre part, de l'employeur ou des représentants des employeurs qui constituent le dénommé « banc patronal ou économique ».

La principale difficulté porte alors sur la nature juridique de la commission de négociation. La doctrine définit de manière générale la commission de négociation comme « *un organe créé ad hoc pour procéder à la négociation mais qui ne peut agir dans le champ juridique comme titulaire de droits et obligations* »¹, comme « *un organe spécifique, distinct des parties qui la composent, au sein duquel s'élabore la convention* »². Néanmoins, la qualité d'*organe ad hoc* n'apparaît pas totalement exacte. En effet, un courant doctrinal a souligné que la commission « *ne constitue pas une volonté plurielle commune qui « lie » tous les participants, mais une expression de volontés imputables à chaque association* »³. Dès lors, la commission ne constitue pas l'expression d'une volonté propre à un organe *ad hoc* mais permet l'expression d'une volonté consécutive à la position séparée de chacun de ses membres et de ses bancs⁴. Suivant cette idée, la doctrine et la jurisprudence ont par conséquent affirmé qu'elle ne possède pas de personnalité juridique⁵. La commission de négociation en tant que telle

administración del convenio colectivo », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 1055 s.).

La réforme de 2011 a pris acte de cette distinction et a permis de franchir un cap lorsque une fonction normative est légalement reconnue à la commission paritaire en cas de conflits lors de la négociation d'un accord d'entreprise prévu à l'article 82.3 ET. Force est cependant de constater que la réforme de 2012 est, de manière regrettable, revenue en arrière sur ce point (pour approfondir, voir infra, n° 778).

¹ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 12.

² M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, loc. cit., 2000, p. 1574. Il résulte dans tous les cas de la jurisprudence que « *les parties à la négociation et la commission de négociation sont deux entités distinctes* » (STCT du 12 déc. 1986, Ar/14636). L'analyse de la procédure d'adoption de l'accord permetta d'illustrer parfaitement ce propos (voir infra, n° 286 s.).

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « Mayorías y minorías en la negociación colectiva », *RL*, 1985-II, p. 45. Dans le même sens, voir F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 98 qui évoque une « *sorte de pseudo-organe qui conçu abstraitement [...], s'érige en modèle d'organisation* » permettant le dialogue à un moment donné. Tout en employant l'expression « *d'organe ad hoc* », I. RODRÍGUEZ CARDO souligne néanmoins que « *la commission n'est pas un organe de représentation comparable au comité d'entreprise ou au comité intercentres et n'a pas la fonction de défense des intérêts des travailleurs et des employeurs* » (op. cit., p. 12).

⁴ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 270. L'auteur écrit également que « *pour être descriptif, on pourrait admettre le qualificatif d'« organe » mais sui generis, dans le sens d'entité de procédure ou de gestion* ».

⁵ Les syndicats, sections syndicales ou comité d'entreprise et l'employeur ou les associations d'employeurs signataires restent donc les parties de la convention (STCT du 1^{er} sept. 1987, Ar/20171 et F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 98).

ou ses membres physiques ne peuvent donc agir en justice¹. Sa durée de vie est également liée au processus de négociation². La conclusion de l'accord ou la rupture définitive des négociations provoque ainsi son extinction³. En définitive, la commission de négociation correspond au « *lieu de rencontre* »⁴, à « *l'instrument* »⁵, destiné à la négociation d'une convention collective statutaire. Cette considération est totalement conforme à l'article 37.1 CE qui énonce que le droit à la négociation collective est reconnu aux représentants des travailleurs et des employeurs.

245. En marge de ces questions, la validité de la commission de négociation est soumise à plusieurs conditions et exigences. Premièrement, les membres de la commission doivent représenter des acteurs dotés de légitimation initiale. Reprenant les propos du Tribunal Suprême, « *la légitimation pleine n'élimine pas et ne rend pas superflue la légitimation initiale mais exige, au contraire, sa simultanéité* »⁶.

Deuxièmement, la commission est validée, et peut donc négocier la convention, si les organisations qui la composent, réunissent, dans leur banc respectif, une exigence de majorité⁷. Dans ce sens, la doctrine affirma que la commission de négociation

¹ La mise en oeuvre d'une procédure de contestation d'une convention demeure par conséquent une compétence directe des représentants des salariés et employeurs (I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 13).

² « *Le mandat que reçoit la commission de négociation des sujets ayant la légitimation initiale est ainsi de portée temporelle limitée* » (B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., 2006, p. 319). Pour la jurisprudence, STCT du 1^{er} sept. 1987, Ar/20171.

³ I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 141-142.

⁴ M. A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 270.

⁵ B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 323; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 13.

⁶ Pour une application de cette position en ce qui concerne les syndicats, STS du 30 avril 1996, Ar/3623, STS 21 juin 1996, Ar/5221 et en ce qui concerne les associations patronales, STS 21 nov. 2002, Ar/509 de 2003, STSJ de Navarre du 28 avril 2003, AS/2738). Reprenant une autre formulation, les juges affirment que « *la légitimation initiale doit être complétée par la dénommée légitimation pleine [...], de telle sorte que seuls les acteurs légitimés initialement peuvent occuper un poste à la table de négociation [...]* » (STS du 4 oct. 2001, Ar/1418 de 2002). La jurisprudence a néanmoins admis qu'un syndicat dépourvu de légitimation initiale puisse intégrer la commission de négociation (STS 20 juin 1995, Ar/5208 ; STS du 14 mai 1998, Ar/4651). Les arguments avancés par les juges soulignent qu'en l'espèce, la validité de la commission n'est pas conditionnée à la présence de ce syndicat, que les syndicats légitimes acceptent sa présence et enfin que sa signature ne conditionne pas les règles de légitimation de décision. La doctrine a fortement critiqué cette position jurisprudentielle au motif qu'elle méconnaissait le caractère d'ordre public absolu des règles de légitimation et produisait des effets non négligeables lors de la procédure d'adoption de l'accord (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 212. Voir également M. PÉREZ PÉREZ, « *La comisión negociadora del convenio colectivo* », *REDT*, n°100, 2000, p. 1551 pour qui la convention devrait alors être qualifiée d'extrastatutaire et J. LUJÁN ALCARAZ, « *Legitimación y capacidad para negociar convenios colectivos* », *AS*, 1998, n° 2, p. 26 et I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 60). Sur les condition d'adoption de la convention, voir *infra*, n° 286 s.

⁷ La légitimation pleine n'est donc pas reconnue à la commission en tant que telle mais à chaque banc composant la commission. Dans la pratique, cette exigence de majorité implique généralement la réunion de plusieurs organisations, notamment du côté syndical. En effet, sauf dans l'hypothèse où négocie le

constitue « le lieu où sont représentés les intérêts majoritaires des travailleurs et employeurs compris dans le champ d'application de la convention qui prétend être négociée »¹. Cette exigence de majorité appréciée séparément dans chaque banc constitue la condition structurelle de la légitimation pleine et justifie la compétence exclusive pour négocier une convention dotée d'efficacité normative et générale².

Troisièmement, bien que l'exigence majoritaire constitue le fil conducteur du processus de la formation de la commission collective et constitue une condition *sine qua non* à la négociation effective de la convention, il ressort du dispositif statutaire que le processus de formation de la commission doit respecter d'autres contraintes. Il s'agit concrètement d'une limitation numérique légale des membres de la commission, du droit de faire partie de la commission et de l'application du principe de proportionnalité représentative³. Ces trois contraintes ne sont pas directement liées à l'efficacité personnelle de la convention mais se rapportent en réalité à la dimension syndicale des parties qui composent la commission. Elles conduisent dès lors à apprécier la connexion entre le processus de formation de la commission de négociation et le droit de liberté syndicale⁴.

Le respect de ces exigences permet alors à la commission de négociation d'être valablement constituée et, consécutivement, implique la reconnaissance de la légitimation pleine, complémentaire, délibérative ou de négociation⁵.

246. Dans la pratique, la constitution de la commission de négociation constitue ainsi une phase de négociation autonome préalable à la négociation de la convention

comité qui remplit par nature cette exigence, il est peu fréquent qu'une section syndicale ou qu'un syndicat remplisse à lui seul, les exigences de majorité.

¹ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 269.

² L'absence de majorité ne peut donc être compensée postérieurement par l'adhésion d'un autre négociateur doté de légitimation initiale (STS du 23 nov. 1993, Ar/8932 ; STS du 19 juin 1995, Ar/5208 ; STS du 15 mars 1999, Ar/2917).

³ Reprenant les propos de la doctrine, « la proportionnalité devra toujours être respectée, être le reflet de la réalité représentative : dans la commission, la majorité et la minorité doivent conserver leurs pourcentages réels bien que réduits à échelle » (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 233).

⁴ Ce lien est mis en exergue par le Professeur SALA (« La libertad sindical y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », in *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p.105). Dans le même sens, le Professeur GARCÍA MURCIA affirme que le processus de formation de la commission ne peut « faire obstacle de manière injustifiée à l'activité à laquelle le syndicat a droit selon l'article 28.1 de la Constitución » (« Representatividad sindical y formación de la comisión negociadora », *RL*, 1988-II, p. 472). Voir également B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit, p. 322 et S. GONZÁLEZ ORTEGA, « La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », in *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 415.

⁵ A. ARUFE VARELA, « Artículo 88, la comisión negociadora », in *Comentarios a las leyes laborales*, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 2001, p. 220.

collective proprement dite¹. Trois phases marquent ainsi le processus de négociation. Le premier pas correspond à la demande de négociation par un sujet légitime, le deuxième à la phase de négociation relative à la constitution de la commission de négociation qui permettra, troisièmement, le début des négociations sur le fond².

247. La distinction de ces trois temps permet, selon nous, de dessiner le cadre d'appréciation temporel de la légitimation³. Il s'agit toutefois d'une question qui suscite une importante controverse doctrinale qui tourne autour de l'article 89.1 ET relatif à la demande de négociation et du moment d'appréciation des exigences de légitimation des parties prévues aux articles 87 et 88 ET⁴. Il s'agit alors de savoir si la légitimation initiale est suffisante pour formuler une demande de négociation ou si cette dernière requiert également la légitimation pleine de la partie qui en est à l'origine⁵. Cette controverse est par ailleurs intimement liée aux conditions de mise en route du devoir de négocier mais peut toutefois, selon nous, faire l'objet d'un traitement distinct.

La disposition additionnelle 1^{ère} LOLS se limite à énoncer que « *la condition de plus représentatif ou de représentatif d'un syndicat se communiquera au moment d'exercer les fonctions et facultés correspondantes* ». L'ET ne lève aucune ambiguïté et se réfère à « *la représentation des travailleurs, ou des employeurs* » qui formule la

¹ La doctrine a souligné que cette négociation « *de fait* » n'est pas explicitement prévue par l'ET « *bien qu'il la sous-entend* » (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 96. Pour la jurisprudence, voir par exemple, STS du 15 fév. 1993, Ar/1165 ; STS du 13 nov. 1997, u.d., Ar/8310). Cette négociation préalable porte toutefois sur d'autres objets. Elle permet plus généralement d'organiser le processus global de négociation (objets des négociations, lieu de négociation, conditions de remboursement des frais pour assister aux diverses réunion, etc.)

² Le point de départ initiant le processus de composition de la commission est fixé à l'article 89.2 ET et court pour un délai d'un mois à partir de la réception de la communication de demande des négociations (STS du 18 janv. 1993, Ar/94).

³ Un argument méthodologique justifie le traitement de cette question à ce niveau du travail. En effet, il semblait judicieux de connaître le contenu complexe et segmenté de la notion de légitimation avant de s'attacher à son cadre d'appréciation temporel. Ce cadre doit se distinguer des modalités de calcul de la légitimation au travers de l'audience électorale. La doctrine distingue ainsi « *le moment auquel doivent être accréditées les conditions de légitimation exigibles* » et « *le moment qui est retenu pour comptabiliser les chiffres qui permettent d'accréditer la représentativité qui pourra être exigible* » (C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 78).

⁴ Dans tous les cas, l'appréciation de la légitimation ne peut être remise en question postérieurement à la constitution de la commission, notamment en cas de négociations longues. Dès lors, les résultats aux élections célébrées durant le processus de négociation sont sans effet. Les juges ont dans ce sens affirmé qu'une appréciation continue serait contraire « *à la sécurité juridique, introduisant une incertitude et une remise en question constante des niveaux de représentativité, incompatible avec le développement normal et stable d'un processus de négociation au moment d'initier la négociation (art. 89.1 ET)* » (STS du 23 nov. 1993, Ar/8932).

⁵ Il est en effet admis que la légitimation initiale est, dans tous les cas, une condition nécessaire pour pouvoir demander la négociation (STS du 17 nov. 1997, Ar/9750. Pour la doctrine, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1982, p. 78).

demande de négociation¹. La doctrine se divise alors autour de trois positions. Une première position majoritaire d'ordre formaliste considère que la légitimation de négociation doit être atteinte pour pouvoir commencer les négociations préalables relatives à la constitution de la commission. Dès lors, le banc à l'origine de la demande de négociation doit remplir les exigences de majorité². Pour un autre secteur doctrinal, ces exigences doivent être appréciés lorsque la commission est constituée afin d'en apprécier la validité³. Une position doctrinale intermédiaire propose alors de distinguer l'appréciation de la légitimation initiale et de la légitimation de négociation. Dans ce cadre, la phase de constitution de la commission n'est pas soumise, initialement, à une exigence de majorité, mais devra aboutir, en pratique, à son accomplissement pour valider la commission et ainsi commencer les négociations sur le fond⁴.

La jurisprudence ne permet pas de dégager une solution certaine. En effet, les juges tout en affirmant que les exigences de légitimation doivent être appréciés « *au moment où commence la négociation* »⁵, ont dans certains arrêts retenu, une interprétation formaliste de l'article 89.1 ET affirmant que « *les exigences relatives à la légitimation doivent se référer aux niveaux de représentativité existants au moment auquel est demandée la négociation* »⁶. Selon les juges, la demande de négociation doit émaner d'un banc qui possède la légitimation pleine « *puisque dans le cas contraire, il existerait une cause légale pour refuser la demande de négociation* »⁷. Cette position peut être entendue au travers de la prise en compte de deux considérations. D'une part, elle sous-entend la négociation préalable entre les organisations d'un même banc avant de formuler la demande de négociation afin de permettre le respect de l'exigence

¹ Art. 89.1 al.1 ET.

² Elle se fonde sur une interprétation littérale de l'article 89.1 ET qui prévoit que la ou les organisations à l'initiative des négociations doivent respecter les exigences des articles 87 et 88 ET et donc, posséder la légitimation pleine. Voir par exemple, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, op. cit., 1992, p. 64; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 43; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 115 et 117.

³ M. IGLESIAS CABERO, « Algunas reflexiones en torno al deber de negociar », *AL*, 1989-I, p. 76; F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 243; J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 1988, p. 2223; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., 1999, p. 174.

⁴ La légitimation « *au sens strict* » s'apprécie lors de la constitution de la commission. Dès lors, bien que l'article 89.1 ET rende nécessaire au moment de la promotion des négociations la possession de la légitimation de négociation, son appréciation est en réalité « *exigible* » au moment de la constitution de la commission (M. ALONSO OLEA et G. BARREIRO GONZÁLEZ, *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Civitas, 1995, p. 410 ; voir également M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 227).

⁵ STS du 23 nov. 1993, Ar/8932. Cette jurisprudence qualifiée d'« *incorrecte* » par certains auteurs, se caractérise surtout par son ambiguïté (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 230). La négociation commence alors lorsque la demande de négociation est communiquée, lorsqu'est engagé le processus de formation de la commission de négociation, ou finalement lorsque s'engage la négociation sur le fond

⁶ STS du 23 nov. 1993, Ar/8932 ; STS du 9 mars 1994, Ar/2218 ; STS du 21 mai 1997, Ar/4279 ; STS 22 nov. 2005, Ar/26/2004 .

⁷ STS du 5 oct. 1995, Ar/8667. Dans ce sens, I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., 1998, p. 89.

majoritaire. D'autre part, elle possède l'avantage incontestable de faciliter le rapprochement des différentes organisations ce qui permet en définitive de favoriser l'unité syndicale. Un autre courant jurisprudentiel semble au contraire apprécier la légitimation lorsque la commission est constituée¹. Même si ce dernier courant a été qualifié de majoritaire par un auteur², il semble néanmoins que la tendance moderne conduit à retenir l'interprétation formaliste. La consolidation de cette tendance serait selon nous une évolution peu satisfaisante. En effet, cette position n'est pas, selon nous, conforme à la mécanique du Statut des Travailleurs et se voit contredit par la pratique d'engager des « *initiatives exploratrices* » de négociations qui se formalisent postérieurement par l'adhésion d'autres organisations qui permettent ainsi de remplir l'exigence de majorité³. Dans ce cadre, nous estimons qu'une « *représentation des travailleurs ou des employeurs* » qui remplit, dans tous les cas, les exigences de légitimation initiale pourrait formuler une demande de négociation mais ne pourrait se prévaloir du devoir de négocier. En effet, l'ambiguïté des réponses doctrinales et jurisprudentielles résulte, selon nous, de la tendance à lier la demande de négociation et la mise en œuvre du devoir de négocier⁴. Pourtant, ce devoir peut être envisagé séparément. En définitive, l'inaccomplissement de l'exigence majoritaire ne doit pas faire obstacle à la mise en route d'un processus de négociation formalisé par une demande de négociation. L'exigence majoritaire constitue en définitive une des finalités des négociations préalables relatives à la constitution de la commission de négociation et doit s'apprécier, dans tous les cas, avant les négociations sur le fond⁵.

248. Ces quelques réflexions préliminaires ont, dans tous les cas, permis de démontrer que l'analyse de l'exigence majoritaire s'intègre dans celle du processus de

¹ STS du 18 déc. 1995, Ar/9308 ; STS 27 fév. 1996, Ar/1510 ; STS du 25 mai 1996, Ar/4674 ; STS du 7 juin 1996, Ar/5000 ; STS du 7 juill. 1997, Ar/6251 ; STS du 15 mars, 1999, Ar/2917 ; STS 27 avril 2000, Ar/4253 ; A. DESDENTADO BONETE et B. VALDÉS DE LA VEGA, op. cit., 1998, p. 43-45.

² M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 231 qui affirme de plus que cette position est celle unanimement retenue par les différents Tribunaux de justice.

³ Pratique soulignée par T. SALA FRANCO in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 333.

⁴ Nous avons déjà considéré que le devoir légal de négocier peut être mis en route lorsque la ou les parties qui ont initié les négociations possèdent la légitimation pleine de négociation Voir infra, n° 40.

⁵ Une formulation des juges peut appuyer cette considération si l'on admet que lorsqu'ils affirment que « *le processus d'élaboration de la convention collective d'efficacité général* » (qui « *requiert conformément à l'article 89 ET que le début des négociations ait lieu une fois accréditée, par la partie qui les demande, la légitimation pleine qui permet éventuellement la conclusion de la convention* », STS du 21 mai 1997, Ar/4279), renvoie à la négociation sur le fond. L'exigence majoritaire doit alors être appréciée entre la demande de négociation et le début des négociations sur le fond ce qui correspond au moment auquel est constituée la commission de négociation.

constitution de la commission de négociation. Il convient alors de distinguer les différents niveaux de négociation. Le dispositif légal marquait par ailleurs explicitement cette distinction¹. La réforme de 2011 a modifié la structure de l'article 88 ET. Néanmoins, il demeure que les conditions de constitution varient selon le cadre considéré. Si antérieurement, la dualité entre conventions d'entreprise et conventions de cadre supérieur guidait le dispositif, la nouvelle rédaction conduit à distinguer les commissions dans lesquelles interviennent directement les syndicats et celles dans lesquelles interviennent les représentants unitaires ou les sections syndicales. Autrement dit, il s'agit de distinguer les commissions de négociation des conventions d'entreprise ou de cadre inférieur et celles des conventions de secteur ou de groupe d'entreprises.

Afin de traiter l'ensemble de ces questions, nous aborderons donc tout d'abord les conditions de formation de la commission de négociation composée de syndicats puis celles relatives à la formation de la commission au niveau de l'entreprise. Il conviendra enfin de terminer l'analyse par la formulation de remarques générales sur la désignation de ses membres physiques et sur son fonctionnement.

A. La formation de la commission de négociation au niveau sectoriel et au niveau du groupe

249. La caractéristique principale du processus de formation d'une commission de négociation sectorielle résulte de la présence d'organisations collectives qui représentent les intérêts des salariés et des employeurs compris dans le champ d'application de la convention, objet de négociation. En effet, le banc social est composé exclusivement de syndicats de salariés et le banc économique d'associations patronales. Cette considération représente l'élément différenciateur entre les dispositions légales qui établissent les conditions de formation de la commission de négociation au niveau de l'entreprise et au niveau sectoriel. Au niveau du groupe, la réforme de 2011 a opté pour privilégier l'intervention directe des syndicats. Du côté patronal, il s'agit toutefois des représentations de chaque entreprise. Le parallélisme entre la commission de négociation d'une convention de groupe et celle d'une convention sectorielle se limite donc au côté salarial.

¹ L'article 88.1 ET relatif à la constitution de la commission de négociation se scinde en deux paragraphes relatifs au cadre de l'entreprise ou au niveau inférieur et au cadre sectoriel. La doctrine affirma alors qu'« au lieu de parler de la « commission négociatrice », on pourrait parler des commissions négociatrices » (M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1542).

Dans tous les cas, la prise en compte de l'ensemble des contraintes relatives au processus de formation de la commission génère une certaine complexité qui nous conduit à distinguer trois blocs d'analyse. Il conviendra tout d'abord de s'attacher au sens et à la portée du droit de faire partie de la commission, puis d'aborder la configuration de l'exigence majoritaire et les conséquences pratiques qui en découlent et enfin, d'envisager les modalités de mise en œuvre du principe de proportionnalité représentative.

L'étude de ces trois blocs permettra alors de souligner que l'option méthodologique retenue correspond en définitive à une approche chronologique du processus de formation de la commission de négociation.

1. Le droit à faire partie de la commission

250. Aux termes de l'article 87.5 ET, « *tout syndicat, fédération ou confédération syndical et toute association d'employeur qui réunira l'exigence de légitimation, aura droit de faire partie de la commission de négociation* ». Il ressort de cette disposition qu'un syndicat ou une association patronale doté de légitimation initiale en vertu de l'article 87.2 ET et de l'article 87.3 ET respectivement, peut, de droit, intégrer la commission qui procédera à la négociation d'une convention statutaire¹.

Ce droit se présente néanmoins comme un droit-liberté, subjectif, et par conséquent, disponible pour les parties légitimes qui peuvent refuser de participer à la négociation². Corrélativement, si une partie légitime n'est pas à l'origine de la

¹ Au niveau syndical, il s'agit des syndicats plus représentatifs au niveau étatique et de CA, ainsi que leurs respectifs affiliés et des syndicats suffisamment représentatifs dans le cadre de la convention. Pour les associations d'employeurs (voir supra, n° 151).

² Cette considération doit cependant être envisagée sous l'angle du devoir de négocier (voir supra, n° 37 s.). En effet, la décision d'une organisation de ne pas participer à la négociation avant même son commencement pourrait porter atteinte au devoir de négocier de bonne foi. Dans ce cadre, un auteur a estimé que l'autoexclusion est possible uniquement lorsqu'elle ne rend pas impossible la négociation, autrement dit, si la commission peut être valablement constituée sans la présence de ladite organisation. Dans le cas contraire, l'organisation devra contre sa volonté intégrer la commission. L'abandon ultérieur des négociations reste néanmoins toujours possible (J. CABEZA PEREIRO, op. cit., p. 96). Pour une opinion différente, L.M. CAMPS RUIZ et T. SALA FRANCO, « Los convenios colectivos extraestatutarios: eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación », *DL*, 1987, n° 21, p. 140. Selon ces auteurs, le devoir de négocier ne s'applique qu'une fois les exigences de légitimation remplies, c'est-à-dire lorsque la majorité est atteinte. Dès lors, ils soulignent que la légitimation pleine n'est pas, par hypothèse, atteinte ce qui rend donc inapplicable l'article 89.1 al. 2 ET relatif au devoir de négocier. Nous adhérons à cette dernière position qui est de plus renforcée par le destinataire du devoir de négocier qui est l'autre partie à la négociation, la partie réceptrice de la communication de promotion des négociations (voir supra pour approfondir, n° 37 s.)

promotion des négociations, elle doit, pour prétendre participer à la négociation, faire exercice de ce droit en sollicitant son intégration dans la commission¹. C'est une fois sollicité que ce droit garantit à une partie légitime son intégration effective dans la commission de négociation.

Deux remarques doivent alors être formulées :

251. Premièrement, une fois la convention conclue, la partie légitime qui n'a pas exercé son droit alors qu'elle avait connaissance des négociations, devra assumer les conséquences de sa passivité et ne pourra contester la procédure d'adoption de la convention en invoquant la violation de son droit de faire partie de la commission².

Dès lors, il convient de se demander à partir de quand il est possible de considérer qu'elles ont eu ou ont pu avoir connaissance de la mise en œuvre d'un processus de négociation³. Il ressort tout d'abord du dispositif légal que les organisations légitimes ne peuvent se prévaloir d'un droit à être convoquées et du correspondant devoir de convoquer des organisations ayant initié un processus de négociation⁴. Cette logique s'applique à l'ensemble de la procédure de négociation, se référant aussi bien au début des négociations qu'aux différentes réunions organisées tout au long du processus⁵. La jurisprudence a alors souligné que la connaissance du syndicat de l'existence d'une procédure de négociation doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas. Elle a notamment estimé que la communication à l'autorité administrative du travail du début des négociations prévue à l'article 89.1 ET, la dénonciation de la convention collective antérieure, la convocation à une réunion de préparation à la négociation ou la diffusion de l'information relative aux négociations dans les médias constituaient des éléments suffisants pour considérer que les sujets

¹ Une des difficultés majeures en la matière est en effet le sens donné à la passivité du syndicat lors de l'initiative des négociations.

² STCT du 14 juill. 1987, Ar/17718; SAN 1^{er} oct. 1992, AL, 1993-I, ref. 404, p. 778; STS du 22 sept. 1998, Ar/7422.

³ Pour les juges, ne pas apprécier si les organisations ont eu connaissance du processus « *équivaldrait à une façon tacite de rendre inefficace ce droit* » (STS 22 sept. 1998, Ar/7422).

⁴ La loi ne détermine en effet aucun sujet sur lequel puisse peser une telle obligation. Aux termes de l'article 89 ET, les parties ayant pris l'initiative de la négociation ont l'obligation de le communiquer par écrit à l'autre partie et d'en envoyer une copie à l'autorité administrative. Rien n'est donc mentionné par rapport aux autres sujets légitimes, du même banc que le promoteur de la négociation (B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 334). Dans tous les cas, la doctrine souligne que l'instauration d'une obligation de convoquer à la charge des syndicats aboutirait à leur attribuer « *la responsabilité de rendre effectif le droit à la négociation d'autres syndicats* » ce qui constitue « *une prémisse inacceptable dans un système de liberté syndicale* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 165).

⁵ En effet, les membres de la commission ont le droit de participer à toutes les réunions qui se produiront durant le processus de négociation de la convention mais ne peuvent invoquer de devoir d'être convoqués à toutes les étapes du processus (pour approfondir, B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 336).

légitimes à participer à la négociation avaient pu prendre connaissance du début de négociations¹.

L'ensemble de ces considérations conduit alors à affirmer que la responsabilité de s'informer suffisamment pour prendre connaissance du début de la procédure de négociation pèse fondamentalement sur les parties légitimes². Il est, selon nous, regrettable que la loi n'ait pas prévu des mécanismes permettant de s'assurer que toutes les organisations légitimes aient été informées de la mise en œuvre d'un processus de négociation³.

252. Deuxièmement, il résulte des propos antérieurs, que le droit de faire partie de la commission vise essentiellement à empêcher l'exclusion d'une partie légitime qui a manifesté sa volonté de participer au processus de négociation.

Les juges ont ainsi affirmé que des syndicats qui ont pris l'initiative de la négociation et qui remplissent à eux seuls l'exigence majoritaire ne peuvent pas pour autant exclure un autre syndicat légitime, bien que minoritaire, de la commission de négociation⁴. L'exclusion d'un syndicat légitime ayant manifesté sa volonté de participer à la négociation ne conduit toutefois pas nécessairement et de manière automatique à la violation de son droit de faire partie de la commission. En effet, les juges constitutionnels ont affirmé que pour cela, l'exclusion devait être « *contraire à la loi ou, de manière évidente, arbitraire ou injustifiée* »⁵. Si tel est le cas, cette exclusion

¹ STS du 22 sept. 1998, Ar/7422 relatif à la négociation d'une convention interprofessionnelle nationale. Une auteure considère que la communication à l'autorité administrative de l'acte d'initiative du processus de négociation prévue à l'article 89.1 ET constitue par elle-même un élément suffisant au regard de sa « *finalité clairement publicitaire* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 166).

² Cette solution est selon nous critiquable. Dans le même sens, un secteur doctrinal considère que les attributions réglementaires et légales attribuées aux services administratifs compétents en matière de convention collective ainsi que le caractère simplement formel de la communication prévue à l'article 89.1 ET « *ne garantissent pas suffisamment l'exercice du droit à la négociation collective* » (B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 335).

³ Afin de remédier à ces faiblesses, il a alors été proposé deux alternatives : ou les services administratifs procèdent eux-mêmes à l'information des sujets ayant légitimation initiale par le réenvoi de la communication transmise par les promoteurs de la négociation. Il s'agirait d'une obligation d'informer et non d'une obligation de convoquer. Ou, les services administratifs transmettent aux sujets promoteurs de la négociation l'ensemble des organisations légitimes dans le cadre en question, leur laissant l'opportunité de procéder aux convocations (B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 336).

⁴ STS du 15 juill. 2005, Ar/8929

⁵ STC 73/1984 du 27 juin ; STC 187/1987 du 24 nov. ; STC 184/1991 du 30 sept. ; STS du 22 sept. 1998, Ar/7422.

porte atteinte au droit à la négociation collective reconnu à ces organisations et, lorsqu'il s'agit de syndicat, au droit de liberté syndicale¹.

Dans ce cadre, évoquant les principes de bonne foi dans la négociation et de sécurité juridique, les juges ont prêté une attention particulière au moment auquel est invoqué ce droit par rapport à l'avancement des négociations². Plusieurs situations peuvent être envisagées. Durant la négociation, il est admis que le syndicat puisse faire valoir à tout moment son droit à faire partie de la commission³. Dans ce cas, une nouvelle commission devra être constituée afin d'intégrer l'organisation mise à l'écart. Par contre, nous avons déjà souligné que la demande d'un syndicat ayant eu connaissance de la procédure de négociation, d'intégrer la commission une fois la convention conclue était sans effet⁴. Une autre hypothèse consisterait, pour un syndicat ayant été exclu de manière injustifiée de la commission, à attendre la conclusion de la convention pour engager une procédure de contestation. L'existence d'une atteinte au droit de faire partie de la commission et, consécutivement, au droit à la négociation collective et au droit de liberté syndicale s'il s'agit d'un syndicat, sont incontestables. Néanmoins, les exigences de bonne foi dans la négociation et de sécurité juridique peuvent conduire les juges à relativiser la portée de cette atteinte⁵. Ces mêmes exigences sont également invoquées lorsqu'une organisation légitime qui a intégré la commission décide de l'abandonner au cours des négociations⁶. En effet, les juges ont estimé que cet abandon qui doit être manifesté « *de manière explicite* » et ne prêter à aucun doute sur son intention, implique que l'organisation démissionnaire ne puisse faire valoir une nouvelle fois son droit à faire partie de la commission pour y être réincorporée⁷. Son exclusion est dans ce cadre justifiée et ne peut être considérée comme arbitraire.

L'exclusion d'une organisation légitime pourrait également se fonder sur le respect de la limitation numérique légale des membres de chaque banc de la

¹ En effet, le droit à la négociation collective intègre le contenu essentiel du droit de liberté syndicale (voir supra, n° 55). Le TC a mis en exergue le lien entre l'exclusion de la commission de négociation et le droit de liberté syndicale, voir notamment STC 73/1984 du 27 juin 1984.

² L'action des juges en ce domaine résulte de la loi qui n'a fixé aucun délai ou aucune limitation temporelle à l'exercice de ce droit.

³ Voir, en matière de convention d'entreprise, STS 16 juin 1997, Ar/4752 et I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 46. Pour une opinion plus nuancée, voir M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 209 qui estime que « *lorsque la négociation est bien avancée sa présence pourrait être refusée* ».

⁴ Voir supra.

⁵ Voir STC 73/1984 et 137/1991. Voir; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 171.

⁶ Le caractère disponible de ce droit permet d'abandonner la commission (voir supra, n° 250).

⁷ Voir STSJ de Murcia du 5 juin 2000 (J.M^a. MARÍN CORREA, « Abandono de la comisión negociadora: efectos », AL, 2000-III, p. 4311) et confirmée par STS du 13 fév. 2001, Ar/2519 cité par M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 209).

commission, créée pour des raisons d'opérativité et d'efficacité¹. L'article 88.4 ET prévoit en effet qu'au niveau sectoriel à l'entreprise, « *le nombre de représentants de chaque partie n'excédera pas quinze* »². Dans la pratique, elle ne pose pas de problème particulier puisqu'elle permet la présence de tous les syndicats et associations patronales dotés de légitimation initiale dans la cadre de la convention³. Ce seuil se conçoit néanmoins comme une règle d'ordre public relatif, que les parties peuvent réduire⁴. C'est alors essentiellement dans cette hypothèse que peuvent surgir des atteintes au droit de faire partie de la commission. Néanmoins, contrairement à la négociation au niveau de l'entreprise⁵, nous estimons que la réduction du nombre de membres de la commission ne peut conduire à l'exclusion d'une association patronale ou d'un syndicat qui bénéficie de la légitimation initiale⁶.

253. Pour conclure, il importe de retenir que l'article 87.5 ET vise fondamentalement à empêcher l'exclusion d'organisations légitimes qui ont manifesté leur volonté de participer au processus de négociation. En d'autres termes, il garantit l'obtention d'au moins un poste au sein de la commission pour les syndicats et associations patronales ayant la légitimation initiale, si ces derniers le sollicitent⁷.

¹ STS du 17 oct. 1994, Ar/8253. Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 211. L'auteur ajoute que cette limitation contribue « *de manière décisive* » à la réalisation du droit à négociation en permettant son effectivité.

Pour une position critique de cette limitation qui peut être considérée inconstitutionnelle faisant obstacle à l'exercice du droit à la négociation, S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1992, p. 418.

² Antérieurement à la réforme de 2011, cette limitation numérique était prévue à l'article 88.3 ET.

³ En ce qui concerne les associations patronales, il convient toutefois de distinguer la convention sectorielle de niveau étatique de celle de niveau territorial inférieur. Dans l'hypothèse d'une convention sectorielle dont le cadre territorial n'est pas étatique, les règles de légitimation initiale (une organisation doit nécessairement compter sur 10% de travailleurs et employeurs affiliés sachant que l'irradiation ne joue pas à ces niveaux) permettent d'affirmer que mathématiquement toutes auront un poste dans la commission puisque seulement 10 peuvent en théorie accéder à la légitimation initiale. Au niveau étatique, il convient certes d'ajouter les organisations plus représentatives au niveau de la CA. Néanmoins, la pratique a également démontré que peu de problèmes sont apparus (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 216). En ce qui concerne les syndicats, le Professeur SOLANS LATRE affirme que des difficultés peuvent apparaître si dans un secteur, existent dix syndicats qui comptent chacun sur 10% des représentants unitaires et plus de 5 syndicats reconnus plus représentatifs qui ne comptent, par conséquent, sur aucun représentant unitaire. Dès lors, au regard du panorama syndical actuel, il conclut que la réalisation de cette hypothèse est « *improbable ou simplement irréaliste* » (op. cit., 2003, p. 217). L'auteur cite de plus la STCT du 20 juin 1986, Ar/5337, qui a mis en évidence qu'au regard des règles de légitimation initiale, il est difficile que, dans un cadre déterminé, dix syndicats puissent se prévaloir du droit d'intégrer la commission).

⁴ STC 187/1987 du 24 nov. ; STC 137/1991 du 20 juin. Le droit espagnol parle de « *maximo de derecho necesario* » (pour approfondir sur cette notion, voir infra, n° 360).

⁵ Pour approfondir, voir infra, n° 264.

⁶ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 218 ; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 119.

⁷ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., 2001, p. 65 s. Pour le Professeur SOLANS, l'article 87.5 ET proclame le droit des organisations professionnelles dotées de légitimation initiale « *d'être représentées* » dans la commission (op. cit., 2003, p. 208).

2. La mise en œuvre de l'exigence majoritaire et les conséquences en l'absence de résultats électoraux

254. Il ressort de l'article 88.2 ET que la commission de négociation « sera validement constituée dès lors que les syndicats, fédérations ou confédérations et les associations d'employeurs auxquels se réfère l'article antérieur, représentent comme minimum, respectivement, la majorité absolue des membres des comités d'entreprise et, le cas échéant, des délégués du personnel, et des employeurs qui occupent la majorité des travailleurs affectés par la convention »¹. Les syndicats et associations d'employeurs dotés de légitimation initiale en vertu des règles de l'article 87.2 et 87.3 ET respectivement, doivent donc ensemble et dans chaque banc, atteindre ces exigences de majorité. Du côté des salariés, les syndicats légitimes qui composent le banc social doivent donc disposer ensemble de la moitié plus un de la totalité des représentants unitaires qui ont été élus dans le champ d'application de la convention². Contrairement à l'appréciation de la représentativité syndicale permettant la reconnaissance de la légitimation initiale, il ressort que le nombre d'élus est apprécié directement en valeur absolue et non pas, par sa traduction en pourcentage³.

255. Le recours à l'appréciation de l'exigence majoritaire au travers des représentations unitaires posait néanmoins certaines difficultés.

Lorsque dans un secteur d'activité, les syndicats, bien qu'ayant légitimation initiale, ont obtenu peu de représentants, l'accomplissement de l'exigence majoritaire peut s'avérer difficile⁴. Afin de permettre la mise en route d'un processus de négociation

¹ Antérieurement à la réforme de 2011, il s'agissait de l'article 88.1 al. 2 ET.

² STS 22 nov. 2005, Ar/10056.

³ La loi n'exige pas que les syndicats regroupent 51% des représentants (STSJ de Madrid du 3 juill. 1995, AS/2870. Pour la doctrine, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 200). Pour une position contraire minoritaire, M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1551. La présence d'un seul représentant unitaire dans un secteur permet la constitution du banc social de la commission de négociation et donc la négociation d'une convention collective statutaire (STS 5 nov. 2002, RL, 2003-II, p. 798).

De manière similaire à l'appréciation de la représentativité syndicale (voir supra, n° 115 s.), est pris en compte le nombre de représentants obtenus par chaque syndicat à la suite de chaque élection, au moment de la première formation des différents comités.

⁴ Dans un secteur d'activité déterminé, les candidatures indépendantes peuvent être majoritaires dans les différents organes de représentations unitaires. Or, celles-ci ne peuvent participer à la négociation de conventions sectorielles qui est un monopole des syndicats (le TC a estimé que cette exclusion n'était contraire à la constitution affirmant que « les salariés non-syndiqués ne sont pas exclus de la négociation collective [pouvant] célébrer, à travers leurs représentants directs, des conventions dont le cadre n'est pas supérieur à l'entreprise », STC 4/1983 du 28 janv)

statutaire, le Professeur SALA a alors proposé que les représentants indépendants ou les syndicats dépourvus de légitimation initiale puissent transmettre leur représentation à un syndicat légitime afin de pouvoir accéder à la légitimation pleine¹. Le TC s'est cependant prononcé contre cette possibilité considérant que seuls les syndicats dotés de légitimation initiale pouvaient participer à la négociation de conventions statutaires².

Lorsque dans un secteur d'activité ne sont pas organisées d'élections syndicales, nous avons admis que seuls les syndicats reconnus plus représentatifs, notamment par irradiation étaient dotés de légitimation initiale³. Antérieurement à la réforme de 2011, les règles de légitimation pleine qui conditionnent la réalité du processus de négociation, impliquaient que ces syndicats, bien que dotés de légitimation initiale, ne peuvent mettre en route un processus de négociation. En effet, la mesure de la légitimation pleine se rapporte expressément aux représentants unitaires obtenus par les différents syndicats intégrant le banc social afin de mesurer leur « *représentativité réelle majoritaire* »⁴ et par conséquent de valider la constitution du banc social de la commission. En définitive, alors même que le ou les syndicats sectoriels affiliés à un syndicat plus représentatif au niveau étatique ou de CCAA possèdent la légitimation initiale, les critères d'appréciation de la légitimation pleine empêchaient la mise en œuvre d'un processus de négociation d'une convention statutaire dans les secteurs dépourvus de représentants unitaires⁵. En réponse à ce possible blocage, la doctrine avait alors proposé de permettre aux syndicats plus représentatifs de conduire la négociation⁶ ou d'appliquer les règles relatives aux conventions catégorielles

¹ T. SALA FRANCO, op. cit., 1990, p. 18. Selon lui, l'emploi de la notion de « *représentation* » dans l'ET permet de considérer qu'il ne s'agit pas d'une « *relation d'identité ou d'affiliation* » ce qui permettrait donc « *les mandats ou délégations expresses pour la négociation d'une convention collective concrète* »

² STC 12/1983 du 22 fév. Selon les juges constitutionnels « *l'article 87 ET utilisant le terme technico-juridique de légitimation [...] contient une formule fermée étant donné le caractère normatif que la convention a pour tous les affectés par la convention et c'est pourquoi légitimation signifie ici plus que représentation au sens propre, un pouvoir ex lege d'agir et d'affecter les sphères juridiques des autres* ».

³ Voir supra, n° 203.

⁴ Selon l'expression de la jurisprudence, voir note suivante.

⁵ STCT du 19 nov. 1987, Ar/26766. Comme l'avait souligné, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, « *c'est au moment de calculer la majorité absolue que certaines questions, relatives au critère à travers lequel le syndicat a acquis la légitimation pour négocier, prennent toute leur importance* » (op. cit., p. 183).

⁶ Cette position doctrinale trouve un premier écho dans les propos du Professeur F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO qui estime que la présence de syndicats plus représentatifs, quel que soit leur implantation réelle dans le cadre de la convention (ce qui suppose toutefois l'existence de représentants unitaires), implique la validité de la composition de la commission (loc. cit., Tecnos, 1985, p. 173).

Plus récemment, J. LAHERA FORTEZA affirme que les articles 6.2 et 7.1 LOLS relatifs à la plus grande représentativité de niveau étatique et de CA, « *dessine la plus grande représentativité syndicale, dans le cadre d'une audience électorale intersectorielle qui n'exige à aucun moment un minimum de présence dans les organes unitaires de l'unité de négociation correspondante. Le législateur garantit, à travers*

d'entreprise¹. Néanmoins ces propositions se heurtaient à la littéralité des règles de légitimation qui sont d'ordre public absolu et nécessitaient d'être retranscrite dans une réforme légale².

La réforme de 2011 est alors intervenue dans cette dernière hypothèse et offre désormais une nouvelle règle permettant de mettre en marche un processus de négociation au niveau sectoriel et ce, indépendamment de l'absence de résultats électoraux. Il s'agit en définitive d'augmenter le taux de couverture conventionnelle. Notons par ailleurs que cette réforme semble condamner de manière définitive la procédure administrative de l'élargissement à l'ostracisme³.

Le nouvel alinéa 2 de l'article 88.2 ET prévoit ainsi que « *dans les secteurs dans lesquels il n'existe pas d'organes de représentation des travailleurs, la commission de négociation sera considérée comme valablement constituée quand elle sera composée par les organisations syndicales qui possèdent la condition de plus représentatives dans le cadre étatique ou de Communauté Autonome* ». Il semble ressortir du précepte que

cette technique, la défense des intérêts de tous les travailleurs dans n'importe quel cadre, en facilitant l'action globale du syndicat. En d'autres termes, la LOLS attribue un pouvoir de négociation général à ces sujets collectifs qui est légitimé par un minimum d'audience électorale intersectorielle et articulé autour de la technique de l'irradiation ». Dès lors, les syndicats plus représentatifs pourraient négocier de manière générale dans tous les secteurs indépendamment de l'impossibilité d'y mesurer leur représentativité réelle (op. cit., 2000, p. 256 et loc. cit., 1999, p. 849). L'auteur voit également dans un *obiter dictum* du Tribunal Suprême une reconnaissance de ce pouvoir lorsque les juges affirment que, sans posséder de représentants unitaires dans le secteur, « *la plus grande représentativité détenue par les deux syndicats au niveau étatique les légitimerait pour composer la représentation des travailleurs dans la commission de négociation compte tenu de l'article 87.2 a) ET* » (STS 5 nov. 2002, *RL*, 2003-II, p. 798 et « *La adopción de acuerdos por mayoría de componentes de cada representación en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos estatutarios supraempresariales* », *RL*, 2003-II, p. 659. L'idée avancée se retrouve également dans un autre *obiter dictum* formulé antérieurement dans la STS du 4 juin 1999, *RL*, 1999-II, p. 955. Pour une analyse critique de cette jurisprudence, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 209. Nous estimons également que le manque de rigueur juridique de ces *obiter dicta* est regrettable). Enfin, l'auteur évoque deux arguments systématiques supplémentaires : il s'appuie, d'une part, sur l'existence d'un dispositif similaire pour les entreprises de travail temporaire dans lequel les syndicats plus représentatifs sont légalement habilités à négocier (pour approfondir sur ce dispositif spécifique, J. CRUZ VILLALÓN, « *El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal* », in *La reforma laboral de 1994*, Coord. M. ALARCON CARACUEL, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 110) et, d'autre part, sur le pouvoir de négocier des conventions sur des matières concrètes reconnu aux syndicats plus représentatifs de niveau étatique et de CCAA (art. 83.3 ET).

D'un point de vue comparatif, notons qu'en France, le dispositif transitoire issu de la loi de 2008, prévoyait que dans les branches où ne peuvent être organisées d'élections, sont présumées représentatives les organisations syndicales affiliées aux organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel (voir supra, n° 198).

¹ Dans ce sens, J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 1999, p. 849 et op. cit., 2000, p. 257. Dans le même sens, A. OJEDA AVILÉS, loc. cit., 2000, p. 782. Pour approfondir sur ces règles, voir infra, n° 270.

² La majorité de la doctrine se prononce dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 207; M^e.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.184; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p.70.

³ A. BELÉN MUÑOZ RUIZ, loc. cit., 2012, p. 392 ; de la même auteur « *El debate sobre la reformulación del mecanismo de extensión de los convenios colectivos en el marco de la reforma de la negociación colectiva* », *Información Laboral Jurisprudencia*, 2011, n° 3. En effet, cette procédure peut intervenir afin de pallier l'absence de parties légitimes pour négocier (sur cette procédure, voir supra, n° 87).

l'existence d'un comité d'entreprise ou d'un délégué du personnel dans le secteur empêche la mise en route de cette nouvelle règle¹.

La loi opte par conséquent, comme l'avait fait un courant doctrinal, pour permettre l'intervention des syndicats plus représentatifs. Il demeure toutefois une difficulté. La commission de négociation doit-elle être composée de toutes les organisations syndicales plus représentatives dans le cadre considéré ? Un auteur considère que la formule légale qui évoque « *les organisations syndicales* » implique que toutes doivent intégrer la commission². Dès lors, une des organisations plus représentatives peut empêcher la mise en route de la négociation d'une convention en refusant d'intégrer la commission³. Il est toutefois possible de revenir sur le caractère subjectif du droit à faire partie de la commission de négociation de l'article 87.5 ET. Dans ce cadre, il pourrait être admis qu'une organisation informée de la mise en route d'un tel processus de négociation qui ne manifeste pas sa volonté d'y participer, ne peut empêcher le reste des organisations de commencer les négociations. Il demeure dans tous les cas qu'une large participation syndicale doit être exigée « *au regard du caractère extraordinaire* » de cette nouvelle règle⁴. Gageons que la jurisprudence permettra d'apporter des éléments de réponse.

256. Du côté des employeurs, dans sa rédaction originaires, l'ET prévoyait que la commission était valablement constituée dès lors que les associations d'employeurs composant le banc patronal regroupaient « *la majorité des employeurs affectés par la convention* »⁵. Cette option favorisait alors fortement les petites et moyennes entreprises au détriment des grandes entreprises qui regroupent de nombreux salariés⁶. La loi 32/1984 qui introduit en matière de légitimation initiale le critère du nombre de salariés affectés, n'apporta paradoxalement aucune modification à l'article 88 ET⁷.

¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 154 pour qui il s'agit d'une condition « *excessivement radicale* ».

² F.GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 154.

³ F.GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 154. L'auteur met particulièrement en exergue la capacité d'une organisation syndicale plus représentative au niveau autonome de paralyser la négociation au niveau étatique.

⁴ F.GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 155.

⁵ Art. 88.1, al. 2 ET de 1980.

⁶ Une convention pouvait donc être conclue par une association regroupant de nombreuses petites entreprises qui occupaient un nombre réduit de salariés.

⁷ Voir supra, n° 151 s.

Un secteur doctrinal souligna alors l'incohérence de la réforme qui devait s'interpréter comme un oubli du législateur et conduire à appliquer depuis une perspective systématique, les mêmes critères qu'en matière de légitimation initiale (J. RIVERO LAMAS, « *La legitimación empresarial para la negociación*

Plutôt que de procéder à l'adéquation des exigences de légitimations initiale et pleine, la réforme de 1994 a réalisé « *un virage à 180 degrés* »¹ qui consista à écarter la prise en compte du nombre d'employeurs affectés par la convention pour, en lieu et place et de manière toujours isolée, apprécier la majorité du banc patronal par rapport aux salariés employés par les employeurs représentés par les associations parties à la négociation². Dans sa rédaction actuelle, l'article 88.2 al.1 *in fine* ET prévoit ainsi que la commission est valablement constituée lorsque du côté patronal, les associations patronales représentent « *des employeurs qui occupent la majorité des salariés affectés par la convention* »³. Favorisant largement la représentation des grandes entreprises⁴, cette réforme visait fondamentalement à faciliter la vérification de la majorité par le critère du nombre de salariés affectés dont la vérification est plus aisée⁵.

colectiva », in *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, Madrid, MTSS, 1993, p. 86 ; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 77). Néanmoins, la jurisprudence procéda à une interprétation littérale de l'article 88.1 al. 2 ET exigeant que la partie patronale représente la majorité des employeurs affectés par la convention sans référence au nombre de salariés affectés (voir par exemple, STCT 23 déc. 1986, Ar/14651).

¹ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 196.

² Loi 11/1994 et STS du 4 fév. 1998, Ar/1437. Notons toutefois que le Tribunal Suprême a, dans une sentence isolée, exigé que les négociateurs patronaux représentent « *comme minimim la majorité absolue des employeurs qui occupent la majorité des travailleurs affectés par la convention* » (STS du 19 sept. 2001, Ar/10021).

³ L'emploi du terme « majorité » sans mention particulière, contrairement au banc social pour lequel est exigé « la majorité absolue », a produit un doute doctrinal auquel la jurisprudence a répondu en estimant que, conformément à l'esprit des règles de légitimation, il s'agissait d'une majorité absolue, de la majorité plus un des salariés affectés par la convention (F. VALDÉS DAL-RÉ, « Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 280. Pour la jurisprudence, STS du 18 avril 1994 (Ar/3255) et SAN du 1^{er} juill. 1997 (AS/2276).

Une autre difficulté résultait de l'expression « *travailleurs affectés par la convention* ». En effet, il pouvait être soutenu que les salariés des entreprises soumises à une autre convention de cadre inférieur ne devaient pas être pris en compte puisqu'ils n'étaient pas « affectés » par la convention, objet de la négociation (J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1993, p. 61). Parallèlement, cette position était transposable à l'appréciation de la légitimation pleine des syndicats, considérant que les représentants unitaires élus dans les entreprises soumises à une autre convention ne devaient pas être intégrés au décompte. La jurisprudence a néanmoins écarté cette interprétation considérant que tous les représentants unitaires compris dans le cadre territorial et fonctionnel de la convention devaient être inclus dans le décompte (solution transposable au calcul de la majorité des associations patronales, STS du 1^{er} oct. 1998, Ar/7801).

⁴ M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 84; F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1999, p. 241. Les organisations qui regroupent ces grandes entreprises devront néanmoins représenter 10% de l'ensemble des employeurs affectés pour posséder la légitimation initiale, condition préalable et nécessaire à l'accès aux négociations (pour une appréciation plus nuancée, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 269. L'auteur estime que lors de la répartition des postes de la commission qui permet en réalité la répartition du pouvoir de négociation, doit s'appliquer le double critère d'appréciation de la légitimation initiale pour permettre l'équilibre entre les petites et moyennes entreprises et les grandes entreprises, voir infra, n° 261).

⁵ Souligné par F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., p. 273. La détermination exacte du nombre d'affiliés d'une organisation professionnelle, de salariés ou d'employeurs, pose en effet de nombreuses difficultés (voir supra, n° 159).

Nous avons vu antérieurement que le nouvel article 87.3 c) al. 2 ET prévoit que « dans les secteurs dans lesquels il n'existe pas d'organisations d'employeurs qui compte sur la suffisante représentativité », sont considérées légitimes les associations patronales de cadre étatique ou autonome qui comptent respectivement et dans le cadre correspondant, sur au moins 10% ou 15% des employeurs ou salariés affectés¹. Parallèlement à cette légitimation initiale virtuelle, l'article 88.2 al.3 ET prévoit alors que dans ces secteurs, la commission de négociation sera valablement constituée lorsqu'elle sera composée par les organisations d'employeurs étatiques ou autonomes auxquelles se réfère l'article 87.3 c) al. 2 ET². La « *suffisante représentativité* » à laquelle se réfère l'article 88.2 al.3 ET se rapporte à la légitimation pleine. Dès lors, si la présence d'une association dotée de légitimation initiale empêche la mise en œuvre de l'article 87.3 c) ET, il est toujours possible d'appliquer l'article 88.2 al. 3 et de mettre ainsi en route un processus de négociation³.

257. Pour conclure sur la mise en œuvre de l'exigence majoritaire, il est intéressant de noter qu'elle permet la connexion entre les acteurs de la négociation et les sujets affectés par la convention et constitue un élément consubstantiel à la commission de négociation. Les nouvelles règles introduites par la réforme de 2011 permettant de prendre en compte l'hypothèse de secteurs dépourvus de syndicat ou d'associations d'employeurs légitimes en vertu des règles générales, constituent alors une exception qui a pour finalité de permettre la mise en route d'un processus de négociation et d'éviter les regrettables vides conventionnels. La présence de syndicats et d'associations patronales dotés d'un large cadre d'action étatique ou autonome conduit à distendre le lien entre représentés et représentants mais garantit l'intervention de structures compétentes. Une dernière étape est toutefois nécessaire pour que la commission soit constituée et vise à répartir les postes de la commission entre les différentes organisations pouvant l'intégrer.

¹ Voir supra, n° 151 s.

² La même problématique relative à la présence nécessaire ou non de l'ensemble des associations patronales légitimes réapparaît. Les considérations exposées plus haut peuvent donc être transposées.

³ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 146.

3. L'application du principe de proportionnalité représentative

258. Le processus de répartition des postes au sein de la commission est régi aux termes de l'article 88.1 ET, par le principe de proportionnalité en fonction de la représentativité de chaque syndicat et association patronale légitime dans le champ géographique et professionnel de la convention¹. Applicable à la composition du banc social et du banc patronal, ce principe garantit donc qu'une organisation qui a le droit de faire partie de la commission, le fasse proportionnellement à sa représentativité réelle².

Son application est directement liée au droit de liberté syndicale³ et permet de refléter au sein de la commission le paysage syndical existant dans le cadre de la convention, objet de la négociation⁴. Ce principe se présente également comme une conséquence de la limitation numérique légale des membres de chaque banc de la commission de négociation⁵.

La réforme de 2011 prévoit également l'application du principe de proportionnalité lorsque la commission est constituée pour négocier une convention dans un secteur dans lequel il n'existe pas d'organes de représentation unitaire permettant de mesurer la légitimation des syndicats ou dans lequel il n'existe pas d'organisation d'employeurs possédant la représentativité suffisante. Aux termes du nouvel article 88.2 al. 4 ET, dans ces hypothèses, « *la répartition des membres de la*

¹ Le principe de proportionnalité a été introduit par la loi 11/1994 en confirmant une jurisprudence ferme et ancienne en la matière (antérieurement à la réforme de 2011, il était prévu à l'article 88.1 al. 2 ET). Antérieurement à la réforme, les associations patronales et les syndicats avaient toutefois évoqué le principe d'égalité entre syndicats afin d'écartier l'application du principe de proportionnalité. Le Tribunal Central du Travail avait balayé cet argument affirmant que ce principe d'égalité « *ne doit pas conduire dans le champ de la négociation collective [...] à concéder à ceux qui accèdent une faible représentativité, un traitement identique à celui qui est attribué à ceux qui auront une plus grande implantation* » (STCT du 18 nov. 1987, Ar/26763 ou du 7 mars 1988, Ar/98).

Pour une analyse de l'état du droit avant cette consécration légale, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 198 et J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., *RL*, 1988, p. 476).

² Ce principe empêche donc la réduction de la représentation d'une organisation dans la composition de la commission et le corollaire élargissement d'autres organisations (STC 137/1991 du 20 juin. ; STS du 7 juill. 1999, Ar/5585)

³ La connexion entre la réduction de la part d'une organisation dans la commission en vertu du principe de proportionnalité et le droit à la liberté syndicale est établie par la STC 187/1987 du 24 nov. 1987 (J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., *RL*, 1988, p. 476). Dans ce cadre, le principe de proportionnalité garantit le pluralisme syndical et permet l'exercice sans obstacles de l'activité syndicale (en l'espèce de la négociation collective) reconnu à l'article 28.1 CE (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 208).

⁴ L'appréciation de la proportionnalité représentative s'effectue, dans tous les cas, dans le cadre de la convention en cause (STS du 1^{er} oct. 1998, Ar/7801).

⁵ Le Professeur CRUZ VILLALÓN écrit dans ce sens que la limite maximum et le critère de proportionnalité représentent « *deux règles complémentaires qui s'influencent réciproquement* » (op. cit., 2012, p. 526). Pour M^a.D. ROMAN DE LA TORRE, « *l'application d'un critère de proportionnalité est dans la pratique la solution juridique qui, par elle-même et indépendamment des autres accords syndicaux, garantit le mieux le droit de présence à tous les syndicats préalablement légitimes dans une commission numériquement limitée* » (op. cit., p. 205).

commission de négociation s'effectuera en proportion à la représentativité que possèdent les organisations syndicales ou d'employeurs dans le cadre territorial de la négociation ». Alors que l'appréciation de la légitimation initiale et pleine s'apprécie par rapport au cadre étatique ou autonome, la répartition des postes prend en compte la représentativité réelle « *dans le cadre territorial de la négociation* ». L'appréciation de la représentativité des organisations s'effectue alors du point de vue interprofessionnel mais dans le cadre géographique correspondant à la convention considérée.

Il demeure toutefois que la simplicité de la formulation légale qui se contente d'énoncer que les organisations légitimes participent à la commission « *en proportion à leur représentativité* » a entraîné de nombreuses difficultés et a conduit la jurisprudence et la doctrine à définir les conditions de sa mise en œuvre.

259. Premièrement, le caractère disponible ou impératif du principe de proportionnalité lors de la constitution de la commission a été l'objet d'une controverse doctrinale. Pour certains auteurs, son application correspond à un droit et non à une obligation¹. Les parties qui négocient peuvent donc décider de constituer une commission en marge de ce principe. Un autre courant doctrinal considère au contraire, que le principe de proportionnalité est une norme d'ordre public absolu, relative aux règles de légitimation² et par conséquent indisponible pour les parties³. Cette controverse est alimentée par une ligne jurisprudentielle contestable, relative aux conditions d'adoption de l'accord⁴. Sans préjudice des remarques que nous formulerons plus loin, nous considérons que le principe de proportionnalité doit être appliqué dès la formation de la commission. Il s'agit en effet d'une règle d'ordre public qui se rattache aux règles de légitimation et qui ne peut être modifiée par les parties⁵. Quoiqu'il en soit, indépendamment de la position doctrinale retenue, il importe de souligner que le

¹ C.L. ALFONSO MELLADO, « La negociación colectiva tras la reforma del estatuto de los trabajadores », *TS*, 1994, n° 43, p. 99; S. PEÑA OBIOL, « Los cambios operados por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, en la garantías subjetivas de la negociación colectiva: requisitos de legitimación y quórums exigidos para la válida suscripción de los convenios de eficacia general », *TS*, 1995, n° 52, p. 50.

² Dans ce sens, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p.74.

³ B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 351.

⁴ STS 22 fév. 1999, Ar/2017. Cette ligne jurisprudentielle admet que la composition de la commission soit effectuée en marge du principe de proportionnalité et applique ce principe lors du décompte des votes relatif à la procédure d'adoption de l'accord (voir infra, n° 297).

⁵ STS 29 oct. 1993, Ar/8083.

principe de proportionnalité intervient dans tous les cas et de manière incontournable à un moment du processus de négociation d'une convention collective statutaire.

260. Deuxièmement, sa mise en œuvre est soumise à des « *corrections et adoucissements* »¹.

L'opération arithmétique permettant d'attribuer les postes dans la commission conduit généralement à un nombre de poste comportant une décimale. Or, l'application du principe de proportionnalité permet de répartir les postes de la commission qui sont occupés par des personnes physiques. Les tribunaux ont alors affirmé que sont tout d'abord distribués les postes selon les unités entières et que les postes vacants sont attribués par l'appréciation de la fraction la plus élevée à l'unité². Le principe de proportionnalité continue de s'appliquer.

La seconde atteinte à son application stricte est consécutive au respect du droit à faire partie de la commission énoncé à l'article 87.5 ET. Lorsque le syndicat légitime compte dans le cadre considéré d'une représentativité réelle lui permettant d'accéder à un poste dans la commission, le droit de faire partie de la commission continue de remplir sa mission originale qui vise à empêcher l'exclusion injustifiée et arbitraire d'un syndicat légitime pour participer à la négociation d'une convention collective statutaire et n'influence pas l'application du principe de proportionnalité. Néanmoins, un syndicat légitime peut compter sur une représentativité réelle faible voire nulle dans le cadre de la négociation. En effet, nous avons abordé plus haut que ce droit permet à toutes les organisations considérées comme représentatives de posséder la légitimation initiale et d'avoir, par conséquent, un poste réservé dans la commission de négociation. Or, les syndicats plus représentatifs au niveau étatique et de CCAA ainsi que leurs affiliés³ possèdent par nature la légitimation initiale sans prise en compte de leur représentativité réelle dans le cadre considéré⁴. Dès lors, ces syndicats intègrent de droit la commission indépendamment de leur représentativité réelle qui, par une application

¹ Selon l'expression de A. MARTÍN VALVERDE (vote particulier STS du 23 nov. 1993, Ar/8932).

² STCT du 6 avril 1988, Ar/148 et STCT du 2 nov. 1988, Ar/520. Pour la doctrine, F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 117; M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit, *REDT*, 2000, p. 1551.

³ Dans la pratique, l'approche systématique du dispositif espagnol et la structure confédérale des centrales syndicales ont démontré qu'au niveau sectoriel, ce sont les syndicats de secteurs affiliés à ces centrales et par conséquent représentatifs par irradiation qui conduiront les négociations.

⁴ La représentativité des syndicats plus représentatifs doit dans tous les cas être appréciée dans le cadre concret de la convention, objet de négociation sans prendre en considération la représentativité au niveau étatique ou de la CCAA (STS du 7 mars 2002, Ar/4667 et J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 198).

stricte du principe de proportionnalité, ne leur permettrait pas d'obtenir un poste dans la commission¹. Cette application relative du principe de proportionnalité se fait donc au détriment de la prise en compte de la représentativité réelle des autres syndicats desquels dépendra pourtant finalement l'accomplissement de l'exigence majoritaire². Dans tous les cas, la jurisprudence constitutionnelle a affirmé que ce privilège attribué aux syndicats plus représentatifs n'est pas arbitraire et injustifié puisqu'il se fonde directement sur une décision du législateur, en l'espèce, l'article 87.5 ET³.

Dans la pratique, le Professeur VALDÉS souligne que la règle prévue à l'article 87.5 ET est donc « *préalable et antérieure* » à celle de proportionnalité prévue à l'article 88.1 ET⁴. Une première étape consiste alors à attribuer un poste à chaque organisation possédant la légitimation initiale tandis que la deuxième étape consiste à répartir les postes restants entre ces différentes organisations proportionnellement à leur représentativité réelle.

261. Troisièmement, il ressort de l'article 88.1 ET que la proportionnalité de chaque organisation est mesurée par rapport à son degré de représentativité⁵. La réforme

¹ Concrètement, en application du principe de proportionnalité, ce syndicat n'arrive pas à l'unité (il bénéficie de 0, 67 représentant dans la commission). Pour un aperçu de la jurisprudence ferme et constante en la matière, STCT du 24 nov. 1986, Ar/12792 ; STCT du 29 janv. 1987, Ar/2048 ; STCT du 7 juill. 1987, Ar/17691 relative à la présence d'un syndicats représentatifs par irradiation. Pour la doctrine, T. SALA FRANCO, loc. cit., 1986, p. 375; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 113; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 186.

Pour une opinion défavorable à cette réserve de poste, S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1994, p. 370; A. OJEDA AVILÉS, op. cit., 2003, p. 769 pour qui ces syndicats intègrent la commission mais ne participent pas au vote et n'influencent pas la répartition de sa composition.

La doctrine a souligné que ce poste réservé a une incidence importante lors de convention de cadre étatique dans laquelle un syndicat plus représentatif au niveau de la CCAA ou un syndicat qui lui est affilié se voit garantir un poste dans la commission alors que, comme nous l'avons abordé, sa représentativité réelle dans le champ professionnel de la convention à l'intérieur même de la CCAA peut être très faible (voir supra, n° 117 et pour la doctrine, par exemple, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 186).

² H. ÁLVAERZ CUESTA, loc. cit., Comares, 2006, p.161.

³ STC 187/1987 du 24 nov. et STC du 107/2000 du 5 mai. Les juges ont également fait référence à l'exigence de majorité qui permet de réduire l'impact de la présence de ces syndicats dépourvus de représentativité réelle dans le cadre de la convention et à l'importance de maintenir la participation de ces syndicats en matière de convention sectorielle (STC 184 et 213/1991 du 30 sept. et du 11 nov. ; STC 57/1989 du 16 mars ; STC 80/2000 du 27 mars. Voir également STS du 4 juin 1999, Ar/5068 et I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 67).

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994 p. 280. Cette réserve de poste dans la commission aboutit par conséquent à relativiser l'application stricte du principe de proportionnalité qui intervient dans un deuxième temps.

⁵ Antérieurement à la consécration légale du principe de proportionnalité représentative, le TC souligna qu'il n'existait pas de « règles claires et précises » pour déterminer la distribution des postes entre les différents syndicats qui participent à la formation de la commission de négociation des conventions collectives de cadre sectoriel (STC 187/1987 du 24 nov. 1987). Dans ce cadre, leur contrôle se limitait à

de 1994 a certes consacré le principe de proportionnalité mais n'a pas défini ses modalités d'application. Aucun élément ne permet de définir les critères et le cadre d'appréciation de la représentativité lorsque celle-ci vise à répartir les postes au sein de la commission¹.

Pour la représentation patronale, la jurisprudence semble s'incliner en faveur de l'application cumulée du nombre d'employeurs affiliés et de travailleurs employés². Néanmoins cette question n'est pas totalement pacifique dans la doctrine. Certains auteurs retiennent, en application stricte de l'article 88.1 al.2 ET, le nombre de salariés affectés employés par les employeurs adhérents des associations composant le banc patronal³. D'autres estiment au contraire que doit être pris en compte le nombre d'employeurs affiliés comme critère « *basique* » pour apprécier la légitimation d'une association⁴. Cette dernière position doit, sans nul doute, être écartée en vertu de l'article 88.2 ET qui se réfère expressément aux travailleurs affectés

La controverse doctrinale est plus intense lorsqu'il s'agit de déterminer le cadre de référence de l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales. Une vision systématique conduit tout d'abord à affirmer que la répartition s'effectue par rapport au nombre de représentants élus qu'accrédite chaque syndicat et, non pas, par rapport au nombre de votes obtenus⁵. Il convient par la suite de déterminer par rapport à quel total de représentants élus doit être appréciée la proportionnalité. Deux options sont possibles : ou bien, est mesurée la représentativité réelle dans l'ensemble du champ d'application de la convention (par rapport à l'ensemble des représentants unitaires élus dans le champ d'application de la convention), ou bien, est mesurée la représentativité

vérifier l'existence de motivation et de fondement justifiant la décision des juges judiciaires. Pour approfondir, J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., *RL*, 1988, p. 471.

¹ Le Professeur LACOMBA PÉREZ souligne qu'il s'agit « *d'un des silences les plus graves de l'ET* » (op. cit., p. 113).

² STS du 11 fév. 1993, Ar/1164 ; STS du 21 nov. 2002, Ar/509 de 2003. Voir également STSJ du Pays Basque du 2 déc. 2003, AS/4246. Pour la doctrine, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 281; F. NAVARRO, loc. cit., 1999, p. 243; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p.136. Pour ces auteurs, la pondération de ces deux critères est laissée à la liberté des organisations d'employeurs.

³ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 202. Concrètement, la division du nombre total de travailleurs affectés employés par les organisations patronales qui forment la commission par le nombre de postes à couvrir permet d'obtenir un quotient. Le résultat obtenu par chaque organisation est alors divisé par ce quotient qui permet d'obtenir le nombre de représentants dans la commission. S'il reste des postes vacants, ils seront attribués aux organisations ayant les fractions décimales les plus élevées.

⁴ C. MOLERO MANGLANO, *Derecho sindical*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 511.

⁵ STCT du 7 sept. 1987, Ar/20186 commentée par I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « Comentarios a la sentencia de TCT de 4 novembre de 1985 », *RL*, 1988-I, p. 610. Bien que relative à une convention d'entreprise négociée par le comité d'entreprise, cette solution est d'application générale (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 110).

dans la commission (par rapport à l'organisation qui intègrent la commission)¹. Le Professeur LACOMBA souligne justement que « *l'application d'une interprétation ou de l'autre va affecter de la même manière toutes les organisations* » et n'influence donc pas substantiellement la répartition des postes dans la commission entre les organisations². L'enjeu de cette controverse prend en réalité toute son ampleur lors de l'adoption de l'accord prévue à l'article 89.3 ET³.

Une dernière hypothèse doit être envisagée et se réfère aux effets de l'abandon d'une organisation ayant représentation dans la commission de négociation. Cet abandon implique-t-il une nouvelle répartition ? La doctrine affirma que si cet abandon n'affecte pas la composition majoritaire de la commission, le processus de négociation pourra être poursuivi dans les mêmes conditions⁴.

262. En guise de conclusion, il est intéressant de revenir sur le traitement des syndicats reconnus représentatifs par irradiation. Le dispositif espagnol établit, selon nous, une règle extrêmement intéressante qui concilie la participation de syndicats capables de coordonner la politique globale de défense des intérêts des travailleurs et l'indispensable connexion entre représentants et représentés. La reconnaissance d'un droit de faire partie de la commission à tous les syndicats reconnus représentatifs, indépendamment de la voie d'acquisition de ce caractère, rejoint la conception unitaire de la représentativité retenue en droit français et constitue sans nul doute un privilège dont bénéficient les syndicats sectoriels des grandes confédérations syndicales. Néanmoins, la portée de ce droit est relative et permet dans tous les cas, au travers des conditions d'appréciation de l'exigence majoritaire et d'application du principe de proportionnalité représentative, de garantir la représentation de la majorité des travailleurs affectés et le maintien du rapport des forces syndicales dans le cadre de la

¹ Indépendamment de l'option choisie, l'opération consiste alors à diviser le nombre de représentants pris en compte (la totalité des représentants élus dans le secteur ou ceux des syndicats intégrant la commission) par le nombre de postes à couvrir pour obtenir un quotient. Le nombre de représentants de chaque syndicat est alors divisé par ce quotient qui permet d'obtenir le nombre de représentants dans la commission. S'il reste des postes vacants, ils seront attribués aux syndicats ayant les fractions décimales les plus élevées.

² Voir l'exemple pratique proposé par l'auteur (op. cit., p. 116). Retenant la mesure de la représentativité par rapport à la représentativité des organisations présentes dans la commission, la répartition aboutit à 7 membres pour le syndicat X et 5 membres pour le syndicat Y. Si la représentativité s'apprécie par rapport à l'ensemble des représentants élus compris dans le cadre de la convention, le syndicat X compte sur 6 représentants, le syndicat Y sur 4 et restent 2 postes vacants dans la commission.

³ Voir infra, n° 299..

⁴ J.M^a. MARÍN CORREA, loc. cit., p. 4312; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 65; STS du 19 nov. 2002, Ar/1625 de 2003.

convention. Dès lors, il est possible de considérer que les inconvénients et les avantages de la technique de l'irradiation trouvent un point d'équilibre satisfaisant.

B. La formation de la commission de négociation au niveau de l'entreprise

263. Le processus de composition de la commission de négociation d'une convention d'entreprise se distingue à plusieurs égards de celui qui régit la composition de la commission au niveau sectoriel. Du côté patronal, le banc économique de la commission est composé par l'employeur ou ses représentants et non pas, par une organisation. Aucune difficulté particulière n'apparaît contrairement à la commission de négociation d'une convention sectorielle¹. Du côté salarial, l'article 88.1 al.1 ET énonce de manière lacunaire que le banc social de la commission est composé des « *représentants des travailleurs* » et renvoie à l'article 87.1 ET leur détermination. Le double canal de représentation conventionnelle constitue, dans tous les cas, une variable qui permet de souligner les particularités de la procédure de constitution de la commission de négociation au niveau de l'entreprise².

L'application de l'existence majoritaire conduit tout d'abord à distinguer chacune des deux représentations. Aucune précision n'est formulée quant aux organes de représentation unitaire. Ce silence de la loi est en la matière logique puisqu'en raison de leur nature unitaire, ils représentent l'ensemble des salariés de l'entreprise ou du centre de travail³. En ce qui concerne la représentation syndicale, nous avons déjà précisé que le contenu de cet article, bien que relatif à la légitimation initiale, se rapportait plus à la régulation de la légitimation pleine⁴. En effet, aux termes de l'article 87.1 al. 1 ET, pour que les sections syndicales qui possèdent la légitimation initiale⁵ puissent négocier effectivement une convention d'entreprise dotée d'efficacité générale,

¹ Les limitations légales numériques relatives au nombre de membres de la commission ne posent pas ici de difficultés majeures.

² Dans tous les cas, le caractère alternatif et non-cumulatif de la représentation salariale dans l'entreprise implique que la désignation des membres ne peut être une compétence partagée par la représentation unitaire et par la représentation syndicale. Il leur est ainsi impossible de désigner ensemble, au travers d'un accord, les membres de la commission (STCT du 21 avril 1987, Ar/9079).

³ Le caractère « unitaire » sous-entend sa vocation à représenter l'ensemble des salariés d'une entreprise ou d'un centre de travail (article 63.1 ET : « *Le comité d'entreprise est l'organe représentatif et collégial de l'ensemble des travailleurs dans l'entreprise ou le centre de travail pour la défense de leurs intérêts* »).

⁴ Voir supra, n° 179. Pour la doctrine, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 202.

⁵ Nous avons considéré que la légitimation initiale est reconnue aux sections syndicales de l'article 8.2 b) LOLS (voir supra, n° 203).

« *il sera nécessaire qu' [elles] réunissent, dans leur ensemble, la majorité des membres du comité* ».

Plus loin, les questions inhérentes à l'existence d'un droit de faire partie de la commission, aux contraintes relatives à sa limitation numérique et à l'application du principe de proportionnalité se retrouvent au niveau de l'entreprise mais aboutissent à des réponses spécifiques prenant en compte l'intervention des sections syndicales et de la représentation unitaire.

Afin de traiter l'ensemble de ces questions, nous adopterons la même méthodologie que celle employée lors de l'analyse de la constitution de la commission au niveau sectoriel. Nous aborderons ainsi successivement l'applicabilité de l'article 87.5 ET relatif au droit à faire partie de la commission, les modalités d'application de l'exigence majoritaire et les conséquences de l'absence de représentants unitaires et enfin, les conditions de répartition des postes au sein de la commission.

1. Le droit à faire partie de la commission

264. Aux termes de l'article 87.5 ET, les syndicats et les associations d'employeurs qui possèdent la légitimation initiale ont automatiquement un poste réservé au sein de la commission de négociation. Aucune référence aux organes de représentation unitaire ou aux sections syndicales habilitées à négocier au sein de l'entreprise ou à un niveau inférieur n'est par conséquent effectuée¹. Pourtant, l'article 88.4 ET prévoit également que, en dehors des conventions sectorielles, « *dans le reste des conventions [la composition de chaque banc de la commission], ne dépassera pas le nombre de treize* »². Il est intéressant de noter que si la présence directe des syndicats rapproche les conventions de groupe des conventions sectorielles, la loi les assimile quant au nombre de membres de la commission, à la convention d'entreprise. Conformément au critère mixte, la convention de groupe nage donc entre deux eaux.

Cette limitation numérique légale n'est quoi qu'il en soit pas « *neutre dans la composition de la force syndicale qui va négocier* »³. En effet, au niveau de l'entreprise, l'intervention des représentants unitaires et les conditions d'accès à la légitimation

¹ La réforme de 2011 qui évoque désormais les sections syndicales à l'article 87.1 ET, n'a toutefois pas procédé à son introduction à l'article 87.5 ET (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 2011, p. 131).

² Antérieurement à la réforme de 2011, l'article 88.3 ET prévoyait que « *dans les conventions d'entreprise, aucune des parties ne dépassera le nombre de douze membres* ».

³ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 191 et p. 218.

initiale des sections syndicales conduisent dans la pratique à une multiplicité de parties légitimes¹. Dès lors, l'exclusion de l'une d'elles est envisageable.

Dans ce cadre, l'existence d'un droit de faire partie de la commission reconnu aux parties légitimes a fait l'objet d'une controverse doctrinale.

Lorsque la représentation unitaire négocie, la jurisprudence et la doctrine ont unanimement affirmé que les représentants unitaires ne peuvent invoquer individuellement un droit de faire partie de la commission de négociation². En effet, la légitimation de négociation est reconnue à l'organe en tant que tel et non pas de manière individuelle aux représentants qui le composent³.

La reconnaissance ou non d'un droit de faire partie de la commission aux sections syndicales légitimes a, par conséquent, fait l'objet de l'essentiel des discussions. Plusieurs auteurs évoquent leur nature syndicale et la nécessaire protection du droit de liberté syndicale pour reconnaître ce droit aux sections syndicales qui remplissent les exigences de l'article 8.2.b) LOLS⁴. Force est néanmoins de constater que la doctrine majoritaire et la jurisprudence limitent l'application de l'article 87.5 ET à la constitution d'une commission de négociation au niveau sectoriel. Plusieurs arguments ont été avancés dans ce sens. Tout d'abord, selon une interprétation littérale, l'article 87.5 ET se réfère uniquement aux syndicats, fédérations ou confédérations⁵. Or, l'analyse des règles de légitimation initiale a démontré que le dispositif légal n'assimile pas le syndicat et les sections syndicales en matière d'action syndicale dans l'entreprise, attribuant à ces dernières le droit de négocier des conventions statutaires⁶. Dès lors,

¹ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 212. L'auteur souligne toutefois que « *bien qu'il soit difficile de voir le nombre de sections syndicales légitimes dépasser celui de postes dans la commission, il n'est pas impossible que cette circonstance puisse se produire* ». En ce qui concerne, la représentation unitaire, il ressort directement des dispositions légales une hypothèse dans laquelle le nombre de poste à pourvoir est supérieur au nombre de représentants élus. Enfin, l'entreprise composée de plusieurs centres de travail, constitue dans le deux cas, une hypothèse qui rend plus que probable un décalage entre le nombre de poste à pourvoir et celui de parties légitimes. Quoi qu'il en soit, les problèmes majeurs inhérents à cette question se retrouvent lors de la répartition des postes de la commission et feront, par conséquent, l'objet d'une étude approfondie à ce moment du travail (voir infra, n° 274).

² STCT du 18 nov. 1987, Ar/26763 ; STS du 15 janv. 1993, Ar/1165.

³ Pour tous, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 210 et M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 157.

⁴ Néanmoins, les arguments avancés par les différents auteurs qui soutiennent cette position, varient. Pour le Professeur CRUZ VILLALÓN, l'article 87.5 ET est applicable aux sections syndicales (loc. cit., 1986, p. 257). Pour M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, la réserve de poste reconnue aux sections syndicales se fonde directement sur l'article 8.2 LOLS (op. cit., p. 186. Voir également R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 204). Enfin, le Professeur RAMÍREZ MARTÍNEZ tout en écartant l'application de l'article 87.5 ET, soutient que l'article 88.1 ET représentait l'« *équivalent* » au niveau de l'entreprise, de l'article 87.5 ET (loc. cit. 1987, p. 48).

⁵ STS du 20 déc. 1995, Ar/9841.

⁶ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 213.

l'article 87.5 ET est inapplicable aux sections syndicales¹. Un deuxième argument réside dans l'absence de référence numérique à l'article 87.1 ET, contrairement aux conventions sectorielles². Ce silence légal ne permet donc pas, *a priori* de définir les exigences de légitimation des sections syndicales qui leur permettraient d'intégrer automatiquement la commission. En définitive, l'article 87.1 ET n'attribue pas à des sections déterminées la légitimation initiale comme le fait l'article 87.2 ET pour les syndicats³. Un dernier argument se réfère aux conditions d'appréciation de la légitimation pleine en fonction de la composition des organes de représentation unitaire. La doctrine majoritaire a ainsi souligné que ces règles imposent implicitement que la section syndicale soit issue d'un syndicat qui compte sur des représentants élus⁴. Chaque section syndicale doit ainsi apporter un élément positif permettant d'atteindre la « *majorité des membres du comité* »⁵. Dès lors, une section syndicale d'un syndicat plus représentatif mais qui ne compte sur aucun représentant unitaire dans l'entreprise, ne peut se prévaloir d'un droit de faire partie de la commission bien qu'elle soit dotée de légitimation initiale. Les modalités d'application de l'exigence majoritaire conduisent en définitive à écarter l'existence d'un droit de faire partie de la commission.

Le TC a également eu l'occasion de se prononcer en la matière et a procédé à la distinction entre le droit de participer à la désignation des membres de la commission et le droit d'en faire partie, reconnaissant le premier à toutes les sections syndicales légitimes et précisant qu'en raison des « *limitations numériques* », le second ne peut être garanti à chacune d'entre elles⁶. La doctrine a extrait différentes conclusions de cette distinction. Pour certains, elle permet d'affirmer que des sections syndicales qui individuellement ne peuvent accéder à la commission, peuvent toutefois désigner

¹ La possibilité ouverte à un syndicat de négocier directement, en lieu et place de la section syndicale (voir supra, n° 178), nous amène néanmoins à nous demander, si dans ce cas, le syndicat aura ou non droit de faire partie de la commission. La doctrine estime que le syndicat s'assimile dans ce cas à la section syndicale sans déplacer ni modifier le sens des dispositions relatives à la légitimation qui sont des normes *ius cogens*. Dans ce sens, au même titre que les sections syndicales, « *le syndicat ne sera pas titulaire du droit de faire partie de la commission de négociation* » (B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 328).

² Le dispositif légal reconnaît expressément aux syndicats ayant obtenu 10% des représentants unitaires dans le secteur considéré, le droit de faire partie de la commission.

³ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p.49 et STS du 20 déc. 1995, Ar/9841. Voir également, STCT du 20 juin 1986, Ar/5337 ; STS du 18 janv. 1993, Ar/94.

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 200 et STS du 17 oct. 1994, Ar/8053.

⁵ STS du 17 oct. 1994, Ar/8053. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 200; C.L. ALFONSO MELLADO y G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 73. Cette règle joue d'autre part un rôle fondamental à l'heure de radoucir les effets négatifs de l'irradiation.

⁶ STC 137/1991 du 20 juin. Cette position avait déjà été avancée par le TCT (STCT du 20 juin 1986, Ar/5337).

ensemble un représentant¹. Pour d'autres, toutes les sections syndicales légitimes participent à la désignation des membres de la commission et doivent par conséquent être entendues indépendamment de leur présence effective dans la commission². Un troisième secteur doctrinal, tout en distinguant le droit de faire partie de la commission et la faculté d'en désigner les membres, estime que l'absence effective d'une section légitime dans la commission est une conséquence qui intervient « *a posteriori et non pas dans la configuration du droit* »³. Enfin, une dernière position doctrinale a critiqué le raisonnement des juges et les conséquences décrites par les deux premières interprétations doctrinales. Selon cette position, la désignation des membres n'est pas une décision qui se prend de manière commune entre toutes les sections légitimes mais qui appartient au contraire à chaque section qui « *constitue un organe autonome et partiel de représentation* » et qui procède « *librement et sans aucune intrusion* » à la désignation des membres qui la représenteront⁴. S'il n'existe pas une réserve de poste dans la commission pour chaque section syndicale légitime, il ne peut être reconnu un droit de participer à la désignation des membres puisque celui-ci « *est une conséquence nécessaire* » du droit de faire partie de la commission et ne peut en être séparé⁵.

265. Nous adhérons à cette dernière position. En effet, il ressort du dispositif légal que la légitimation initiale ne suffit pas à une section syndicale pour être automatiquement représentée dans la commission de négociation. Une section issue d'un syndicat plus représentatif et par conséquent dotée de légitimation initiale, ne peut donc prétendre à un poste si celui-ci ne compte sur aucun représentant unitaire. L'hypothèse d'une section syndicale d'un syndicat, indépendamment de son degré de représentativité, présent dans les organes de représentations mais de forme très minoritaire, est plus discutable. Nous considérons toutefois que le caractère obligatoire de sa présence durant le processus de constitution de la commission présente un intérêt théorique mais est dénué de tout intérêt dans la pratique en raison de sa présence qui ne

¹ C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 416.

² I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p.126.

³ M.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.159. L'auteur estime que la non-participation d'une section syndicale n'est pas une question relative au droit de faire partie de la commission mais se rapporte à son exercice affirmant que « *le droit de « présence » ne finit pas toujours par être effectif par le jeu d'autres exigences légales comme la limitation numérique de la commission* ». Au niveau de l'entreprise, la loi n'a pas établi une disposition légale similaire à l'article 87.5 ET en matière de négociation de cadre sectoriel qui garantit effectivement la réalisation de ce droit.

⁴ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 214.

⁵ Ibidem.

peut être que testimoniale. Il convient dès lors d'admettre que l'exclusion du processus de formation de la commission des sections syndicales qui ne peuvent prétendre à un poste, ne porte pas atteinte à leur droit à la négociation collective et au droit de liberté syndicale¹.

Cette position doit néanmoins prendre en compte une hypothèse spécifique relative à la réduction du nombre de postes légalement fixé. Comme en matière de négociation de cadre sectoriel, les parties légitimes peuvent en effet décider de fixer un nombre de membres inférieur aux treize fixé par l'article 88.4 ET². Dans la pratique, les atteintes à la liberté syndicale se produisent principalement dans cette hypothèse et peuvent affecter indifféremment les représentations syndicales ou la représentation unitaire³.

Les tribunaux ont affirmé que, sauf hypothèse d'exercice abusif, il n'appartient pas aux organes judiciaires d'apprécier l'opportunité d'un accord collectif qui fixe un nombre de membres de la commission inférieur aux dispositions légales⁴. La jurisprudence judiciaire poursuit alors le raisonnement du TC et affirme qu'« *une fixation d'un nombre inférieur décidé afin d'exclure des représentations syndicales déterminées, constituerait un agissement frauduleux qui porterait atteinte à la liberté syndicale des exclus* »⁵. Dans cette situation, la décision de réduire le nombre de membres de la commission serait « *contraire à la loi ou clairement arbitraire et injustifiée* »⁶. En définitive, la réduction du nombre de membres ne doit pas être appréciée d'un point de vue objectif par rapport au résultat qu'elle produit. C'est plutôt sa finalité qui doit être prise en compte. Il appartient, par conséquent, au syndicat exclu de démontrer que la réduction du nombre de membre poursuivait cet objectif⁷.

¹ L'hypothèse dans laquelle une section légitime est exclue, alors même qu'elle pouvait prétendre effectivement selon les règles de répartition à au moins un poste dans la commission, représente une autre question que nous aborderons plus loin dans le travail (voir infra, n° 274).

² Dans ce sens, STS du 15 fév. 1993, Ar/1165 ; STS du 13 nov. 1997, Ar/8310 et STC 187/1987 du 24 nov. et STC 137/1991 du 20 juin. Pour la doctrine, B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 341; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 193.

³ En l'espèce, la réduction du nombre de membres du banc social peut conduire à l'exclusion d'une option syndicale présente dans l'organe de représentation unitaire. Or, nous verrons que la syndicalisation des organes de représentations unitaires implique la prise en compte de ces différentes options syndicales.

⁴ STS du 18 janv. 1993, Ar/94; STS du 15 fév. 1993, Ar/1165 (en l'espèce, la réduction du nombre de membres vise à établir un nombre impair favorisant l'adoption d'accords) ; STS du 17 oct. 1994, Ar/8253 ; STS du 27 avril 1995, Ar/3273.

⁵ STC 137/1991 du 20 juin.

⁶ Voir notes antérieures.

⁷ Un secteur doctrinal s'est montré critique envers cette position jurisprudentielle, estimant que cette exclusion constituait *per se* une discrimination syndicale, ce qui conduirait à inverser la charge de la preuve, obligeant les syndicats présents dans la commission à démontrer que l'exclusion n'a pas comme finalité l'exclusion d'un syndicat (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 2000, p. 1535 ; M. PÉREZ

2. La mise en œuvre de l'exigence majoritaire et les conséquences en l'absence de résultats électoraux

266. Sachant que les organes de représentation unitaire représentent par nature l'ensemble du personnel de l'entreprise, la prévision d'une exigence majoritaire s'est exclusivement centrée sur les représentations syndicales, autrement dit sur les sections syndicales habilités à négocier en vertu de l'article 8.2 b) LOLS.

Aux termes de l'article 87.1 al. 1 ET, les sections syndicales doivent, dans leur ensemble, représenter « *la majorité des membres du comité* ». La rédaction de cette disposition conduit à relever d'une part, que de nombreuses imprécisions obligent à définir les modalités concrètes d'appréciation de l'exigence majoritaire et d'autre part, que celle-ci est conditionnée à l'existence de représentation unitaire dans l'entreprise.

a) Les modalités d'appréciation de l'exigence majoritaire

267. Face à l'imprécision dont fait preuve l'article 87.1 al. 1 ET, la doctrine et la jurisprudence ont établi un cadre permettant de définir les modalités d'appréciation de l'exigence majoritaire qui y est énoncée.

La référence à « *la majorité des membres du comité* » peut tout d'abord conduire à exclure les DP du calcul de la majorité¹. Ecartant cette interprétation littérale de la loi, la doctrine majoritaire et la jurisprudence ont logiquement admis que lorsque n'est pas constitué un comité d'entreprise, l'exigence majoritaire se mesure par rapport aux délégués du personnel et que lorsque l'entreprise est composée de plusieurs centres de travail, dont certains sont dotés de comités de centre et d'autres de DP, il convient de

PÉREZ, loc. cit., *REDT*, 2000, p. 1560. Cette position peut s'appuyer sur une jurisprudence constitutionnelle selon laquelle une atteinte à la liberté syndicale peut être constatée en marge de l'appréciation de l'intention ou de la volonté de celui qui en est à l'origine (STC 11/1998 du 13 janv. ; STC107/2000 du 5 mai ou STC 225/2001 du 26 nov.).

¹ Dans ce sens, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 210.

Cette position produit deux conséquences importantes. D'une part, les sections syndicales ne peuvent négocier dans le cadre statutaire dans toutes les entreprises dont l'effectif est inférieur à 50 salariés (par hypothèse, elles ne comptent pas sur un comité d'entreprise), puisqu'il est impossible de vérifier l'exigence de légitimation pleine. La négociation serait alors conduite obligatoirement par les DP. D'autre part, dans une entreprise composée de plusieurs centres de travail, cette interprétation aboutit à ne pas prendre en compte la volonté des salariés des centres de travail dotés de DP (le Professeur ESCUDERO, bien que se prononçant pour leur exclusion, estime néanmoins qu'« *il aurait été plus raisonnable* » de prendre en compte les DP dans cette hypothèse, p. 212).

prendre en compte l'ensemble des représentants unitaires élus dans le cadre de la convention¹.

Une seconde difficulté est consécutive à l'absence de précision relative à la majorité exigée. En effet, contrairement à l'article 88.2 al. 1 ET, relatif à la commission de négociation au niveau sectoriel et qui établit une majorité absolue, l'article 87.1 al. 1 ET ne précise pas s'il s'agit d'une majorité absolue ou relative. Deux interprétations peuvent alors être proposées : ou bien, au niveau de l'entreprise, il s'agit, a contrario, d'une majorité simple, ou bien, par analogie et de manière systématique, il s'agit d'une majorité absolue. La majorité de la doctrine a affirmé que l'effet *erga omnes* de la convention conduit à exiger que les représentations syndicales représentent la majorité absolue, c'est-à-dire qu'elles réunissent la moitié plus un du total des représentants unitaires de l'entreprise².

L'hypothèse d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail dotés de représentants unitaires amène également à se demander dans quelles conditions est appréciée la majorité exigée pour les représentations syndicales³ qui négocient au niveau global de l'entreprise⁴. D'une part, l'emploi du singulier à l'article 87.1 ET qui se réfère « au comité », doit être entendu de manière flexible pour prendre en compte, outre les DP dans les centres de moins de 50 salariés, l'ensemble des membres des comités de centres constitués dans l'entreprise⁵. D'autre part, les sections syndicales doivent réunir la majorité des représentants unitaires dans chaque centre de travail ou globalement au niveau de l'entreprise. Si un comité intercentres est constitué, l'exigence majoritaire se mesure par rapport à sa composition. Les sections syndicales qui

¹ C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 78; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 53; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 394). L'article 62.2 ET est dans ce sens décisif car il assimile les comités d'entreprise et les DP (voir supra, n° 207) Pour la jurisprudence, STCT du 20 juin 1986, Ar/5337.

² M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 109. Pour le Professeur ESCUDERO RODRÍGUEZ, l'absence de précision « *n'a pas grande importance puisque finalement les deux majorités coïncident* » (op. cit., 1985, p. 202).

³ Lorsque le comité intercentres négocie une convention applicable à l'entreprise, il remplit par nature l'exigence de majorité (M^a.D. ROMAN DE LA TORRE, op. cit., p. 129).

En l'absence d'un tel comité, l'ensemble des représentations unitaires des centres de travail peuvent ensemble accéder à la négociation (voir supra, n° 210 ; STS 14 oct. 1993, Ar/7599). Les problèmes se déplacent alors vers les conditions de désignation et de répartition dans la commission (voir supra, n° 279).

⁴ S'il s'agit de négocier dans un seul centre de travail, l'exigence majoritaire s'apprécie par rapport aux représentants unitaires élus dans ce cadre, indépendamment du niveau auquel ont été constituées les sections syndicales qui conduisent la négociation (C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 85).

⁵ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 213; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 410. Pour la jurisprudence, voir STCT du 20 déc. 1980, Ar/6762; STCT du 17 mars 1987, Ar/7076.

prétendent négocier devront donc être issues de syndicats qui comptent sur plus de la moitié de ses membres¹. En l'absence de ce comité, les sections syndicales légitimes doivent réunir la majorité appréciée par rapport à l'ensemble des représentants unitaires de l'entreprise².

268. En marge de ces difficultés, une conséquence importante peut être extraite de la configuration de l'exigence majoritaire. Chaque section syndicale présente dans la commission doit apporter un élément positif permettant d'atteindre la majorité exigée. Dès lors, une section syndicale d'un syndicat plus représentatif par irradiation doit nécessairement compter sur des représentants élus dans les organes de représentation unitaire de l'entreprise pour intégrer la commission de négociation³. La reconnaissance de la légitimation initiale pour négocier une convention statutaire au niveau de l'entreprise constitue donc une « *coquille vide* » si le syndicat n'y compte pas une audience électorale significative. La connexion entre représentés et représentants est par là-même assurée et ne souffre d'aucune exception. En définitive, aucun privilège spécifique n'est reconnu aux sections syndicales des syndicats plus représentatifs en matière de négociation collective⁴. L'exigence majoritaire, condition consubstantielle à la négociation collective statutaire, représente un instrument de contrôle et de limitation des dérives que peut provoquer la technique de l'irradiation.

D'un point de vue systématique, ces propos peuvent alors conduire à remettre en cause l'opportunité de la distinction entre légitimation initiale et légitimation pleine en matière de négociation d'entreprise que nous avons retenue antérieurement. De fait, un important secteur doctrinal n'applique pas cette distinction en matière de négociation statutaire d'entreprise et ne l'utilise qu'au niveau sectoriel⁵. Cette distinction reste

¹ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 109.

² M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 109; C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 84, qui citent STS du 27 avril 1995, Ar/3273 relative à un accord de groupe partiel dont les arguments peuvent être transposés.

³ Voir supra, n° 203.

⁴ En vertu de l'article 8.2 a) et c) LOLS, ces sections syndicales disposent néanmoins du tableau d'annonce et d'un local adéquat dans les entreprises de plus de 250 salariés. Le droit espagnol réussit donc à distinguer clairement les domaines du droit à la négociation collective et du droit syndical.

⁵ Voir par exemple, M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1034 s.

Plus loin, un autre secteur doctrinal estime, indépendamment du niveau considéré, que cette distinction n'a pas lieu puisque la notion de légitimation est circonscrite à l'article 87 ET. « *Les articles 88.1 et 89.3 ET n'attribuent pas de capacité conventionnelle qui est le sens technique de la légitimation pour négocier, mais aménagent la constitution de l'organe de négociation et l'adoption de l'accord en son sein. [Dès lors], la triple légitimation initiale, pleine et de décision contenu dans les articles 87-89 ET est un erreur conceptuelle qui peut avoir une certaine utilité didactique dans une question complexe mais qui manque de rigueur juridique. La différenciation entre légitimité de négociation aux articles 87.1 et 2 ET,*

néanmoins, selon nous, pertinente. En effet, la seule absence de reconnaissance d'un droit à faire partie de la commission similaire à celui reconnu aux syndicats et associations patronales au niveau sectoriel, ne peut remettre en cause substantiellement cette distinction¹.

Depuis une perspective comparée, cette distinction s'avère, dans tous les cas, extrêmement pertinente. Il ne s'agit pas ici d'approfondir cette affirmation qui nécessite une analyse préalable des conditions d'application de l'exigence majoritaire en droit français². Une prémisse peut toutefois être formulée. Les faveurs du dispositif légal envers la plus grande représentativité qui garantit la présence dans toutes les entreprises de syndicats dotés de l'ensemble des prérogatives syndicales du seul fait de leur affiliation aux grandes centrales, n'impliquent pas nécessairement la conclusion de convention collective minoritaire. En matière de négociation collective, l'application de l'exigence majoritaire constitue un rempart suffisant permettant de garantir la connexion entre représentants et représentés.

b) Les conséquences de l'absence de représentation unitaire et l'hypothèse des conventions catégorielles

269. La mesure de la légitimation pleine des représentations syndicales par rapport aux nombres de représentants unitaires conduit, sans nul doute, en cas d'absence de tels représentants, à l'impossibilité pour les représentations syndicales de négocier dans le cadre statutaire. La doctrine affirma dans ce sens qu'il devient impossible de vérifier leur légitimation pleine, condition incontournable de la validité de la commission de négociation et consécutivement de la négociation statutaire³. La

composition de la commission de négociation à l'article 88.1 ET et adoption d'accords à l'article 89.3 ET est, dans ces sens, une voie plus adéquate pour comprendre et solutionner les problèmes juridiques dérivés de l'application de ces préceptes » (J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2003, p. 659 et op. cit., 2000, p. 236 s. Voir également M^e.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit. L'auteur retient le même angle d'approche distinguant d'une part, la légitimation des sujets pour négocier et d'autre part, la procédure de constitution de la commission.

¹ Dès lors, il est possible de considérer que l'article 2.2 LOLS prévoit la capacité de négociation de toutes les sections syndicales légalement constituées, l'article 87.1 ET al.1 ET et l'article 8.2 b) LOLS, la légitimation initiale des sections syndicales des syndicats plus représentatifs et de ceux qui ont présence dans les organes de représentation unitaire et enfin, l'article 87.1 ET al. 2 contient la règle de légitimation pleine (dans ce sens, C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 398 et M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 107). La jurisprudence admet également l'existence d'une légitimation initiale et d'une légitimation pleine en matière de négociation d'entreprise (STS du 18 janv. 1993, Ar/94).

² Voir infra, n° 304 s.

³ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 50. Pour la jurisprudence, STCT du 10 et du 14 juin 1985, Ar/4358 et Ar/4375.

légitimation initiale reconnue à la section syndicale d'un syndicat plus représentatif est, par conséquent, sans effet.

En définitive, dès lors qu'une entreprise ou un centre de travail est dépourvu de représentation unitaire, il est impossible d'enclencher un processus de négociation statutaire¹. On peut par conséquent se demander si les règles de légitimation demeurent conformes au cadre constitutionnel qui reconnaît expressément à l'article 37.1 CE, le droit des représentants des travailleurs à la négociation collective. La doctrine a alors souligné que l'existence et la reconnaissance juridique d'une procédure de négociation extrastatutaire constitue, sans nul doute, l'issue de secours permettant de sauvegarder la constitutionnalité du dispositif statutaire².

Certains auteurs ont néanmoins proposé plusieurs alternatives pour mettre en route une procédure de négociation statutaire³. D'une part, il a été évoqué la possibilité de faire appel au concept de plus grande représentativité qui permet aux syndicats plus représentatifs de niveau étatique et de CCAA ainsi qu'à leurs affiliés d'enclencher un processus de négociation⁴. D'autre part, il a été proposé d'appliquer le processus de négociation catégorielle instauré par la réforme de 1994⁵. Cette proposition présente un

¹ « Il est clair que la légitimation de négociation établie dans l'ET est conditionnée à l'existence dans l'entreprise de représentants des travailleurs puisque, ou bien, la légitimation initiale leur est attribuée, ou bien, pour que soit reconnue la légitimation pleine, les sections syndicales qui négocient doivent être celles qui comptent la majorité des représentants unitaires de l'entreprise » (C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 79 et M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 141).

² Pour tous, I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 51.

³ Il s'agit en réalité des mêmes alternatives proposées lorsqu'il n'existe pas de représentant unitaire dans un secteur d'activité, voir supra, n° 255.

⁴ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2000, p. 256; R.P. RON LATAS, « Artículo 87: legitimación », in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Edersa, 2001, p. 195; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 52 qui estime néanmoins que dans les entreprises dans lesquelles peuvent être célébrées des élections, « la négociation de convention statutaire ne devrait pas être admise considérant qu'on ne peut bénéficier des droits attribués par l'ET sans remplir ses exigences ».

⁵ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, « La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo », *REDT*, 1995, n° 70, p. 234. Voir également, I.A. RODRÍGUEZ CARDO (op. cit., p. 52), sans préjudice de la même réserve déjà exposée.

Dans un autre ordre d'idée, un secteur doctrinal avait soutenu que l'article 87.1 al.2 *in fine* pouvait viser l'hypothèse d'une négociation dans un centre de travail compris dans une entreprise de structures complexes. La disposition légale selon laquelle la convention ne doit pas affecter tous les salariés de l'entreprise ne s'envisage plus d'un point de vue personnel mais fonctionnel, l'entreprise ou le centre de travail (voir dans ce sens, C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 1994, p. 99; S. PEÑA OBIOL, loc. cit., p. 52 ; T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 237. Voir également M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 17^e ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2009, p. 221, qui prennent cependant acte des dernières réformes légales et changent de position excluant le centre de travail, voir op. cit., 2012, p. 230). Dès lors, la négociation statutaire dans un centre de travail dépourvu de représentant unitaire serait possible. Néanmoins comme nous l'avons déjà abordé, outre la tendance générale de l'ET à assimiler entreprise et centre de travail, il convient d'admettre que cet article

grand intérêt et s'avère incontestablement plus facile à mettre en place à ce niveau qu'au niveau sectoriel. Néanmoins, la majorité de la doctrine estime que ces alternatives passent obligatoirement par une intervention législative¹. La réforme de 2011 n'a sur ce point et contrairement au cadre sectoriel, prévu aucune règle alternative permettant la mise en œuvre d'un processus de négociation. Face à l'absence de représentants unitaires, un auteur évoque enfin comme ultime solution, la possibilité pour les salariés de recourir à la grève afin de conclure un accord de fin de conflit doté des mêmes effets juridiques qu'une convention collective².

L'impossibilité de mettre en place une procédure de négociation qui peut aboutir à la conclusion d'une convention dotée d'effet normatif et général, constitue, sans nul doute, « *une lacune juridique importante* » du système de négociation collective espagnol³. Trois considérations peuvent appuyer cette affirmation. D'une part, l'absence de représentation unitaire peut résulter d'une multiplicité de situations dans lesquelles la passivité des salariés ne peut être mise en cause⁴. D'autre part, il s'avère paradoxal que ce cadre légal restrictif se caractérise, dans le même temps, par la tendance légale à renvoyer à la négociation collective d'entreprise la régulation de pans importants des conditions de travail. Enfin, il est fort regrettable que le dispositif statutaire convertisse le droit de grève en un possible substitut du droit à la négociation collective.

En définitive, l'appréciation de l'exigence majoritaire par rapport aux représentants unitaires conduit à ériger l'audience électorale mesurée lors des élections syndicales en critère central permettant de négocier effectivement une convention collective statutaire. Elle ne constitue donc pas seulement le critère de mesure de la

opère une distinction relative au champ personnel de la convention et reste, par conséquent, circonscrit aux accords catégoriels (voir supra, n° 181).

¹ Ce que constate par ailleurs F.J. GÓMEZ ABELLEIRA et I.A. RODRÍGUEZ CARDO. Dans le même sens, C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 80 ; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 149 ; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 397.

² F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 1995, p. 235. Deux autres alternatives ont également été proposées. Les salariés peuvent, d'une part, désigner des représentants *ad hoc* afin de mener une négociation ou, d'autre part, négocier directement avec l'employeur. Nous considérons toutefois que ces deux hypothèses s'écartent du processus de négociation statutaire et renvoient à d'autres questions qui feront l'objet d'une analyse approfondie dans d'autres développements du travail. La négociation conduite par des représentants *ad hoc* renvoie alors à l'analyse des divers produits de l'autonomie collective (voir infra, n° 679, 765). La négociation directe entre salariés et employeurs se rapporte quant à elle aux questions relatives aux rapports entre l'autonomie individuelle et l'autonomie collective (voir infra, n° 521).

³ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 150.

⁴ Outre les règles légales relatives au processus électoral (voir supra, n° 130), force est de constater que, dans la pratique, il n'est pas acquis qu'une entreprise qui doit légalement compter sur de telles institutions, en soit effectivement dotée (pour approfondir sur les diverses hypothèses légales conduisant à l'absence de représentation unitaire, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 1995, p. 228 s.).

représentativité syndicale mais représente la clef de voûte de l'appréciation de la légitimation nécessaire à la conclusion d'une convention statutaire. Observons cependant que la négociation n'est pas en soi impossible. En effet, la réforme de 2010 prévoit, dans des hypothèses spécifiques, la négociation d'accords d'entreprise avec une commission ad'hoc qui permet de contourner l'absence de représentants unitaires¹.

270. La négociation d'une convention catégorielle constitue alors la seule exception à l'hégémonie du critère de l'audience électorale appréciée lors des élections syndicales. Dans la rédaction issue de la réforme de 1994, l'article 87.1.al.2 *in fine* ET prévoyait qu'« *il sera nécessaire que les travailleurs inclus dans son champ d'application [de la convention] aient adopté un accord exprès, suivant les critères de l'article 80 de cette loi, de désignation à effet de négociation, des représentations syndicales implantées dans ledit champ d'application* ». La réforme de 2011 a modifié ce précepte. Désormais aux termes de l'article 87.1 al. 4 ET, peuvent négocier les sections syndicales « *qui ont été désignées majoritairement par leurs représentés au travers d'un vote personnel, libre, direct et secret* ». Aucun renvoi à l'article 80 ET n'est effectué permettant à l'article 87.1 al. 4 ET de s'appliquer de manière autonome.

Dans ce cadre, nous nous proposons tout d'abord de retracer les principales difficultés inhérentes à la formulation issue de la réforme de 1994 avant d'aborder les apports de la nouvelle rédaction légale.

271. Antérieurement à la réforme de 2011, l'accomplissement de l'exigence majoritaire est consécutive à l'adoption d'un *accord exprès suivant les critères de l'article 80 de cette loi* », aux termes duquel « *quand est soumis à l'assemblée par ceux qui l'ont convoquée, l'adoption d'accords qui affectent l'ensemble des travailleurs, le vote favorable personnel, libre, direct et secret, incluant le vote par courrier, de la moitié plus un des travailleurs de l'entreprise ou du centre de travail, sera nécessaire pour valider ces accords* ». L'exigence majoritaire est donc bel et bien présente² et se

¹ Voir infra, n° 765.

² En raison de l'efficacité de la convention qui s'applique à tous les salariés de la catégorie professionnelle, la majorité correspond à une majorité absolue, à la moitié plus un des votes de l'ensemble des salariés affectés (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 125. Contre cette interprétation, estimant que la majorité correspond à l'obtention de 51% des votes, M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 353).

mesure directement par le vote des salariés appartenant à la catégorie professionnelle affectée par la convention¹.

La regrettable technique du renvoi législatif pose toutefois plusieurs difficultés. En effet, l'article 80 ET s'inscrit dans un processus plus large relatif à l'exercice du droit de réunion reconnu aux salariés dont l'adoption d'un accord constitue le point culminant². Dès lors, une controverse doctrinale est apparue. L'adoption de l'accord doit-elle s'effectuer de manière isolée ou doit-elle être précédée de l'ensemble de la procédure régissant le droit de réunion et ainsi être approuvée lors d'une assemblée³? Pour certains auteurs la convocation d'une assemblée n'est pas nécessaire. Le renvoi à l'article 80 ET vise uniquement à prévoir les conditions de la votation⁴. Dans ce cas, l'accord poursuit l'unique objectif de refléter la volonté des travailleurs au travers du mode référendaire. D'autres auteurs se prononcent au contraire pour l'indispensable convocation d'une assemblée⁵.

La force des arguments est en réalité partagée. La transposition du dispositif relatif à l'assemblée en matière de convention catégorielle pose il est vrai de nombreuses difficultés⁶. Celle-ci est en effet conduite par la représentation unitaire qui y joue un rôle central. Il s'avère alors paradoxal que l'intervention des représentations syndicales dans la négociation soit dépendante en amont de l'intervention de la représentation unitaire. Plus loin, le caractère strict de la formulation légale qui se réfère expressément et de manière exclusive à l'article 80 ET ne devrait pas conduire à élargir sa portée à l'ensemble de la procédure du droit de réunion. Néanmoins, le référendum qui « *se définit normalement comme une votation dans laquelle les termes sont nécessairement alternatifs (ou voter oui, ou voter non) et dans laquelle la question soumise est préétablie* »⁷ s'avère incapable de prendre en compte la diversité des situations relatives au processus de désignation des représentations syndicales parties à

¹ F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 156. L'auteur souligne alors la nécessité de procéder à l'élaboration d'une liste nominative de tous les salariés affectés par la convention (p. 159).

² Art. 77 à 81 ET. Pour approfondir à propos de la régulation du droit de réunion, M.A. LIMÓN DUQUE, *Derecho de reunión y relaciones laborales*, Madrid, CES, 1996 et J.L. MONEREO PÉREZ « *Ámbito subjetivo del derecho de reunión y de asamblea en la empresa* », *AL*, 1992-III, p. 863.

³ La doctrine a souligné que l'article 80 ET se compose de deux aspects : d'une part, la convocation d'une assemblée comme droit de réunion et d'autre part, l'adoption d'un accord à travers un référendum. Pour approfondir, voir M.A. LIMÓN DUQUE, op. cit., p. 119 s.

⁴ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 120 ; F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 145 ; M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 313 s. ; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, loc. cit., 2000, p. 1533 ; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 432.

⁵ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 188 et 221 ; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 79.

⁶ Pour approfondir, M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 313 s. ; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 132.

⁷ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 320.

la négociation. Par conséquent, force est de constater que la convocation de l'assemblée ou le recours direct au référendum pose tous deux des problèmes pratiques qui empêchent de se prononcer de manière catégorique.

Il convient donc d'admettre que l'accord exprès de désignation doit pouvoir être adopté selon des « *possibilités variées et non exclusives* »¹. Dans ce cadre, nous considérons que la disposition légale doit être interprétée largement et vise simplement à encadrer les règles d'adoption de l'accord exprès qui doit dans tous les cas permettre de refléter le choix des salariés au travers de leur vote majoritaire, « *personnel, libre, direct et secret* »². Sans prétention d'exhaustivité, il convient alors de distinguer différentes hypothèses :

Si toutes les sections syndicales implantées ont réussi à s'entendre afin d'élaborer une liste et qu'aucune pratique antisyndicale n'est détectée, elles peuvent alors organiser directement une consultation qui prendra la forme référendaire en marge des règles relatives au droit de réunion. Les salariés se prononceront alors sur la liste qui leur est soumise dans les conditions fixées à l'article 80 ET, c'est-à-dire, au travers de leur vote « *personnel, libre, direct et secret, incluant le vote par courrier* ». Le banc social de la commission de négociation de la convention sera alors valablement constitué si, à l'issue du référendum, la liste a reçu, en vertu de l'article 80 ET, le vote favorable de la moitié plus un des travailleurs affectés³.

L'hypothèse selon laquelle les sections syndicales ne se sont pas accordées sur la liste à soumettre directement aux salariés pose plus de difficultés. Deux situations doivent alors être envisagées.

Premièrement, une procédure de votation est directement organisée par une ou des sections légitimes⁴. Dans ce cadre, le vote des salariés ne porte pas directement sur une liste préétablie mais sur l'ensemble des sections syndicales « *implantées* » qui prétendent participer à la négociation. La reconnaissance de légitimation initiale passe

¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 323. Dans le même ordre d'idée, F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 158 qui estime qu'« *en l'absence de règles plus détaillées, l'interprétation du précepte devra se faire dans un souci d'exécution pratique en donnant priorité à la volonté des propres sujets impliqués qui décideront dans chaque cas quelle est la meilleure formule pour arriver à la désignation des négociateurs* ».

² Nous adhérons donc à la position selon laquelle, le renvoi de l'ancien article 87.1 al 2 *in fine* à l'article 80 ET, « *exige uniquement et littéralement que l'accord de désignation que doivent adopter les travailleurs, respecte strictement les exigences formelles et matérielles établies* » (M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 322).

³ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 320.

⁴ Pour approfondir, M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 327.

alors obligatoirement par cette « *procédure d'appui électoral des travailleurs* »¹, et est reconnue aux sections syndicales qui ont été votées (ou « *désignées* »)². L'exigence de majorité qui permet de reconnaître la légitimation pleine est alors atteinte si la section syndicale ou les sections syndicales qui composent la commission ont recueilli, individuellement ou ensemble respectivement, plus de la moitié des votes des salariés³. Reste alors à procéder à la désignation des membres de la commission et à la répartition des postes pour terminer le processus de constitution de la commission et pour apprécier finalement sa validité.

La votation directe des salariés peut également être mise en œuvre par une seule section syndicale implantée. La décision des salariés vise alors à reconnaître ou pas à cette section la faculté de négocier une convention⁴. On se rapproche donc de l'hypothèse du référendum afin d'approuver une liste consensuelle. Cette hypothèse n'est pas contraire au principe de liberté syndicale puisque toutes les sections syndicales implantées peuvent décider de participer à la procédure de votation⁵. Leur absence s'explique alors par une différence de politique syndicale ou par leur désaccord sur

¹ Selon la dénomination de M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 322 s. qui souligne que ce processus « garde une « *convergence fonctionnelle substantielle* » avec les normes contenues dans l'ET pour les élections des représentants unitaires des travailleurs [sans toutefois] admettre une extrapolation intégrale de l'ensemble des préceptes du processus électoral des représentants unitaires » (p. 324).

² En définitive, les sections syndicales « *implantées* » qui ont reçu au moins un vote peuvent intégrer la commission de négociation, sans préjudice des règles relatives à la répartition des postes dans la commission (voir infra, n° 281). Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 120. Voir également M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 297 ; C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 430 ; C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 87 pour qui la reconnaissance de la légitimation du fait de leur implantation constitue « *une expectative* » puisque celle-ci « *reste sujette à sa ratification par les travailleurs directement affectés* ». Deux interprétations doctrinales différent néanmoins de cette lecture.

Pour une auteure, les représentations syndicales doivent, dans tous les cas, obtenir individuellement plus de la moitié des votes des salariés affectés. Deux options doivent alors être envisagées: ou bien, il est établi que les salariés peuvent voter pour une seule représentation. Dans ce cas, une seule représentation obtiendra la majorité des votes et pourra négocier. Ou bien, il est établi que les salariés peuvent voter pour plusieurs représentations. Dans ce cas, toutes celles qui ont reçu le vote de plus de la moitié des salariés participent à la négociation. La répartition des postes de la commission de négociation s'effectuera alors au travers du principe de proportionnalité selon les votes obtenus (F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 156 et 164).

Une opinion isolée considère enfin que cet accord vise uniquement à procéder à la répartition au sein de la commission. Dans ce cas, toutes les sections implantées possèdent la légitimation initiale et comptent au minimum sur un représentant au sein de la commission (R. GALLARDO MOYA, « Un nuevo tipo de convenios colectivos : los convenios colectivos de franja en la nueva Ley 11/1994 », in *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Coord. J. CRUZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 151).

³ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 324.

⁴ STS du 28 fév. 2000, Ar/2246.

⁵ Si d'autres sections syndicales se présentent, nous revenons donc à l'hypothèse de la « *procédure d'appui électoral* ».

l'opportunité de négocier une telle convention mais ne peut résulter d'une pratique antisyndicale conduisant à leur exclusion arbitraire ou injustifiée.

Deuxièmement, une assemblée est, préalablement à la procédure de votation, organisée¹. Avant d'analyser les fonctions et le rôle de cette assemblée, il importe tout d'abord de s'attacher aux conditions de sa convocation. La doctrine a alors souligné que la procédure régulée aux articles 77 à 80 ET ne peut être transposée totalement en la matière et devra, par conséquent, être sujette à des adaptations, notamment quant aux sujets habilités à convoquer l'assemblée².

En ce qui concerne la finalité de cette assemblée, elle peut permettre l'élaboration de la liste des représentations syndicales constituant la commission de négociation³. L'assemblée sera alors suivie d'un vote sur le modèle référendaire au cours duquel les salariés approuveront ou refuseront la liste qui est proposée. D'autre part, elle peut prendre la forme d'échanges d'opinions, de débats permettant aux salariés de prendre connaissance des différentes options syndicales sans aboutir à l'élaboration d'une unique liste. La procédure de votation correspondra alors à l'hypothèse de la « *procédure d'appui électoral* » déjà envisagée.

272. La réforme de 2011 vient alors dans une certaine mesure clore les débats. En exigeant uniquement que les représentés puissent s'exprimer au travers d'une votation « *personnelle, libre, directe et secrète* », elle permet d'envisager l'hétérogénéité des possibles situations pratiques⁴.

273. En guise de conclusion, il convient de mettre en exergue l'hétérogénéité des procédures pouvant être mises en œuvre. Le dispositif légal se présente dès lors comme un modèle ouvert laissant une grande marge de liberté quant à la procédure de

¹ La doctrine souligne qu'il s'agit, dans la pratique, de la voie la plus utilisée puisque c'est la procédure la mieux adaptée au processus de prise de décision en la matière (F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 157).

² F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 157 s. Il s'agit non pas des représentants unitaires mais des représentations syndicales intéressées. La jurisprudence, bien qu'implicitement, semble confirmer cette affirmation (STS du 6 mai 1998, Ar/4098 et STS du 4 oct. 1999, Ar/7759). Les salariés peuvent également convoquer l'assemblée selon les dispositions de l'article 77 ET relatif au droit de réunion (concrètement 33% des salariés de la catégorie professionnelle). Une auteure s'était prononcée pour l'application stricte des règles prévues aux articles 77-79 ET soulignant alors les nombreuses difficultés qui en découlaient (M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 323, qui affirmait que « *l'assemblée devra être convoquée de manière adéquate et se dérouler conformément à la régulation de l'ET* »).

³ Là encore, une seule section syndicale peut être candidate.

⁴ Il est ici intéressant de noter qu'aucune référence au vote par courrier n'est effectuée alors que cette modalité de votation était expressément prévue à l'article 80 ET. Dès lors, quand bien même sa mise en œuvre demeure possible, il ne s'agit plus d'un droit pour les salariés.

désignation. Il a cependant défini des exigences incontournables et, selon nous suffisantes, pour donner légitimité aux représentations syndicales désignées. En effet, les conditions de la désignation se rapprochent fortement, sans toutefois se confondre, du processus électoral des représentants unitaires puisque l'audience reste au cœur du dispositif¹. Elle ne s'apprécie pas par rapport aux élections syndicales mais par le vote des salariés qui se prononcent directement sur la légitimation conventionnelle des représentations syndicales². Consécutivement, la légitimité de cet accord justifie, selon nous, que les sections syndicales des syndicats de l'article 8.2 b) LOLS et celles de syndicats comptant sur des affiliés dans la catégorie affectée, puissent participer à la procédure de désignation³.

Le dernier point nous amène à adopter une perspective comparatiste et à souligner que le recours direct à l'approbation des salariés est également prévu en droit français⁴. Néanmoins, trois différences fondamentales subsistent. D'une part, le vote direct des salariés est possible uniquement lorsque l'entreprise est dépourvue de DS et que la représentation élue ne peut négocier. D'autre part, il permet la conclusion d'accord collectif qui ne vise pas uniquement une catégorie professionnelle. Enfin, alors qu'en Espagne, l'accord porte sur la désignation des négociateurs⁵, il vise, en France, à valider un accord collectif.

3. La répartition des postes dans la commission : l'application jurisprudentielle du principe de proportionnalité représentative avant sa consécration par la réforme de 2011

274. Antérieurement à la réforme de 2011 et contrairement aux dispositions relatives à la constitution de la commission au niveau sectoriel, les anciens articles 87.1

¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 325 s. et F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 145. Le professeur VALDÉS évoque ainsi le passage d'une audience syndicale à une audience contractuelle et assimile l'accord exprès de désignation à « *un ersatz des élections des représentants unitaires* » (loc. cit., 1994, p. 262).

² La doctrine évoque ainsi une légitimation *ad hoc* contrairement à celle obtenue lors des élections syndicales qui passent par le filtre de l'élection de la représentation unitaire (F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 146).

³ Voir dans ce sens, J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2000, p. 248 et « La legitimación negocial y el deber de negociar en los convenios colectivos de franja », *RL*, 2000, n° 15-16, p. 61.

⁴ Voir *infra*, n° 330.

⁵ La doctrine espagnole a alors souligné que, sans se confondre avec lui, puisque de nombreuses différences persistent, le système espagnol se rapproche du système instauré aux Etats-Unis dans le sens où la sélection des négociateurs s'opère par un critère électif (F. VALDÉS-DAL RÉ, loc. cit., 1994, p. 263; M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 325 s. et F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 2005, p. 142. Pour approfondir sur le droit américain voir, S. NERON, op. cit.

et 88.1 al. 1 ET n'apportaient aucun élément permettant de guider le mode de répartition des postes dans les commissions de négociation au niveau de l'entreprise. La vocation générale du principe de proportionnalité s'est néanmoins imposée et a permis de résoudre les difficultés pouvant surgir lorsque négocient les représentations syndicales ou la représentation unitaire et que le nombre de postes à pourvoir est inférieur aux sections syndicales légitimes ou au nombre de représentants unitaires élus dans l'entreprise.

C'est alors fort logiquement que le nouvel article 88.1 ET issu de la réforme de 2001 énonce de manière générale et pour l'ensemble des commissions de négociation, que les parties dotées de légitimation initiale en vertu de l'article 87 ET, intègrent la commission « *en proportion à leur représentativité* ».

275. Antérieurement à la réforme de 2011, lorsque les sections syndicales prétendent négocier une convention, la jurisprudence et la doctrine se sont unanimement prononcées pour l'application du principe de proportionnalité qui est alors directement connecté à la nature syndicale des négociateurs et à la conjointe exigence du respect du droit de liberté syndicale¹.

Lorsqu'il s'agit de la représentation unitaire, l'unanimité doctrinale cesse². La composition de la commission de négociation s'opère en général par le passage direct des membres du comité à la commission qui est alors valablement formée³. Le passage de 12 à 13 membres réalisé par la réforme de 2011 permet ainsi de faciliter la constitution des commissions dans la majorité des cas⁴. Néanmoins, dans les entreprises qui comptent sur plus de 500 salariés, dans les entreprises composées de plusieurs centres et que la négociation est conduite par l'ensemble des représentations unitaires de

¹ STC 137/1991 du 20 juin; STCT du 20 mai 1985, Ar/3627; STCT 20/06/86, Ar/5337; STCT 18 nov. 1987, Ar/26763. Pour la doctrine, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 217; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 224; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 225.

² Dans tous les cas, l'élaboration de la jurisprudence relative à l'application générale du principe de proportionnalité s'est développée dans des litiges relatifs à la composition de la commission lors de négociations conduites par la représentation unitaire (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.204).

³ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 40; F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1982, p. 75.

⁴ Art. 66.1 ET. Cet article établit la table de correspondance entre l'effectif de l'entreprise et le nombre de représentants unitaires qui doivent être élus. Il prévoit notamment qu'à partir de 250 salariés, l'entreprise doit compter sur un comité composé de 13 membres ce qui posait certaines difficultés lorsque le nombre de membres de la commission était limité à 12 membres. Dans le même ordre d'idée, cette augmentation du nombre de membres de la commission dans la réforme de 2011 permet également de résoudre les difficultés dans les hypothèses dans lesquelles la négociation était conduite par le comité intercentres dont la composition peut également être de 13 membres (art. 63.3 ET).

ces centres, le nombre de représentants élus est fréquemment supérieur à la limitation numérique de 13 membres fixés par la loi.

Dans ces cas, la représentation unitaire en tant que telle conserve la légitimation pleine mais tous les représentants ne peuvent intégrer la commission. Deux options peuvent alors être retenues. Une première option consisterait à retenir l'application du principe de majorité. L'organe de représentation unitaire procéderait ainsi à la composition de la commission au travers du principe majoritaire conformément aux règles classiques de son fonctionnement¹. L'inconvénient majeur de cette option réside dans la non-prise en compte de la syndicalisation des organes de représentations unitaires. L'application du principe majoritaire aboutirait en effet à la neutralisation d'options syndicales minoritaires et, corrélativement, à la possibilité pour une liste syndicale majoritaire de s'auto-attribuer la totalité des postes de la commission.

Le nécessaire respect du pluralisme des options syndicales choisies par les travailleurs lors de l'élection conduit dès lors à envisager une deuxième option capable de refléter la répartition des forces syndicales du comité dans la commission de négociation². C'est donc naturellement que le principe de proportionnalité s'est imposé au sein de la doctrine majoritaire³.

Dès 1985, la position jurisprudentielle s'était prononcée pour l'application du principe proportionnel en raison de la syndicalisation des organes de représentation unitaire⁴. Dans la pratique, son application n'est toutefois pas exclusive puisque la

¹ Se fondant justement sur les règles de prise de décision à la majorité de leurs membres, certains auteurs ont écarté l'application du principe de proportionnalité comme règle générale. Antérieurement à la réforme de 1994, voir T. SALA FRANCO et J.M^a GOERLICH PESET, « La designación de los vocales laborales en la comisión negociadora de los convenios colectivos de empresa », *PJ*, 1987, n° 8, p. 167. Plus récemment, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, estime que le principe majoritaire est la règle générale et que le principe de proportionnalité doit se « limiter à opérer comme un critère de solution quand la décision devient conflictuelle en produisant une atteinte aux droits de certains représentants » (op. cit., p. 250).

² Dans cet ordre d'idée, la prise en compte de la syndicalisation des organes de représentation unitaire est explicitement reconnue par la loi 32/1984 du 2 août qui a modifié l'article 63.3 ET prévoyant que « la constitution du comité intercentres conservera la proportionnalité des syndicats, selon les résultats électoraux obtenus globalement »

³ Antérieurement à la réforme de 1994, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., 1985, p. 175 qui souligne par ailleurs que la jurisprudence appliqua initialement ce principe lors de litiges relatifs à la composition de la commission formée de représentants unitaires (p. 74); F. PÉREZ AMORÓS, « La designación de los componentes del «banco social» de la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa negociado por el comité de empresa », *RL*, 1988-I, p. 467. Plus récemment I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 135.

⁴ Voir notamment parmi une jurisprudence abondante, STCT 29 nov. 1985, Ar/6677; STCT du 17 mars 1987, Ar/7076 ; STCT du 23 juin 1987, Ar/14724 ; STS (u.d.) du 31 oct. 1995, Ar/7937. Dans un premier temps, le TCT avait toutefois admis que la volonté majoritaire des membres du comité puisse, sans interférence, désigner les membres du banc social de la commission (STCT du 22 juin 1981, Ar/4275 et du 10 déc. 1982, Ar/7927) et affirmé que le principe de proportionnalité était optionnel ou

désignation des membres de la commission demeure soumise à l'accord majoritaire des membres des organes de représentation unitaire¹.

En définitive, antérieurement à la réforme de 2011, bien que l'ET ne faisait aucune référence au principe de proportionnalité représentative en matière de négociation de convention d'entreprise ou de niveau inférieur, il s'appliquait de manière générale dans tous les cadres de négociation, sans distinction entre les représentants syndicaux et unitaires². Indiscutablement, ce principe permet de respecter l'égalité de traitement entre syndicats, évite toute discrimination et constitue un mécanisme préalable de résolution de conflits intersyndicaux³.

Sa reconnaissance explicite et générale dans la réforme de 2011 ne fait cependant pas totalement disparaître les différences applicatives par rapport au niveau sectoriel.

276. Premièrement, l'application du principe de proportionnalité représentative n'est pas altérée au niveau de l'entreprise par la reconnaissance d'un droit de faire partie de la commission⁴ et s'applique donc de manière plus stricte⁵. Dans ce cadre, le TS a affirmé que le droit à la négociation collective d'une section syndicale issue d'un syndicat présent dans les organes de représentation unitaire n'est pas atteint si son absence de la commission de négociation est la conséquence de l'application du principe de proportionnalité et de la limite impérative établie à l'article 88.3 ET⁶; l'exclusion se justifie donc « *par un impératif légal* » et ne peut être qualifiée

facultatif (STCT du 28 juill. 1982, Ar/4621 ; STCT du 24 sept. 1984, Ar/7281 ; STC du 30 juin 1986, Ar/5350).

Le Tribunal Constitutionnel estima quant à lui que « *la doctrine et la jurisprudence majoritaires entendent que si la représentation élue négocie, la désignation des composants du banc social de la commission de négociation doit être proportionnelle à l'indice de représentativité que chaque syndicat aura dans cette représentation élue* » STC 137/1991 du 20 juin. L'intervention du TC en la matière est directement connectée à l'intégration du droit à la négociation collective au contenu essentiel de la liberté syndicale (F. NAVARRO NIETO, loc. cit., 1998, p. 460).

¹ En vertu de l'article 65.1 ET (STCT du 8 juin 1987, RTCT/14699). Voir également M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 223.

² Pour le Tribunal Suprême, il « *inspire la législation espagnole en vigueur* », STS du 31 oct. 1995, Ar/7937.

³ Pour approfondir, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 221.

⁴ En effet, nous avons souligné antérieurement que l'article 87.5 ET est inapplicable au niveau de l'entreprise.

⁵ Rappelons tout d'abord les altérations dues à l'existence de décimales (voir supra, n° 261).

⁶ Un secteur doctrinal soutient néanmoins que cette limitation pourrait être dépassée afin de garantir l'exercice du droit à la négociation d'un syndicat qui, par application du principe de proportionnalité et de cette limitation pourrait être exclu de la commission. Selon cette position doctrinale, ce critère « *n'est pas légalement destiné à résoudre une question essentielle pour la nature statutaire de la convention mais sert une finalité instrumentale et opérative pour la dynamique de la négociation* » (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.191; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 127).

d'arbitraire ou d'injustifiée¹. Le même raisonnement est adopté dans l'hypothèse d'une réduction du nombre des membres de la commission. Nous avons déjà affirmé que la réduction du nombre de membres de la commission porte atteinte à la liberté syndicale si celle-ci vise à exclure une section légitime². Les juges appliquent alors la même argumentation si cette réduction vise à réduire le poids d'une option syndicale dans la commission sans aboutir toutefois à son exclusion³.

Il est ici intéressant de souligner les propos de M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE qui souligne que le droit de faire partie de la commission présente une double dimension⁴. Dans sa dimension positive, il permet de garantir un poste dans la commission à toutes les options syndicales qui possèdent la légitimation initiale. Dans sa dimension négative, le droit de faire partie de la commission vise à empêcher tous les comportements antisyndicaux dont l'objectif est d'exclure ou de réduire la participation d'une représentation syndicale. Dés lors, à partir de cette distinction, il est possible d'affirmer qu'au niveau de l'entreprise, chaque option syndicale se voit reconnaître le droit de faire partie de la commission de négociation proportionnellement à sa représentativité mais ne dispose pas pour autant de manière automatique d'un poste en vertu de sa légitimation initiale.

L'application stricte du principe de proportionnalité souffre néanmoins d'une exception lorsque la représentation unitaire conduit la négociation. En effet, son application stricte conduirait à prendre en compte de manière individuelle chaque élu indépendant, ce qui rendrait extrêmement difficile, voire impossible, que les candidatures indépendantes puissent obtenir un poste dans la commission. Les juges ont donc affirmé que la proportion de ces candidatures devait être appréciée de manière

¹ STS du 20 déc. 1995, Ar/9841 ; STCT du 18 nov. 1987, Ar/26763 ; STSJ de Cantabria du 24 juill. 1990, Ar/1934.

Antérieurement, dans l'hypothèse d'une négociation conduite par les représentants unitaires, le TCT avait néanmoins garanti la présence d'un syndicat dans les organes de représentation unitaire malgré son caractère extrêmement minoritaire au détriment de la représentation des syndicats majoritaires (STCT du 21 déc. 1988, Ar/628, STCT du 31 oct. 1989, Ar/116). Cette ligne jurisprudentielle est en droit positif, totalement dépassée.

² Voir supra, n° 265.

³ STS du 5 nov. 1998, Ar/8916 (dans ce litige, les juges n'ont pas retenu d'atteinte au principe de proportionnalité, relevant que la commission était par tradition composée de 9 membres, ce qui écartait l'argument selon lequel la réduction du nombre de membres visait à porter préjudice à la représentation proportionnelle d'un syndicat dans la négociation considérée) ; STS du 13 nov. 1997, Ar/8310 (dans ce litige, le syndicat n'a pas démontré que la réduction du nombre des membres consistait en un exercice abusif de la liberté des parties).

⁴ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 157.

globale pour prendre en compte les représentants élus indépendants dans leur ensemble¹.

277. Deuxièmement, en ce qui concerne les critères et le cadre d'appréciation de l'audience électorale permettant d'effectuer la répartition proportionnelle, les problématiques soulevées au niveau sectoriel sont largement transposables mais présentent certaines particularités.

Le critère d'appréciation de l'audience électorale suit la ligne générale en la matière. Dès lors, comme au niveau sectoriel, la répartition s'effectue par rapport au nombre de représentants élus² et par rapport à la première composition de la commission, consécutive du dernier processus électoral. La jurisprudence a rappelé expressément, dans l'hypothèse d'une négociation d'entreprise, que la répartition s'effectue par rapport à la « *composition électorale* » du comité, et non par rapport à sa « *composition effective* » au moment du commencement des négociations³. En définitive, la répartition s'effectue « *selon la configuration ou la distribution des membres du comité d'entreprise au moment de sa constitution ou de ses possibles renouvellements pour substitution ou élections partielles* ». Dès lors, les postes vacants pour démission, mutation ou licenciement du représentant élu, qui n'ont pas été couverts au moment du commencement des négociations sont sans effet sur la répartition proportionnelle. Cette solution permet incontestablement de contrecarrer les effets négatifs du phénomène des transfuges syndicaux et d'éviter la prise en compte des « *vicissitudes de la relation de travail* » et « *l'interférence d'événements qui peuvent être éloignés de la relation représentative* »⁴. Les juges ont ainsi attaché une importance particulière au caractère électif du comité qui permet lors de sa constitution de refléter dans les meilleures conditions la volonté des travailleurs et ainsi, la répartition des forces syndicales dans l'entreprise. Un secteur doctrinal a néanmoins formulé de nombreuses critiques à l'encontre de cette solution⁵, soulignant qu'elle peut aboutir à

¹ STS du 30 oct. 1995 (Ar/7930). I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 135. L'audience électorale des élus indépendants se mesure en fonction du pourcentage obtenu par l'ensemble d'entre eux et non de façon individuelle. Cette modalité permet de garantir une plus grande égalité avec les élus syndicaux.

² Et non pas, par rapport au nombre de votes obtenus par chaque candidature (STCT du 7 sept. 1987, Ar/20186 commentée par I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *RL*, 1988, p. 610).

³ Voir par exemple STS 17 oct. 1994, Ar/8053.

⁴ STS u.d. du 31 oct. 1995, Ar/7937.

⁵ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., p. 198 et 223-224, F. NAVARRO NIETO, op. cit., 1993, p. 218.

l'impossibilité pratique pour un syndicat de participer à un processus de négociation¹. Il est néanmoins opportun de ne pas prendre en considération les agissements individuels des représentants (transfuge syndical ou démission des représentants) ou les événements liés à la vie économique de l'entreprise (mutation ou licenciement des représentants). L'appréciation de la proportionnalité par rapport à l'audience électorale est dans ce sens la solution la plus appropriée et la plus fidèle à la volonté des travailleurs. La problématique réside alors bien plus dans l'ampleur et la généralité de son application. En effet, elle doit, selon nous, demeurer la règle générale en la matière mais doit pouvoir être écartée de manière exceptionnelle pour prendre en compte des situations extrêmes dans lesquelles la composition électorale du comité ne reflète manifestement plus la volonté des travailleurs².

En ce qui concerne le cadre de référence de la représentativité des différentes options syndicales, lorsque la représentation unitaire négocie, la répartition des postes s'effectue logiquement par rapport à l'ensemble des représentants élus dans l'entreprise. Il convient alors de « *diviser le nombre de représentants des travailleurs établis dans l'entreprise par le nombre de postes de la partie sociale dans la négociation. Le quotient sert à attribuer les postes dans la commission de négociation en divisant par celui-ci le nombre de représentants obtenus par chaque syndicat. Une fois établis ces résultats, s'il reste des postes vacants dans l'organe de négociation, ceux-ci seront appelés « restes », parmi lesquels peuvent entrer les syndicats qui n'atteignent pas le minimum nécessaire pour être inclus directement* »³.

278. La troisième série de difficultés concerne les conditions de répartition des postes de la commission lors de négociations dans une entreprise de structures

¹ Le Professeur SOLANS envisage notamment l'hypothèse d'une négociation conduite par le comité d'entreprise dans lequel l'ensemble des membres élus sous les sigles d'un syndicat s'affilie postérieurement à un autre syndicat. Le syndicat d'origine dispose du droit d'accéder à la commission en fonction de sa représentativité mesurée sur la composition électorale du comité mais ne dispose d'aucun membre physique dans la composition effective du comité. Une autre hypothèse se réfère au changement d'affiliation de l'ensemble des membres d'une section syndicale. La section syndicale est alors amenée à disparaître. Comment apprécier alors les règles de légitimation initiale et pleine ? Peut-elle être représentée dans la commission et par qui ? L'auteur envisage enfin la situation dans laquelle coïncident ces deux hypothèses et dans laquelle les représentants du syndicat d'origine comptent sur la majorité au sein du comité, pour conclure que dans ce cas « *extrême* », aucune procédure de négociation ne peut être envisagée (op. cit., 2003, p. 197-198).

² Cette proposition a été suivie par les Tribunaux lorsque le nombre d'élus s'est réduit postérieurement aux élections du fait de la fermeture d'un des centres de travail de l'entreprise (SAN du 6 juill. 1993, AS/5609).

³ STS du 7 mars 2002, Ar/4667; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 102.

complexes ou dans un groupe d'entreprise et lors de négociations d'une convention catégorielle

279. Dans l'hypothèse d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail, lorsque la représentation unitaire négocie, la constitution d'un comité intercentres facilite indiscutablement la formation de la commission de négociation¹. Si un comité intercentres n'a pas été constitué, nous avons souligné antérieurement que l'ensemble des représentations unitaires des divers centres composant l'entreprise peuvent intervenir. La constitution de la commission de négociation s'effectue alors par rapport au poids des différentes candidatures syndicales présentes dans les organes de représentation unitaire des divers centres apprécié sur la totalité de l'entreprise². Lorsque la négociation est conduite par les différentes sections syndicales, généralement constituées au niveau de chaque centre³, malgré la mise à l'écart des sections syndicales légitimes mais absentes ou minoritaires dans les organes de représentations unitaires, un nombre important de sections peut prétendre accéder à la commission, ce qui pose de nombreux problèmes au moment de répartir les postes. Dans ce sens, l'intervention directe des syndicats est souhaitable et admise⁴, « *puisque'il ne serait pas logique d'imposer que le droit à la négociation collective ait à s'exercer de manière complexe au travers de nombreuses sections syndicales au lieu de l'instrumentaliser au travers du syndicat* »⁵. La réforme de 2011 qui renforce la section syndicale, ne devrait pas

¹ Si les différentes représentations optent pour constituer un comité intercentres composé de 13 membres, la mise à l'écart d'un membre s'effectue à travers l'application du principe de proportionnalité représentative (STCT du 1er avril 1987, Ar/9049 et J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., 1992, p. 163). Si le comité est composé d'un nombre de membres égal ou inférieur à 12, l'ensemble de ces membres intègre la commission (naturellement, si le comité décide de réduire le nombre de membre de la commission, le principe de proportionnalité sera appliqué). Notons toutefois que la jurisprudence a refusé le regroupement des représentants unitaires issus de listes indépendantes lors de la constitution du comité intercentres (STS 3 oct. 2001, Ar/8979). Dès lors, il est extrêmement complexe pour ces candidatures d'intégrer le comité et, par conséquent, de participer à la négociation. Paradoxalement, leur probabilité d'intégrer la commission lorsque l'ensemble des représentations unitaires négocie est plus importante puisque dans cette hypothèse, l'ensemble de ces candidatures est apprécié comme un seul bloc (pour approfondir, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 103).

² STCT du 17 mars 1987, Ar/7076, STCT du 23 juin 1987, Ar/14724. M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 105.

³ Les syndicats ont en effet tout intérêt à constituer leur représentation parallèlement à l'unité électorale et à l'unité de négociation.

⁴ Voir supra n° 178 et C.L. ALFONSO MELLADO et G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., p. 77.

⁵ STS du 16 fév. 2004, Ar/7304. Dans le même sens, les juges ont également affirmé que « *l'intervention du syndicat facilite la négociation au niveau instrumental en éliminant le coût de l'intervention de l'ensemble des sections. Pour cela, en principe, la négociation directe par le syndicat ou indirecte, au travers de ses sections, est un problème de régime interne, ou comme en l'espèce, d'opportunité, puisqu'il ne serait pas logique que 16 sections doivent exercer le droit et non pas le syndicat* » (STS du 28 fév. 2000, Ar/2246).

empêcher l'intervention directe d'un syndicat si aucun conflit ne se produit avec les membres de la section syndicale de l'entreprise.

280. Dans l'hypothèse d'un groupe d'entreprises, antérieurement à la réforme de 2011, le principe de proportionnalité trouve également application lors de la constitution de la commission, quelque soient les parties à la négociation. La représentativité des différentes options s'apprécie alors globalement par rapport aux représentants élus dans toutes les entreprises comprises dans le champ d'application de la convention. Dans tous les cas, le principe de proportionnalité représentative demeure, dans ces deux hypothèses, le mécanisme exclusif de répartition des postes¹. La réforme de 2011 ne remet naturellement pas en cause l'application du principe de proportionnalité qui s'apprécie désormais non plus par rapport aux nombres de représentants unitaires mais par rapport au pourcentage de représentants que possèdent les syndicats.

281. Enfin, lorsqu'il s'agit d'une convention catégorielle, la répartition des postes au sein de la commission de négociation amène à revenir à la procédure de désignation mise en place. Si les salariés affectés se sont prononcés au travers de la procédure référendaire, la liste préalable, objet du référendum, constitue alors par hypothèse la commission de négociation. Par conséquent, le principe de proportionnalité n'est pas s'appliqué en l'espèce. Par contre, si la désignation résulte d'un processus d'appui électoral permettant de désigner les sections syndicales qui négocieront effectivement la convention, la doctrine majoritaire estime que la répartition des postes doit alors s'effectuer en fonction du principe de proportionnalité par rapport aux votes obtenus lors du processus électoral². La doctrine se montre divisée

¹ En marge du principe de proportionnalité qui permet de prendre en compte le poids des différents syndicats, le Professeur CRUZ VILLALÓN proposa dans le cas d'une entreprise composée de plusieurs centres de travail de prendre également en compte la taille des centres de travail, soutenant qu'un centre de travail ayant un grand effectif devrait voir pris en compte ses problèmes spécifiques (op. cit., 1992, p. 69). Cette variable n'est pas retenue par la jurisprudence. Un secteur doctrinal estime de plus que son utilisation complexifierait le processus de répartition et ajouterait « *plus d'inconvénients que d'avantages* » (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 104-105).

² Une auteure a souligné dans ce sens que la « *convergence fonctionnelle substantielle* » du processus d'élections des négociateurs catégoriels avec celui des élections des représentants unitaires des travailleurs, conduit à admettre que les résultats obtenus par les différentes représentations syndicales « *se reflète finalement dans la composition du banc social de la commission de négociation* » (M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 324 ; voir également M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 221 ; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 81).

Deux options doctrinales minoritaires proposent néanmoins d'autres modalités de répartition. La commission est composée d'une représentation égalitaire de chaque section sans prise en compte du nombre de votes obtenus (C. AGUT GARCÍA, op. cit., 1997, p. 438). Tout en maintenant l'application du principe de proportionnalité, une auteure envisage que la répartition ne s'effectue pas en fonction du nombre de votes obtenus mais en fonction du critère affiliatif (les sections syndicales obtiennent dans ce cadre un nombre de postes proportionnel au nombre d'affiliés dans la catégorie professionnelle considérée (M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit, p. 1041).

quant à la garantie pour un syndicat qui a été minoritairement voté, de se voir attribuer automatiquement un poste dans la commission. Une approche systématique conduit, selon nous, à nier l'existence d'un droit à faire partie de la commission pour une section syndicale qui a été très peu votée si son exclusion est consécutive à l'application du principe de proportionnalité¹.

C. La désignation des membres physiques de la commission et son fonctionnement

282. En guise d'introduction, une première question relative au caractère paritaire ou non de la commission de négociation doit être abordée.

Au niveau de l'entreprise, le banc patronal peut être, sans nul doute, composé uniquement du chef d'entreprise ou de son représentant. Dès lors, les discussions doctrinales se sont déplacées au niveau sectoriel. Un courant doctrinal, tout en reconnaissant l'absence de disposition légale, estime néanmoins que les commissions de négociation doivent y revêtir un caractère paritaire². Toutefois, pour la doctrine majoritaire, il n'est pas nécessaire de respecter ce critère de parité³. Dans le silence des dispositions statutaires, il est alors possible de considérer que le caractère paritaire ou non de la commission peut être laissé à la disposition des parties⁴. L'argument décisif se rapporte, selon nous, à une approche systémique du dispositif et se trouve fondamentalement dans la procédure d'adoption des accords prévue à l'article 89.3 ET⁵. Dès lors, reprenant les propos du Professeur SOLANS, « *la parité n'a pas de raison d'être* »⁶.

Abordant maintenant les conditions de désignation des membres physiques de la commission et son fonctionnement interne

¹ La doctrine majoritaire se prononce dans le même sens (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 119; M. NOGUEIRA GUSTAVINO, op. cit., 2001, p. 357). Pour une position contraire, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 221.

² Ce secteur doctrinal se fonde alors sur une interprétation des articles 88.3 et 89.3 ET et sur la coutume des négociations (T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., 2003, p. 337). Le Professeur VALDÉS estime quant à lui que le critère de parité doit s'imposer uniquement en cas de désaccord sur la composition de la commission, (loc. cit., 1982, p. 84).

³ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 193. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 21.

⁴ B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 342.

⁵ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 198; Brièvement, l'adoption de la convention s'opère séparément à l'intérieur de chaque banc (pour approfondir, voir infra, n° 286).

⁶ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 273. Notons néanmoins que dans la pratique, la majorité des commissions sont paritaires.

283. En ce qui concerne les conditions de désignation des membres de la commission, la mise en œuvre du principe de proportionnalité a permis aux différentes organisations de connaître le nombre de postes qu'elle sont en droit d'occuper au sein de leur banc respectif. Il leur reste alors à désigner physiquement les personnes qui occuperont ces postes et qui négocieront concrètement la convention. Aux termes de l'article 88.3 ET, « *la désignation des composantes de la commission correspondra aux parties négociatrices* »¹. De manière générale, la désignation des membres de la commission constitue un acte de délégation de pouvoir à partir duquel « *le représentant est obligé de remplir des fonctions déterminées agissant au nom et pour le compte du représenté et sous sa direction matérielle* »². Sachant que la convention conclue par les représentants engage totalement les parties légitimes qui les ont nommés, il est donc souhaitable que l'intervention des représentants s'inscrive dans la ligne tracée par l'organisation représentée³. La doctrine insiste alors de manière récurrente sur la nécessaire relation de « confiance » entre les membres désignés et les organisations représentées⁴.

Le dispositif légal demeure toutefois lacunaire en ce qui concerne les conditions de formes de la désignation. La jurisprudence a admis que le mandat soit tacite ou présumé faute de preuve contraire⁵. La doctrine majoritaire appelle cependant, malgré l'absence de disposition légale expresse en ce sens, à un certain formalisme, proposant que la délégation de pouvoir soit expresse⁶ et que l'acte de constitution de la commission reflète « *l'identité des membres de la commission, leur légitimation et la représentation qu'ils détiennent* »⁷.

Certaines spécificités en fonction des niveaux de négociations doivent toutefois être prises en compte. Au niveau sectoriel, les règles et modalités de désignation des membres de la commission qui n'ont pas à être nécessairement affiliés ou adhérents,

¹ Antérieurement à la réforme de 2011, il s'agissait de l'article 88.2 ET.

² F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 122. Selon le Professeur SOLANS, « *la commission de négociation peut être considérée comme un collège de représentants qui agissent par délégation, de sujets légitimes qui, bien qu'étant des parties de la négociation, n'interviennent pas directement dans la négociation des conventions collectives* » (op. cit., 2003, p. 274).

³ Les divergences et les agissements contraires aux directives établies relèvent donc de la sphère interne de l'organisation sans produire d'effet sur les autres parties de la négociation ou sur la convention éventuellement conclue (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 275).

⁴ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 124 ; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 275 ; M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1556.

⁵ STSJ de Aragón du 18 janv. 1999, AS/5.

⁶ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 122.

⁷ J. GARCÍA BLASCO, « Constitución del órgano negociador de los convenios colectivos y adopción de los acuerdos: revisión de criterios jurisprudenciales », TL, 1987, n° 13, p. 41. Dans le même sens, voir M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 279.

sont régies par les dispositions statutaires des organisations et correspondent à une procédure interne. La liberté de choix des organisations est totale¹. Dès lors, l'autre partie à la négociation ne peut ni intervenir dans le processus de désignation ni s'opposer à la désignation d'une personne concrète². Ces organisations peuvent en conformité avec leur statut, révoquer ou remplacer les membres de la commission³. Est même envisageable l'établissement de rotations des membres de la commission selon les thèmes traités ou la crispation des négociations⁴.

Au niveau de l'entreprise, les sections syndicales, comme sujets dotés de la légitimation dans ce cadre, procèdent à la désignation, au sein de leurs membres, des représentants qui intégreront la commission⁵. Dans tous les cas, un employeur ne pourra pas intervenir pour exiger la désignation de représentants syndicaux concrets. Les représentants désignés par la section devront être affiliés au syndicat et membres de la section considérée⁶.

Lorsque la représentation unitaire négocie, la désignation des personnes physiques s'effectue parmi ses membres, par accord majoritaire⁷ et dans le respect du principe de proportionnalité⁸. Les syndicats qui comptent sur des élus au comité peuvent proposer certains membres mais ne possèdent aucune capacité directe d'intervention dans le processus de désignation qui demeure de la compétence exclusive des membres du comité comme organe de représentation unitaire⁹. La jurisprudence rappela que la possibilité pour le comité d'entreprise de négocier directement est exclue¹⁰. Leur révocation comme membre de la commission ou leur substitution répond alors aux mêmes exigences que leur désignation¹¹.

¹ Voir dans ce sens, STCT du 5 oct. 1988, Ar/439.

² Voir dans ce sens, STSJ de Galicia du 15 juill. 1999, AS/1980.

³ Voir dans ce sens, STCT du 5 oct. 1988, Ar/439.

⁴ STS du 14 oct. 1993, Ar/7599. Voir également B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 353.

⁵ Les statuts du syndicat peuvent prévoir la procédure de désignation. Dans le cas contraire, les conditions de désignation sont fixées directement par la section syndicale.

⁶ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 278.

⁷ Si les DP négocient, lorsque leur nombre dans l'entreprise composée de plusieurs centres de travail est supérieur au nombre de postes dans la commission, la désignation doit s'opérer de façon unanime.

⁸ Un délégué syndical qui n'est pas membre du comité ne peut donc pas être désigné (STSJ d'Aragon du 28 sept. 1994, AS/3299). Voir également STSJ de Castilla y León (Valladolid) du 28 juin 2004, AS/1786. L'ensemble de la doctrine se manifeste dans ce sens, voir pour tous, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 278.

⁹ STCT du 1^{er} avril 1987, Ar/9049 ; STCT du 23 juin 1987, Ar/14724.

¹⁰ STSJ de Catalogne du 20 fév. 1998, AS/1484.

¹¹ Dans tous les cas, aux termes de l'article 67.3 ET, un représentant unitaire ne peut être révoqué comme tel durant le processus de négociation. Sa substitution ou sa révocation de la commission n'a donc aucun effet sur sa condition de représentant unitaire. Pour approfondir, B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 354.

284. En ce qui concerne les dispositions légales prévues pour permettre à la commission de mener à bien sa fonction de négociation, il convient de procéder à une lecture combinée des articles 88.3 et 88.5 ET qui établissent « *une régulation complémentaire [...] additionnelle qui établit les nuances pratiques, opératives, instrumentales et fonctionnelles* » relatives au fonctionnement de la commission¹. Ces textes permettent, ou bien, aux parties légitimes lors de la désignation des membres de la commission de procéder à son organisation, ou bien, à la commission constituée de s'auto-organiser. L'article 88.3 ET dispose qu'au moment de la désignation des membres de la commission, les parties à la négociation « *pourront, par accord mutuel, désigner un président et compter sur l'assistance dans les délibérations de conseillers qui interviendront, de manière similaire au président, avec voix mais sans vote* ». L'aparté 5 du même article prévoit quant à lui que la commission constituée pourra désigner un/e président/e et que l'acte de chaque session est signé par un/e secrétaire.

Trois figures sont donc envisagées par l'ET².

La désignation d'un/e secrétaire est une condition nécessaire qui se déduit des dispositions de l'article 88.5 ET qui prévoit que les actes de chaque session de la commission soient consignés par écrit et signés par un/e secrétaire³. Le/la secrétaire pourra être désigné/e parmi les membres de la commission ou être une personne extérieure⁴. En l'absence de dispositions légales précises et sachant que sa désignation incombe à la commission, il semble que le/la secrétaire doive être élu/e par accord majoritaire selon les modalités prévues à l'article 89.3 ET⁵.

¹ M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1561. Antérieurement à la réforme de 2011, il s'agissait des articles 88.2 et 88.4 ET.

² La pratique conventionnelle a cependant conduit à l'apparition d'une quatrième figure. Il s'agit d'observateurs étrangers à la commission (par exemple membres d'un syndicat ou d'une association patronale qui sans participer à la négociation peuvent y avoir un intérêt). Leur présence doit avoir été acceptée par la commission et comme leur nom l'indique, ils ne participent en rien au processus de négociation (pour approfondir, F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 125 ; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 285). Notons également qu'un médiateur peut également intervenir à n'importe quel moment des délibérations par accord et désignation des parties (art. 89.4 ET).

³ Il s'agit de la position majoritaire de la doctrine, voir par exemple, B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 356. Contre, estimant qu'il s'agit d'une figure « *accidentelle dont les parties peuvent se passer* », voir M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1565 qui cite STS du 22 fév. 1999, Ar/2017 (dans cette affaire, les juges se bornent à constater que la commission est constituée sans que soit nommé de secrétaire et ne se prononcent pas sur cette question concrète).

⁴ Dans ce dernier cas, il/elle ne sera pas comptabilisé-e comme membre de la commission, n'affectera donc pas sa limitation numérique et ne possèdera pas de droit de vote lors de l'adoption de l'accord.

⁵ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 283. L'auteur appelle néanmoins à une réforme légale permettant de déterminer clairement les modalités de désignation de la ou du secrétaire. Plus loin, une régulation légale générale encadrant cette figure est souhaitable.

En ce qui concerne le/la président/e, les parties légitimes, lors de la constitution de la commission¹, ou la propre commission² peuvent désigner un/e président/e qui peut être un membre de la commission³ ou une personne extérieure⁴. Les conditions de sa désignation varient selon le moment et les sujets considérés⁵. En effet, aux termes de l'article 88.3 ET, les parties légitimes, lors de la constitution de la commission, peuvent procéder à sa désignation par « *accord mutuel* »⁶. Aux termes de l'article 88.5 ET, la commission de négociation constituée peut désigner « *un président* » qui interviendra « *avec voix mais sans vote* »⁷. Dans ce cas, la présidence fait suite à un accord majoritaire prévu à l'article 89.3 ET⁸. Malgré le caractère facultatif de sa désignation⁹, la doctrine souligna que cette figure possède une importance indubitable dans le dispositif légal¹⁰. En effet, l'article 88.5 ET prévoit que s'il n'est pas procédé à son élection, les parties devront alors, dans « *l'acte de la session constitutive de la commission* », indiquer « *les procédés à employer pour modérer les sessions et signer les actes [...]* »¹¹. Ses fonctions se dégagent alors de ce précepte : la principale consiste

¹ En vertu de l'article 88.2 ET.

² En vertu de l'article 88.4 ET.

³ Dans ce cas, le/la président-e exercera son droit de vote dans les mêmes conditions que les autres membres de la commission.

⁴ Dans ce dernier cas, il/elle ne sera pas comptabilisé-e comme membre de la commission, n'affectera donc pas sa limitation numérique et ne possèdera pas de droit de vote lors de l'adoption de l'accord. Il peut par exemple s'agir d'un inspecteur du travail (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 100).

⁵ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 281 et M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1562. La doctrine est toutefois divisée sur ce point. Certains auteurs considèrent en effet que la désignation du président incombe uniquement aux parties et non à la commission (M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho del Trabajo*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 233) alors que d'autres estiment que la désignation revient à la commission (E. BORRAJO DACRUZ, op. cit., 2012, p. 388).

⁶ L'accord mutuel correspond alors à un accord unanime (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 280) et constitue la preuve de la confiance accordée par les parties à la figure présidentielle désignée (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 100). La jurisprudence a quant à elle souligné que « *la nomination du Président des délibérations doit être précédée de l'accord mutuel étant donné qu'une seule personne va assumer cette fonction qui affecte l'intérêt des deux parties de la négociation* (STCT du 10 fév. 1988, Ar/69).

⁷ Antérieurement à la réforme de 2001, si la personne qui occupe la présidence est membre de la commission, elle conserve toutefois son droit de vote. La doctrine a affirmé que l'ET donne donc préférence à la figure présidentielle extérieure à la commission, qui agit comme un tiers impartial (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 281). La nouvelle rédaction de l'article 88.3 ET met fin à cette pratique et favorise donc largement la désignation d'un/e président/e extérieur/e à la commission.

⁸ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 281.

⁹ Est donc parfaitement valide une commission qui n'a pas de président-e, STS du 22 fév. 1999, Ar/2017.

¹⁰ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 280. Pour une analyse pertinente du rôle et des exigences relatives à la figure présidentielle qui est, sans nul doute, « *recommandable* », F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 100.

¹¹ Article 88.4 ET. Malgré le caractère facultatif de la désignation d'un/e président/e, il est légitime de penser que « *les dérangements* » que peuvent entraîner la rédaction de tels procédés, comparés « *à la facilité, la rapidité de l'élection d'un président* », constituent vraisemblablement « *un chantage implicite* » conduisant à une commission « *dirigée de type présidentieliste* ». Voir les réflexions du Professeur PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1563.

à modérer et diriger les sessions¹. Notons enfin que la désignation d'un/e président/e et d'un/e secrétaire constitue un moyen de répartir les rôles et les pouvoirs entre chaque représentation².

En ce qui concerne la désignation de conseillers, cette faculté est réservée aux organisations légitimes et doit donc être envisagée avant la constitution de la commission³. Contrairement à la désignation d'un/e président/e, la doctrine majoritaire estime que la désignation de conseillers n'exige pas un accord mutuel entre les parties⁴. Néanmoins, un courant doctrinal et la jurisprudence semblent au contraire affirmer que la désignation de conseillers est, comme celle de la présidence, dépendante « *de l'accord entre les parties* »⁵, ce qui laisse supposer qu'un consensus est nécessaire entre le banc patronal et le banc social⁶. Les juges ont cependant précisé que la bonne foi devait guider ce consensus et que le refus de la présence de conseillers pouvait être limité et devait se justifier par un motif légitime⁷.

¹ La présidence remplit également certaines fonctions « *formelles et bureaucratiques* ». Outre la signature des actes de toutes les sessions, elle procède fréquemment à l'enregistrement de la convention devant l'autorité administrative (art. 90.2 ET). S'il s'agit d'une personne tiers et impartiale extérieure à la commission, elle peut également exercer la fonction de médiateur (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 282).

² La présidence peut par exemple être assurée par un représentant de la partie sociale et le secrétariat par un représentant de la partie patronale, ou inversement.

³ Les parties légitimes et non pas les membres de la commission (en vertu de son emplacement à l'article 88.3 ET) peuvent lors de la négociation relative à la constitution de la commission prévoir l'intervention de conseillers qui peuvent participer aux différentes sessions. Ils ne sont pas considérés comme membres de la commission et ne comptent pas, par conséquent, dans le calcul numérique de la commission.

⁴ Voir notamment M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 284 et la bibliographie citée. Cette position trouve appui dans une décision du TCT qui estime que « *les conseillers, qui peuvent être plusieurs, agissent en faveur de ceux qui les désignent et que leur relation doit donc être régie par la confiance mutuelle, ce qui se combine mal avec la désignation partagée* » (STCT du 10 fév. 1988, Ar/69).

Une position intermédiaire estime que si les conseillers exercent leur fonction pour l'ensemble de la commission et non pour un seul des deux bancs, l'accord mutuel est nécessaire (I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 131).

⁵ SAN du 21 fév. 1990, Ar/44 et du 25 juill. 1990, Ar/112.

⁶ M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1564 pour qui l'accord est nécessaire tant sur le principe de la présence de conseillers que sur leur nombre et qualité. Pour le Professeur VALDÉS, l'accord est nécessaire uniquement sur le principe (loc. cit., 1982, p. 75). Pour la jurisprudence, STS du 29 oct. 1993, Ar/8083 (en l'espèce les conseillers visés étaient des membres du comité qui n'avaient pas intégré la commission) STSJ de Madrid du 13 janv. 1993, AS/284 ; STSJ de Cantabria du 24 juill. 2001, AS/3031. Les juges ont également admis la validité d'un pacte visant à exclure des conseillers spécifiques et à exiger, à d'autres, une préparation technique déterminée (STSJ du Pays Basque du 21 déc. 1999., AS/4442).

Le problème de la rémunération et des frais occasionnés par ces conseillers n'est pas étranger à la position des juges en faveur de l'accord mutuel (dans ce sens, voir la STS du 29 oct. 1993, Ar/8083 déjà cité et I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 130).

⁷ STSJ de Cantabria déjà cité.

Conclusion § 1

285. La validité de la commission de négociation, organe spécifique de négociation et propre au droit espagnol, est une condition incontournable pour mener à bien un processus de négociation d'une convention collective statutaire.

Sa composition est fondamentalement guidée par trois idées.

D'une part, elle doit remplir une exigence de majorité appréciée au travers du nombre de représentants élus accrédité par les représentations salariales qui la composent et, au niveau sectoriel, au travers du nombre de salariés affectés par la convention accréditée par la représentation patronale. Cette majorité, appréciée au moment de la constitution de la commission, intervient préalablement au commencement des négociations sur le fond et constitue donc une condition de validité de la négociation. Elle permet également de garantir une connexion réelle entre représentants et représentés en corrigeant les carences du régime de représentativité syndicale, notamment de la représentativité par irradiation¹.

L'audience électorale des syndicats qui intervient lors de la reconnaissance de la légitimation initiale, se retrouve donc lors de l'appréciation de la légitimation pleine et constitue le critère de référence de l'ensemble du processus. En définitive, la négociation collective statutaire est dépendante de l'existence de représentations unitaires.

D'autre part, la limitation numérique légale des membres de la commission oblige à établir un mécanisme permettant de refléter les divers intérêts des parties légitimes à la négociation. Le principe de proportionnalité représentative constitue dès lors le principe retenu directement par la loi lors de négociations de cadre sectoriel et appliqué, dans le silence légal, par la jurisprudence au niveau de l'entreprise quelle que soit la nature de la représentation qui négocie.

Enfin, et dans le prolongement de l'idée antérieure, l'application du principe de proportionnalité illustre parfaitement la prise en compte par la loi et la jurisprudence de la dimension syndicale de la composition de la commission de négociation et leur volonté de prévenir les conflits internes entre syndicats à l'heure de procéder à sa

¹ Selon nous, la prévision du droit des syndicats plus représentatifs de faire partie de la commission de négociation d'une convention de cadre sectoriel favorise la cohésion syndicale sans porter une atteinte démesurée à l'exigence majoritaire.

constitution. Est ainsi établi le lien entre le droit à la négociation collective et le droit de liberté syndicale.

Dans tous les cas, force est de constater que la procédure de constitution de la commission de négociation s'avère complexe et provoque de nombreux problèmes pratiques et juridiques dont la solution n'est pas toujours aisée ou pleinement satisfaisante.

§ 2 : *Les modalités d'adoption de la convention collective : modèle de décompte des voix et cadre de référence de l'appréciation de la représentativité*

286. La procédure d'adoption des conventions collectives négociées au sein de la commission de négociation est prévue à l'article 89.3 ET. Dans sa rédaction originale, il disposait que « *les accords de la commission nécessiteront, dans tous les cas, le vote favorable de 60% de chacune des représentations* »¹. Depuis la réforme de 1994, l'article 89.3 ET prévoit la nécessité de compter sur « *le vote favorable de la majorité de chacune des deux représentations* ».

Dès la promulgation de l'ET, l'exigence majoritaire est donc également prévue au stade de la conclusion de l'accord et prend la forme d'une majorité cumulée d'engagement. La jurisprudence évoque ainsi la légitimation de décision². La réduction du seuil de majorité issue de la réforme de 1994 visait fondamentalement à « *favoriser le développement de la négociation collective en facilitant l'adoption des accords* »³. Sur le plan juridique, force est de constater que la « *trompeuse simplicité* » de la rédaction de l'article 89.3 ET engendre de nombreuses discussions relatives aux conditions d'application de cette exigence majoritaire⁴.

¹ La distinction de la mesure de la majorité dans chaque banc constitue alors l'argument décisif en faveur de l'inapplication de l'exigence de parité dans la composition de la commission de la négociation (voir supra, n° 282).

² STS du 24 mars 1995, Ar/2183.

³ Exposition des motifs de la Loi 11/1994. Voir T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 237 et F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 282 qui souligne que « *la réforme va permettre le maintien dans le cadre statutaire d'un bon nombre de conventions puisqu'elle désactive une des causes les plus fréquentes de fugue du système de négociation ou d'expulsion de son résultat vers les formules extrastatutaires* ».

⁴ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 286 qui souligne également « *le manque de rigueur législative* » de cette disposition.

287. Une première hésitation renvoie au caractère de la majorité exigée. S'agit-il d'une majorité absolue ou relative¹? Un premier courant doctrinal a défendu le critère de majorité simple ou relative². Plusieurs arguments sont avancés. Tout d'abord, ces auteurs soulignent que lorsque l'ET envisage une majorité absolue, la formulation des préceptes est explicite³. Par conséquent, en l'espèce il s'agit d'une majorité relative. Ensuite, conformément à l'objectif principal de la loi de favoriser l'adoption d'accords, la majorité simple est moins restrictive et permet plus facilement la validité de l'accord. La majorité de la doctrine soutient néanmoins que la majorité évoquée à l'article 89.3 ET correspond à une majorité absolue⁴. Le premier argument est d'ordre sémantique et considère que l'expression de « *représentations* » de l'article 89.3 ET fait référence à l'ensemble des bancs et établit ainsi une exigence de majorité absolue. Le deuxième argument est un argument de fond, relatif aux effets déployés par l'accord adopté. L'efficacité générale de la convention statutaire conduit en effet à exiger que la majorité absolue soit retenue afin d'éviter l'adoption d'une convention minoritaire consécutive à l'abstention ou à l'absence de membres de la commission.

288. La controverse doctrinale relative au caractère de la majorité a néanmoins été éclipsée par une autre question relative au mode de décompte des votes de chaque représentation et spécialement de celui du banc social. Les « *représentations* » évoquées par l'article 89.3 ET se réfèrent aux membres individuels qui composent chaque banc de la commission ou font allusion aux organisations qui y sont représentées et qui ont permis sa composition. Dès lors, selon la première interprétation, l'exigence majoritaire s'apprécie en fonction du vote favorable de la majorité des membres individuels de chaque banc de la commission dont la répartition des postes a été préalablement effectuée au travers du principe de proportionnalité représentative. Le vote personnel

¹ Le Tribunal Suprême a néanmoins admis que les parties puissent prévoir de manière expresse et unanime que l'approbation de la commission (en l'espèce d'une commission de suivie dotée de pouvoir normatif) puisse s'exprimer au travers du critère de l'unanimité (STS du 7 juin 1999, Ar/5585).

² S. PEÑA OBIOL, loc. cit., p. 58; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 154. Ce dernier, tout en se prononçant pour la majorité relative, appelle néanmoins à une réforme légale afin d'établir la majorité absolue.

³ Deux autres dispositions du statut des travailleurs prévoit expressément une majorité absolue : article 65.1 ET relatif à la procédure d'adoption d'accords au sein du comité d'entreprise qui prévoit que la majorité s'apprécie par rapport « à la majorité de ses membres » ; article 88.1 relatif à la validité de la composition de la commission de négociation de convention de niveau sectoriel qui prévoit que la majorité s'apprécie par rapport « à la majorité absolue des membres des comités d'entreprise et délégués du personnel ».

⁴ T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 243; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1994, p. 372; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., p. 67; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 130; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 286

des membres de la commission est donc pris en considération. La convention est adoptée si, dans chaque banc, plus de la moitié des membres vote en sa faveur. Si la majorité est appréciée par rapport à chaque syndicat ou association patronale présent dans la commission, il convient alors de prendre en compte le pourcentage de représentativité obtenu par chacun d'eux¹. Dès lors, on procède à un décompte des votes proportionnel à la représentativité de chaque syndicat ou association patronale. Les votes individuels des membres de la commission du banc permettent « *d'incarner le pourcentage de représentativité de l'organisation syndicale qu'ils représentent* »².

Les conditions d'adoption de la convention amènent également à aborder la détermination du cadre de référence de la représentativité. Comme nous l'avons abordé antérieurement, ce cadre s'avère sans effet sur la répartition des pouvoirs entre les options syndicales présentes dans la commission³. Envisagé depuis la procédure d'adoption des accords, sa détermination présente par contre une importance considérable et ce, quelle que soit la modalité de décompte des votes retenue⁴.

289. Afin d'aborder ces questions, il apparaît alors opportun de s'attacher aux modalités de décompte des votes défendues par les différentes positions doctrinales puis à la position adoptée par la jurisprudence et, enfin, aux conséquences relatives du cadre de référence retenu pour apprécier l'audience des organisations présentes dans la commission.

A. Les différentes positions doctrinales

290. La doctrine se divise en trois positions. Outre la distinction classique entre le calcul personnel ou proportionnel des votes des membres de la commission, un troisième courant doctrinal a refusé de se prononcer sur l'application systématique d'un mode de calcul et lie l'application du mode de calcul de la majorité, lors de l'adoption de l'accord, aux conditions de répartition des sièges au sein de la commission.

¹ Au niveau de l'entreprise, lorsque les sections syndicales négocient, le nombre de représentants unitaires obtenus par les syndicats dont elles sont issues, est pris en compte. Lorsque la représentation unitaire négocie, il s'agit de prendre en compte les différentes options syndicales qui y sont représentées.

² F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 131.

³ Voir supra, n° 261.

⁴ En effet, les deux interprétations proposées conduisent « à l'inévitable utilisation des pourcentages de représentativité des organisations, dans un cas, pour distribuer les postes et, dans l'autre, pour calculer la majorité » (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 135).

1. La doctrine favorable au vote personnel

291. Les partisans de l'application du vote personnel ont avancé plusieurs arguments¹. Une approche littérale de l'article 89.3 ET conduit tout d'abord à souligner qu'aucune référence à la proportionnalité n'est envisagée contrairement à l'article 88.1 ET. Lorsque l'article 89.3 ET évoque « *chacune des deux représentations* », il se réfère directement à la commission et non aux sujets légitimes pour la constituer. Dans ce cadre, la représentativité de chacun d'eux est indifférente, la majorité s'apprécie donc depuis une perspective interne, par rapport aux membres individuels de la commission².

Une approche systématique permet également de considérer que l'adoption de la convention s'effectue au travers du vote personnel. La réforme de 1994 qui consacra l'application du principe de proportionnalité lors de la composition de la commission, conduit à affirmer que « *l'évaluation du poids représentatif de chaque groupe a lieu lors de la phase de construction de l'organe et de la distribution de ses postes et non dans la formation de la volonté interne dans laquelle le vote de chacun des membres a la même valeur* »³. Ces auteurs distinguent en définitive deux moments et deux règles : la règle de proportionnalité lors de la constitution de la commission (art. 88.1 ET) et le vote personnel des membres de chaque banc préalablement constitué conformément au principe de proportionnalité, lors de l'adoption de l'accord. Dès lors, si l'article 88.1 ET assure en amont la répartition proportionnelle, « *il est absurde de faire appel à un nouveau décompte de représentativité dans la prise de décision quand les syndicats du banc social comptent au moins la majorité des représentants unitaires dans le secteur et que chacun d'eux a un nombre de postes proportionnel à son audience électorale* »⁴. L'article 89.3 ET est, par conséquent, une simple règle de prise de décision permettant

¹ L'ensemble de ces arguments se retrouvent dans le vote particulier de A. MARTÍN VALVERDE à la STS du 23 nov. 1993, Ar/8932.

² Voir dans ce sens, B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 362.

³ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., 1994, p. 285. Dans le même ordre d'idée, J. LAHERA FORTEZA estime que « *l'option judiciaire pour le décompte proportionnel était causée par l'absence de consécration expresse du principe de proportionnalité représentative dans la répartition des postes des commissions de négociation* » (loc. cit., 2003, p. 658). Comme l'affirme M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, « *au moment du vote de l'accord, il doit être considéré que les problèmes du poids négociateur de chacun des syndicats sont résolus. Dès lors il est possible de défendre qu'à ce moment final, la majorité des votes doit se référer uniquement aux membres de la commission* » (op. cit., p. 264). Selon un auteur partisan du vote proportionnel, l'appréciation de la majorité par rapport au vote personnel des membres de la commission n'est admissible que si la composition et la répartition des postes dans la commission s'est effectuée par rapport à la totalité des représentants unitaires élus dans le cadre de la convention (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 139).

⁴ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2003, p. 658. Selon lui, « *dans la votation finale c'est la répartition proportionnelle à l'audience électorale effectuée antérieurement* » qui est exprimée.

de réguler la manifestation d'une volonté interne à la commission qui ne peut être considérée comme une condition additionnelle de légitimation de négociation¹.

Sans préjudice de son application lorsque négocient des représentations de caractère syndical, de nombreux auteurs soutiennent l'application du vote personnel lorsque négocient les représentants unitaires². Ces derniers évoquent notamment le postulat selon lequel le représentant élu représente, en tant que membre du comité d'entreprise, l'ensemble des travailleurs de l'entreprise et doit « *théoriquement développer ses fonctions et émettre son vote sans aucun lien avec l'intérêt du syndicat* »³.

292. Face à ces arguments juridiques dont la portée ne peut être sous-estimée, plusieurs auteurs ont toutefois relevé les inconvénients et exposé les contre-arguments qui conduiraient à écarter l'application du vote personnel. Selon eux, son application se révèle incapable de refléter avec fidélité la représentativité réelle⁴.

Tout d'abord, au niveau sectoriel, nous avons déjà souligné que les syndicats reconnus plus représentatifs possèdent automatiquement la légitimation initiale et ont, en vertu de l'article 87.5 ET, un poste réservé dans la commission de négociation. Si dans le champ de la convention considérée, ces syndicats possèdent une représentativité réelle faible, voire nulle, l'application du vote personnel lors de l'adoption de l'accord conduit alors à une prise en compte disproportionnée de leur vote⁵ et inversement à la réduction du poids des syndicats réellement représentatifs dans le cadre de la convention⁶.

¹ Selon ces auteurs, la controverse doctrinale est le produit de l'assimilation de la règle de l'article 89.3 ET à une règle de légitimation. Or, il s'agit d'une règle de procédure qui doit être déconnectée des règles de légitimation guidées par le principe de proportionnalité. Ces règles, indisponibles pour les parties, conduisent à « *la consécration implicite* » du vote personnel de chaque membre lors de l'adoption de l'accord (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 286; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 291; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p.264).

² M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 85; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1985, p.44; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, loc. cit., 1992, p. 83.

³ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 132-133. Ce qui explique également que le vote d'un représentant unitaire contraire aux directives du syndicat n'affecte pas la validité de la convention et se limite à une question de politique et de discipline interne.

⁴ Elle conduit de plus à une augmentation des oppositions syndicales en attribuant une importance fondamentale à la procédure de répartition des postes dans la commission.

⁵ Spécialement lors de convention de cadre étatique dans laquelle un syndicat plus représentatif de CCAA dispose automatiquement d'un siège dans la commission (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1991, p. 99).

⁶ Cette distorsion est amplifiée si les parties légitimes procèdent à une réduction du nombre de membres de la commission (voir dans ce sens, M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 190).

Ensuite, la jurisprudence qui admet, dans certains cas, qu'un syndicat ou une association patronale dépourvue de légitimation initiale puisse intégrer la commission de négociation¹, conduit à attribuer au vote d'un membre issu d'une organisation dépourvue de légitimation initiale la même valeur qu'à celui d'un membre issu d'une organisation majoritaire.

Enfin, la généralité de l'application du vote personnel se heurte à l'éventuelle inapplication du principe de proportionnalité lors de la constitution de la commission de négociation qui doit, sans nul doute, provoquer une alarme et conduire à l'application automatique du principe de proportionnalité lors du décompte des voix².

Au-delà de ces critiques, plusieurs auteurs ont de plus fondé juridiquement l'application du vote proportionnel.

2. La doctrine favorable au vote proportionnel

293. L'application de ce critère est défendue essentiellement au motif qu'il s'inscrit dans la continuité des règles légales de légitimation initiale et pleine qui le précèdent³ et qu'il permet de compenser l'impossibilité de refléter parfaitement, lors de la constitution de la commission, la représentativité réelle de chaque syndicat⁴. Cette position doctrinale semble alors en adéquation avec la jurisprudence du TS qui considère la règle de l'article 89.3 ET comme une troisième règle de légitimation⁵.

Une dernière position considère de plus que son application peut être envisagée lorsque les négociations sont conduites par la représentation unitaire. La profonde

¹ STS 20 juin 1995, Ar/5208 et I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 60. Dans cette affaire, la présence de ce syndicat n'a pas été décisive pour la validité de la commission et pour l'exigence de majorité relative à l'adoption de l'accord. Pour une association patronale, SAN 1^{er} juill. 1997, AS/2276 ; B. LLEÓ CASANOVA, loc. cit., p. 330.

² M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 262. Cette argument perd toutefois toute sa force si l'on considère que l'application du principe de proportionnalité représentative lors de la constitution de la commission est une norme d'ordre public absolu, indisponible pour les parties.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1985, p.45; T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., 2003, p. 342; J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., 2012, p. 528; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, loc. cit. 1992, p. 83.

⁴ L'application du vote proportionnel s'avère sans nul doute souhaitable lorsque la commission est composée d'un nombre de membres pair, par exemple 12 membres. En effet, si est retenu le vote personnel, la convention ne peut être adoptée que par le vote favorable de 7 membres alors même qu'une option syndicale qui compte sur plus de la moitié des représentants élus se voit attribuer, par application du principe de proportionnalité, seulement 6 membres. Par contre, si s'applique le décompte proportionnel, le vote de 6 membres issus d'un syndicat qui représentent plus de la moitié des représentants élus compris dans le cadre de la convention, permet l'adoption de la convention (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 136).

⁵ Voir supra, n° 95 ; STS du 24 mars 1995, Ar/2183.

syndicalisation de ces organes conduit, en effet, à l'application du vote proportionnel si la composition de la commission ne permet pas de refléter la répartition des forces syndicales qui sont présentes dans ces organes¹.

294. Plusieurs arguments ont néanmoins été avancés afin d'écarter l'application du vote proportionnel qui peut s'avérer « *redondant et même contreproductif* »². L'option d'envisager de manière unitaire le vote des représentants des différentes organisations présentes dans la commission, semble peu satisfaisant dans le cas où les membres de la commission représentant un même syndicat ne votent pas dans le même sens³. Dans le même ordre d'idée, si la commission est constituée de deux syndicats qui n'atteignent la majorité qu'ensemble, l'adoption doit alors se faire nécessairement à l'unanimité⁴. Enfin, spécialement en matière de négociation de cadre sectoriel, si le vote personnel peut conduire à surdimensionner le poids des syndicats plus représentatifs, le vote proportionnel peut au contraire réduire leur rôle à celui de simples témoins, rendant superflue leur présence. Or, celle-ci est une conséquence directe du dispositif légal qui vise incontestablement à leur attribuer une place privilégiée qui implique une prise en compte effective de leur vote⁵.

3. La doctrine favorable au critère mixte

295. Les partisans de cette position intermédiaire envisagent, au préalable, le processus de composition de la commission et spécialement la mise en œuvre du principe de proportionnalité représentative⁶. Dans ce cadre, si la commission a été constituée selon le principe de proportionnalité représentative alors le mode de décompte des votes retenu est le vote personnel des membres de la commission. Au

¹ I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 163.

² I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 160.

³ Les juges ont en effet affirmé que « *les membres de la commission de négociation ont pleine capacité et autonomie pour décider leur vote* » (STS du 27 avril 1995, Ar/3273). Un syndicat représente-t-il, par conséquent, deux intérêts différents ? D'un point de vue plus pragmatique, la doctrine s'est alors demandée comment se répartissait la représentativité du syndicat entre ces différents représentants (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 295).

⁴ S. PEÑA OBIOL, loc. cit., p. 57. Dans le même sens, s'était prononcé M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1985, p.45

⁵ Voir dans ce sens, I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 161 ; M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 299.

⁶ J. RIVERO LAMAS, « Comentario al artículo 89 ET », in *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 1998, p. 971 ; M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., REDT, 2000, p. 1558; R. QUESADA SEGURA et F. VILA TIerno, *El procedimiento de negociación del convenio colectivo. Un estudio jurisprudencial*, Granada, Comares, 2002, p. 78.

contraire, si la composition n'a pas été composée selon la proportionnalité représentative, alors l'adoption de l'accord devra s'effectuer au travers de la majorité exprimée en fonction du vote proportionnel, autrement dit en prenant en compte le pourcentage de représentativité de chaque syndicat et organisation patronale¹. En définitive, cette position doctrinale établit une relation directe entre la représentativité exigée pour la légitimation et le décompte des voix.

La critique principale à laquelle s'est exposée cette position doctrinale réside dans son approche erronée qui se base sur une jurisprudence contestable. Le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO souligne que cette position se fonde sur un double présupposé: tout d'abord que le principe de proportionnalité est effectif au moment de la répartition des postes de la commission et ensuite que la répartition proportionnelle des postes de la commission conduit à l'application du vote personnel². Or, alors même que l'automatisme entre composition proportionnelle et vote personnel n'est pas acquise, cette position ne prend surtout pas en considération le caractère d'ordre public absolu et par conséquent, indisponibles pour les parties, des règles de légitimation auxquelles doit être rattaché l'article 89.3 ET³. La regrettable ambiguïté et indécision jurisprudentielle relative au caractère disponible ou non du principe de proportionnalité représentative lors de la constitution de la commission, alimente, sans nul doute, la controverse doctrinale relative au mode de calcul des votes lors de l'adoption de l'accord. Gageons toutefois qu'une position jurisprudentielle ferme en la matière ne tarirait pas pour autant la controverse relative aux conditions d'adoption de l'accord. En effet, alors même que la répartition des postes s'est effectuée selon le principe de proportionnalité

¹ Voir notamment I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 162. M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE écrit dans ce sens que « *la question du décompte des voix ne s'ouvre pas sur un doute objectif sur la littéralité du précepte mais sur un problème de répartition du pouvoir de négociation dans la commission qui n'est pas résolu préalablement* » (op. cit., p.263)

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1985, p. 43. Cette position érige en définitive « *le décompte des pourcentages représentatifs en règle générale que les parties peuvent toutefois remplacer par celle du décompte des personnes dans le cas où ont été distribués les postes des bancs « social » et « économique » en fonction des critères de représentativité* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 283).

³ Comme le souligne le Professeur M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « *il n'a donc pas lieu d'admettre ici des solutions alternatives* » (loc. cit., 1985, p. 43). Dans le même ordre d'idée, le Professeur SOLANS a justement souligné qu'il est peu satisfaisant de faire dépendre la validité des modalités d'adoption des accords des conditions de constitution de la commission au regard des risques de nullité encourus en cas d'atteinte au droit de liberté syndicale (op. cit., 2003, p. 294).

Selon un autre point de vue, la composition de la commission en marge du principe de proportionnalité constitue en soi un déséquilibre latent entre les forces syndicales durant l'ensemble du processus de négociation qui ne peut être compensé par l'application de la proportionnalité représentative lors de l'adoption de l'accord. Il est donc souhaitable que ce principe s'applique dès la constitution de la commission (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 267).

représentative, la majorité des arguments avancés par les partisans du modèle de décompte personnel des votes reste en vigueur et met en exergue les dysfonctionnements dans son application.

296. En guise de conclusion, il ressort que chaque interprétation doctrinale présente par nature des aspects positifs et négatifs qui rendent difficile la prise d'une position ferme et définitive en la matière. Nous estimons néanmoins que le vote personnel s'avère, d'un point de vue systématique, la solution la plus conforme à la mécanique des règles de légitimation prévues dans l'ET. Force est toutefois de constater que la tendance jurisprudentielle semble s'orienter vers une position inverse.

B. La tendance jurisprudentielle

297. Le point de départ de l'analyse de la jurisprudence nous amène à aborder tout d'abord la façon dont le Tribunal Constitutionnel s'est prononcé en la matière. Deux lignes directrices peuvent être dégagées. D'une part, de manière explicite, les juges constitutionnels ont refusé de se prononcer sur le sens de l'article 89.3 ET et de définir directement la modalité de vote qu'il convient d'appliquer¹. Invoquant leur incompétence en la matière, ils se sont limités à affirmer que toutes les options peuvent être admises dès lors qu'elles s'accompagnent d'une motivation et de fondements juridiques suffisants². D'autre part, de manière implicite, ils rappelèrent l'importance du principe de proportionnalité qui constitue un critère central d'appréciation des règles de légitimation³. La position du Tribunal Constitutionnel a par conséquent laissé aux juges judiciaires une marge de liberté importante à l'heure de définir le mode de calcul de la majorité de l'article 89.3 ET.

L'analyse de la jurisprudence judiciaire doit alors prendre en compte une variable importante relative au changement de cadre légal opéré par la réforme de 1994.

¹ STC 137/1991 du 20 juin. Les juges énoncent qu' « *il n'existe pas de règles claires et précises pour décider de façon pacifique le poids qui doit revenir à chaque syndicat légitime pour participer à la négociation dans la commission de négociation des conventions collectives. C'est une question qui est, par conséquent, laissée aux mains de l'interprète* ».

² Ils affirmèrent néanmoins que la jurisprudence judiciaire « *non sans hésitations, paraît s'incliner pour un critère mixte* ».

³ « *Le pourcentage de représentants élus sur lequel compte le syndicat dans l'entreprise doit se refléter dans la composition de la commission de négociation de la convention et dans l'approbation de la convention* ». Dans cette affaire, la négociation est conduite par un comité intercentres. Néanmoins, la généralité de la formulation peut laisser penser que sa portée s'étend aux négociations conduites par des représentations syndicales quel que soit le niveau.

Antérieurement à cette réforme, la jurisprudence du Tribunal Central du Travail est passée par trois étapes différentes¹. Initialement, les juges ont de manière alternative retenu les deux modes de calcul des votes². Par la suite, ils appliquèrent la formule mixte liant le modèle de calcul lors de l'adoption de l'accord aux conditions de formation de la commission de négociation³. La dernière étape se caractérisait finalement par la consolidation du décompte proportionnel qui se convertit en règle générale. En l'absence de disposition légale explicite, les juges ont affirmé que ce mode de calcul « *correspond le mieux à la nature des choses et à la négociation collective* » et permet de mieux prendre en compte « *le volume des intérêts en jeu* »⁴. Quand la convention est négociée et conclue par la représentation unitaire, la jurisprudence applique toutefois le vote personnel⁵.

La réforme de 1994 qui consacra le principe de proportionnalité permit d'assurer plus de légitimité démocratique à la composition de la commission. Dès lors, suivant une interprétation systématique, un secteur doctrinal avait souligné que l'abandon du décompte des votes à la proportionnelle était prévisible⁶.

L'analyse de la jurisprudence postérieure a cependant démontré que le rapport de cause à effet annoncé par ce secteur doctrinal ne s'est pas réalisé, bien au contraire. En effet, les juges ont consolidé l'application du décompte proportionnel des votes arguant les raisons déjà exposées lors de l'analyse des positions doctrinales⁷. Certaines décisions ont néanmoins mis à l'écart ce mode de décompte des votes au profit du

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 283; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, op. cit., p. 257.

² En faveur du décompte proportionnel : STCT 11 juin 1982, Ar/4033 ; Appliquant le décompte personnel : STCT du 28 juill. 1982, Ar/4621.

³ STCT du 24 sept. 1984, Ar/7281 ; STCT du 20 sept. 1985, Ar/5327 ; STCT du 16 déc. 1985, Ar/7122.

⁴ STCT 7 nov. 1986, Ar/12746 ; SAN 26 juill. 1989, Ar/24 ; SAN 26 mars 1992, AL, 774 et 775 ; STS du 18 janv. 1993, Ar/94. Voir spécialement STS du 23 nov. 1993, Ar/8932 (G. RODRÍGUEZ PASTOR, « Toma de acuerdos en el seno de la Comisión negociadora », RL, 1994-II p. 478 ; STS 14 fév. 1996, Ar/1017 relative à la représentation du banc patronal.

⁵ SAN du 21 sept. 1989, Ar/53.

⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 286.

⁷ STS du 7 juill. 1997, Ar/6251 ; STS du 22 fév. 1999, Ar/2017 dans laquelle la convention est adoptée par le vote favorable de 2 des 8 représentants d'un syndicat qui possédait la majorité dans le banc social de la commission (composé de 15 membres). La jurisprudence a dans ce sens considéré que le vote de deux membres sur les 8 qui représentent le syndicat, équivalait à la position de l'ensemble de la représentation de ce syndicat dans la commission ; STS 4 oct. 2001, Ar/1418 de 2002 ; STS 17 janv. 2006, Ar/3000 (espèce similaire à STS du 22 fév. 1999).

L'Audience Nationale affirma que le vote proportionnel devait s'appliquer de manière générale et laissa aux parties la faculté, au moyen d'un accord exprès, de prévoir l'application du vote personnel (SAN du 22 oct. 1997, AS/3377).

décompte personnel. Le caractère particulier et exceptionnel des situations dans lesquelles le vote personnel a été retenu, empêche toutefois d'en généraliser la portée¹.

De plus, une décision récente de 2008 semble faire basculer définitivement la balance en faveur du décompte proportionnel des votes². Dans un litige relatif à l'adoption d'une convention d'entreprise négociée par la représentation unitaire, les juges affirment tout d'abord que « *le fait que la convention soit d'entreprise ou de niveau supérieur est indifférent à l'heure d'aborder les exigences de l'article 89.3 ET puisque ce précepte est établi pour n'importe quelle classe de commission comme il se dégage clairement de son emplacement dans le texte légal et de la généralité de ses prévisions* »³. Plus loin, ils soulignent que « *depuis l'interprétation de ce précepte faite par l'ancien Tribunal Central du Travail jusqu'à l'actuelle, la doctrine jurisprudentielle a été constante. Quand les parties négocient, elles le font au sein d'une instance représentative de diverses options syndicales, l'interprétation qui s'adapte le mieux aux exigences d'une authentique commission de négociation représentative d'intérêts est celle du vote proportionnel* ». Afin de justifier l'application de ce mode de calcul, les juges soulignent que le vote personnel peut aboutir à l'adoption d'une convention minoritaire ce qui constitue une situation qui s'oppose à la configuration du dispositif légal qui, lors de la légitimation initiale et pleine, exige toujours une majorité déterminée⁴. L'appréciation des règles de l'article 89.3 ET implique donc « *une approche correspondante* ».

¹ Dans ce sens, les juges ont affirmé que « *la votation se personnalise ou s'individualise, prenant ainsi en compte le nombre de composants de chaque représentation pour mesurer la suffisance de la votation favorable* » (STS du 5 nov. 2002, Ar/759 de 2003). Dans ce litige, un seul représentant avait été élu dans le secteur. La commission était composée de 15 membres, 7 pour le syndicat auquel était adhérent le représentant élu et 8 pour un autre syndicat qui signa la convention. La demande s'est fondée uniquement sur l'atteinte à l'article 89.3 ET mais les juges ont affirmé que « *doit être prise en compte la décision personnelle de chacun des membres de chacune des représentations sans se préoccuper de l'intensité de représentation qui les a amenés respectivement à faire partie de la commission* ». Dans tous les cas, la doctrine souligna justement que si la demande du syndicat s'était fondée sur l'article 88.1 al. 2 ET, il aurait eu gain de cause puisque la constitution de la commission ne respectait pas le principe de proportionnalité représentative (pour approfondir, J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2003, p. 659).

² STS u.d. 3 juin 2008, Ar/3466.

³ Incontestablement, la prise en considération de la syndicalisation du comité a constitué un argument central en faveur de cette affirmation.

⁴ Selon eux, « *suivre le critère du vote personnel conduirait à donner un traitement disproportionné aux différentes représentations qui pourrait porter atteinte au droit de liberté syndicale reconnu à toutes les représentations et qui rend nécessaire un traitement égalitaire qui selon les termes constitutionnels a lieu par un traitement proportionnel à leur représentativité. Accepter que les représentants de la minorité puissent empêcher que s'approuve ce qu'ont approuvé les représentants de la majorité équivaut à rendre inefficace le principe de proportionnalité sur lequel se base tout le régime juridique de la négociation de conventions. Par conséquent, l'interprétation de l'article 89.3 ET appliqué au cas qui nous occupe ne peut être celle qui conduit à cette dernière solution* ».

298. En définitive, nous adhérons aux propos du Professeur RAMÍREZ qui considère que, sauf exceptions concrètes et comptées, doit être prise en compte la représentativité des membres de la commission et non leur nombre, ce qui aboutit à une prédominance du mode de calcul proportionnel des votes¹.

C. Le cadre de référence de l'appréciation de la représentativité

299. Indépendamment du mode de calcul des votes retenu lors de l'adoption de l'accord, l'appréciation proportionnelle de la représentativité des syndicats est incontournable. La détermination du cadre de référence dans lequel est appréciée la représentativité des syndicats est alors une question cruciale qui permet d'apprécier la base sur laquelle sont répartis les postes ou comptabilisés les votes dans la commission. Deux options sont alors envisageables : la représentativité s'apprécie, ou bien, par rapport à l'ensemble des représentants unitaires élus dans le champ d'application de la convention, c'est-à-dire, la représentativité réelle dans l'ensemble du champ d'application de la convention², ou bien, sont uniquement pris en compte les représentants unitaires apportés par les organisations qui intègrent la commission³. Le raisonnement est transposable du côté patronal à une exception près⁴.

Il est possible de considérer que la jurisprudence majoritaire estime qu'au niveau sectoriel, l'appréciation de la majorité exigée à l'article 89.3 ET s'effectue par rapport

¹ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 203. Une seule hypothèse spécifique peut néanmoins conduire à l'application du mode de calcul personnel des votes comme règle générale. En effet, lorsque la convention d'entreprise a été conclue par la représentation unitaire et que la totalité des représentants élus a intégré le banc social de la commission de négociation, le décompte personnel doit être admis.

Il est cependant intéressant de noter que dans la pratique, l'adoption de l'accord se fait généralement selon un décompte personnel des votes (F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 141).

² Les partisans de cette option soulignent qu'elle est inhérente à l'efficacité erga omnes de la convention qui conduit à garantir sa légitimité maximum (dans ce sens, F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 141).

³ Dans ce sens, M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 200-201 et op. cit., 2003, p. 293; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 154. Selon eux, une solution contraire aboutirait à dénuer de toute portée l'exigence de majorité de l'article 88 ET. En effet, la validité de la constitution de la commission serait supplantée par la nécessaire signature de syndicats qui représentent plus de la moitié des représentants unitaires dans le cadre considéré. Dès lors, « *la distribution des membres doit se réaliser par rapport aux représentants unitaires qui y sont représentés et non par rapport à la totalité de ceux qui existent dans le secteur. [...]. Si la norme statutaire a établi des règles de légitimation pleine qui consistent à atteindre une représentativité majoritaire d'ensemble entre les participants de la commission[...], il semble logique que le pourcentage de postes qui correspond à chacun d'eux soit une question qui doit être apprécié ede manière interne, ce qui implique que leur distribution soit proportionnelle à ce que chacun a apporté pour l'accomplissement de cette exigence, sans prendre en compte, par conséquent, la représentativité de ceux qui n'y ont pas participé* » (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 201).

⁴ Le critère de référence n'est plus alors le nombre de représentants unitaires élus mais le nombre de travailleurs affectés employés par les employeurs représentés par les différentes organisations concernées et le nombre d'adhérents (voir supra, n° 256).

« à la représentation qui, dans la négociation concrète, a déterminé l'attribution de la légitimation pleine »¹. Dès lors, la majorité est appréciée à l'intérieur de la commission de négociation et ne prend pas en compte les représentants élus qui ne sont pas représentés dans la commission.

Au niveau de l'entreprise, lorsque les sections syndicales négocient, la jurisprudence semble apprécier l'ensemble des représentants élus dans le cadre de la convention². Il s'avère cependant difficile d'extraire une réponse claire de la jurisprudence. Certains auteurs estiment en effet que, comme au niveau sectoriel, la proportionnalité de chaque section syndicale ne doit pas prendre en compte l'ensemble des représentants dans l'entreprise mais le total des représentants apportés par chaque section intégrant la commission³.

300. L'appréciation de majorité définie en fonction des organisations qui intègrent la commission est cohérente avec le dispositif légal pour deux motifs. D'une part, d'un point de vue historique, l'article 89.3 ET dans sa rédaction originale, envisageait la majorité des deux « représentations » mais fixait cette majorité à 60%. Dès lors, la doctrine avait justement souligné que mesurer la représentativité par rapport

¹ Dans ce sens, STS du 23 nov. 1993, Ar/8932. Les juges confirment la validité de la répartition des postes dans la commission en se référant aux 132 représentants apportés par les organisations qui la composent et non aux 141 représentants unitaires élus dans le secteur considéré. Voir également, STS 14 fév. 1996, Ar/1017. Les juges affirment que la majorité exigée par l'article 89.3 ET « doit être mesurée, non pas par rapport à toute la représentation patronale du secteur dans le cadre territorial correspondant, mais par rapport à la représentativité qui, dans chaque cas, est apportée pour la légitimation « pleine » ». Dans le même sens, si une commission est composée de la représentation de trois des quatre syndicats pouvant l'intégrer et que ces trois syndicats réunissent 32 des 38 représentants élus, la majorité exigée par rapport à l'article 89.3 ET s'apprécie par rapport à ces 32 représentants. En l'espèce, deux syndicats qui comptaient respectivement sur 10 et 8 (18 de 32) représentants élus, ont pu adopter la convention. Selon les juges, les représentations sont « logiquement, celles qui, dans chaque cas concret, forment la commission de négociation constituée avec la représentation suffisante » (voir également STS 17 janv. 2006, Ar/3000).

Il convient de noter que certaines décisions ont retenu une position différente en affirmant que la répartition des postes dans la commission se calcule par rapport à l'ensemble des représentants élus dans le champ d'application de la convention (dans ce sens, STSJ de Madrid 3 juill. 1995, Ar/2870). Le TS a également affirmé que « l'article 88.1 al. 2 ET exige que, dans les conventions sectorielles, la participation à la commission de négociation de tous les sujets légitimes proportionnellement à leur représentativité » doit être calculée « dans le cadre de la convention qui prétend être négociée, lequel est délimité par les champs d'application personnel, fonctionnel et territorial de celle-ci » (STS 1^{er} oct. 1998, Ar/7801). Il ressort de cette affirmation que l'ensemble des représentants élus dans le cadre de la convention doit être pris en compte pour effectuer la répartition des postes de la commission. Néanmoins, la spécificité du litige relatif à une question d'articulation entre conventions sectorielles de cadre territorial distinct et à la double prise en compte des représentants élus, peut amener à douter de sa portée sur la question qui nous intéresse ici.

² STCT 20 juin 1986, Ar/5337. Les juges apprécient le nombre de représentants élus accrédité par un syndicat par rapport au total des représentants unitaires dans l'entreprise.

³ M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 117.

à l'ensemble des représentants unitaires conduirait à une « *antinomie en contradiction avec le texte légal* »¹. L'appréciation de la représentativité par rapport aux membres de la commission était donc difficilement réfutable. A partir de la réforme de 1994, cette antinomie disparaît puisque la majorité se réfère au même seuil de majorité absolue. Néanmoins, dans sa nouvelle rédaction, l'article 89.3 ET continue de se référer au terme ambiguë de « *représentations* » ce qui empêche donc de modifier l'esprit et le cadre de l'interprétation proposée antérieurement. D'autre part, aux termes de l'article 84.3 ET relatif aux règles de concurrence entre conventions², les conventions sectorielles autonomiques qui prétendent s'écarter des dispositions de conventions de cadre sectoriel étatique doivent être adoptées par « *les majorités exigées pour constituer la commission de négociation* », autrement dit par la majorité des représentants élus compris dans le cadre de la convention³.

Il importe cependant de souligner que le dispositif légal peut conduire « *à des résultats surprenants* »⁴ lorsque la commission est composée de syndicats qui atteignent avec justesse l'exigence de légitimation pleine⁵. Afin de saisir l'ampleur de la problématique, il est opportun de reproduire un exemple pratique proposé par F.R. LACOMBA PÉREZ⁶. Dans un secteur comptant 240 représentants unitaires élus, 90 correspondent à un syndicat A, 60 à un syndicat B, 50 à un syndicat C, 20 à un syndicat D et 20 à des candidatures indépendantes. Les syndicats A et B composent le banc social de la commission et possèdent donc la légitimation pleine⁷. Considérant que la commission compte sur 15 membres, si l'on se réfère aux organisations qui composent la commission, la représentativité du syndicat A est de 60% et celle du syndicat B de 40%, ce qui se traduit par l'attribution respective de 9 et 6 sièges. Mais si l'on se réfère à la totalité des représentants unitaires, les pourcentages de représentativité sont respectivement de 37,5% et 25% et correspondent à l'attribution de 6 et 4 membres de

¹ « L'article 89.3 ET empêcherait ce que permet l'article 88.1 ET, c'est-à-dire que puissent se négocier des conventions collectives d'efficacité générale une fois remplie l'exigence selon laquelle les organisations qui composent la commission, disposent de la moitié plus un des membres des comités d'entreprises et délégués du personnel dans le cadre fonctionnel et territorial de la convention objet de la négociation » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1994, p. 284. Précisons également que l'auteur évoque cet argument pour défendre le décompte personnel des votes).

² Pour approfondir sur ce point, voir infra, n° 722.

³ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MÚRCIA, op. cit., 2012, p. 387.

⁴ A. DESDENTADO et B. VALDÉS, op. cit., 1998, p.42

⁵ Aucune atteinte au droit à la négociation collective n'a été constatée. Les autres syndicats ont décidé de ne pas participer à la négociation.

⁶ Op. cit., p. 140. Voir également G. RODRÍGUEZ PASTOR, loc. cit., p. 478.

⁷ 150 représentants des 240 élus dans le secteur.

la commission qui comptent ainsi 5 postes vacants. Dès lors, selon la première option, le syndicat A peut adopter l'accord quel que soit le mode de calcul des votes, alors même que celui-ci compte uniquement sur 37,5% de représentativité réelle dans le secteur. Par contre, la représentativité appréciée par rapport à l'ensemble des représentants unitaires conduit nécessairement à l'approbation des deux organisations qui possèdent ensemble une représentativité réelle de 62,5% ou, si est retenu le mode de calcul personnel des votes, au vote d'au moins 8 membres de la commission.

En définitive, lorsque la commission de négociation remplit avec justesse l'exigence de majorité, le choix de retenir le poids représentatif des organisations et options syndicales qui l'intègrent effectivement, n'est pas, selon nous, totalement satisfaisant¹. Il peut aboutir à remettre en cause la légitimité de la convention puisque ses signataires ne représentent pas en réalité la majorité de ses destinataires². Cette règle découle cependant du dispositif légal qui centre son attention sur la commission de négociation dont la composition doit théoriquement reproduire à l'échelle le paysage syndical en présence dans le cadre de la convention. Dans la pratique, il convient toutefois de noter que les organisations syndicales qui peuvent intégrer la commission, participent généralement à la négociation ce qui permet, finalement, à la commission de représenter les salariés compris dans le cadre de la convention dans des conditions satisfaisantes.

Plus loin, le dispositif légal tend à présupposer que la majorité qui compose la commission va s'accorder sur l'adoption d'une convention. Or, la présence des membres de la composition n'est synonyme que d'une volonté de négocier. L'expression d'un accord sur le résultat de ces négociations constitue une autre étape qui exige, selon nous, une attention particulière pour garantir que les signataires représentent bien, au moins la majorité des salariés concernés³.

¹ Reprenant les propos du Professeur OJEDA AVILÉS, « *la moitié des syndicats peut former la commission de négociation et la moitié de cette moitié conclure un accord* » (op. cit., 2003, p. 767-768). Dans le même sens, I.A. RODRÍGUEZ CARDO propose un exemple dans lequel dans un secteur où sont élus 100 représentants unitaires, la convention sera valablement conclue par des syndicats représentant 26 de ces 100 représentants (op. cit., p. 154). Voir également R. QUESADA SEGURA et F. VILA TIerno, op. cit., p. 80 ; A. DESDENTADO et B. VALDÉS, op. cit., p. 42, pour qui « *si la commission de négociation est constituée avec un niveau de représentativité de la moitié plus un des représentants (501 sur 1000 par exemple), la convention peut être approuvée avec un niveau de représentativité clairement minoritaire (251 sur 1000)* ».

² Il serait alors concevable d'appliquer le principe de proportionnalité à l'ensemble des organisations dotées de légitimation initiale. Cette option se rapprocherait du droit français (pour approfondir, voir infra, n° 318).

³ Ce constat peut alors expliquer la pratique fréquemment mise en œuvre, bien qu'inutile juridiquement, de soumettre la convention d'entreprise à l'approbation des salariés par référendum afin de renforcer sa

CONCLUSION SECTION I:

301. Le dispositif espagnol recourt à l'exigence majoritaire à deux moments distincts du processus de négociation d'une convention¹. Naturellement, les conditions de sa mise en œuvre varient.

Lorsque l'exigence majoritaire est envisagée préalablement au début des négociations, elle permet d'habiliter la commission à négocier une convention collective dotée d'efficacité générale. Par conséquent, alors que la légitimation initiale est reconnue individuellement à un syndicat, la légitimation pleine est reconnue à chacun des bancs de la négociation, ce qui dans la pratique conduit généralement à sa reconnaissance à titre collectif.

L'exigence majoritaire s'inscrit toutefois dans un processus plus large relatif à la constitution de la commission de négociation dans lequel le principe de proportionnalité représentative constitue la deuxième variable centrale qui permet de constituer valablement la commission. Ce principe illustre alors la reconnaissance et la prise en compte des conflits syndicaux par le dispositif légal qui garantit, par conséquent, le droit de liberté syndicale.

La constitution de la commission présente alors une perspective externe qui vise à justifier sa capacité normative dans le système des relations de travail et une dimension interne qui conduit à prendre en compte le poids représentatif des acteurs légitimes pour en faire partie.

légitimité. Les parties à la négociation ont également recouru à ce mécanisme afin de débloquent une situation dans laquelle, appliquant le vote personnel, le banc social était partagé (six contre six) et ne pouvait être approuvée la convention (STS 23 déc. 1998, Ar/384 de 1999). L'approbation des salariés peut également être sollicitée durant la négociation pour choisir notamment la ligne de revendication. En définitive à travers ce mécanisme, « *les représentations unitaires ou syndicales décident volontairement d'auto-limiter leur liberté d'exercice de représentation durant la négociation de la convention en soumettant leur comportement dans la négociation ou lors de la signature de l'accord final sur la convention à une consultation préalable du personnel au lieu d'agir pour son compte* » (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2004, p. 131). Néanmoins, la doctrine majoritaire et la jurisprudence considèrent que l'accord des salariés possède « *une valeur simplement « morale » ou « sociale »* » sans effet juridique automatique puisque soumis à la volonté préalable des négociateurs (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., p. 140 ; STS du 1^{er} juin 1990, Ar/5001).

¹ Reprenant les propos du Professeur VALDÉS, « *le système de négociation collective d'efficacité erga omnes dessiné dans l'ET tourne autour d'un complexe et laborieux engrenage qui remplit la très importante fonction de garantir que la valeur ajoutée qu'a été attribuée à cet acte [...] s'utilise de telle façon que soient raisonnablement pris en compte les intérêts majoritaires des groupes ou secteurs professionnels soumis aux cadres d'application de la convention* » (loc. cit., 1994, p. 259).

302. L'exigence majoritaire est une nouvelle fois envisagée au moment de la conclusion de l'accord. Il ressort de ce développement qu'en l'état du droit positif, il est impossible d'écarter définitivement l'une des deux modalités de décompte des voix. Quoi qu'il en soit cette exigence majoritaire s'apprécie par rapport aux négociateurs antérieurement reconnus légitimes et majoritaires. Il s'agit donc bien d'une manifestation de la volonté interne de la commission de la négociation. Cette configuration aboutit alors à fonder la légitimité de la convention sur les négociateurs de la convention et non pas, sur ses signataires.

303. Une dernière remarque doit nous conduire à souligner que le dispositif légal espagnol relatif aux différentes étapes de la négociation, de la négociation préalable à l'adoption de l'accord, se caractérise par un interventionnisme important qui peut paraître paradoxal au regard de la reconnaissance de l'autonomie collective. L'attribution légale d'une efficacité générale à la convention statutaire constitue alors la variable décisive qui permet d'expliquer cet interventionnisme. Parmi ces étapes, la constitution de la commission de négociation constitue, dans tous les cas, une singularité du dispositif espagnol. Les problèmes pratiques inhérents à sa constitution et son incapacité théorique à garantir que la majorité des salariés soit représentée par les signataires de la convention finalement adoptée, constituent, selon nous, deux aspects polémiques du dispositif espagnol.

L'analyse des dispositions françaises en la matière apparaît alors pertinente à plusieurs égards.

SECTION II: L'exigence majoritaire comme condition de validité de la conclusion d'une convention collective de travail en France

304. Dans la conception traditionnelle de la négociation collective, l'exigence majoritaire a été écartée de manière directe et catégorique par la fonction attribuée à la notion de représentativité¹. Chaque syndicat reconnu représentatif a la qualité pour

¹ M.L. MORIN écrit que l'exigence de majorité est « étrangère à notre tradition de négociation collective » (loc. cit., *Dr. soc.*, 2000, p. 1080). Le Professeur SAVATIER l'avait pourtant évoqué dès 1989 (« Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, 1989, Paris, Dalloz, p. 183). Dans le même sens, voir également G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 482.

s'exprimer au nom de l'intérêt collectif de la profession et peut dès lors, par sa seule signature, conclure une convention collective applicable à l'ensemble des salariés¹. Dès lors, reprenant les propos du Professeur MAZEAUD, « *la notion de majorité ou de minorité n'a, à première vue, aucun sens, dès lors que, dans un système de pluralisme syndical, le monopole syndical met à égalité tout syndicat représentatif* »².

Néanmoins, force était de constater que cette règle d'unicité de signature³, combinée en amont avec les carences de la mesure de la représentativité⁴ et, avec, en aval l'attribution d'un effet *erga omnes* à la convention collective permettait « *que s'impose la loi de la minorité* »⁵. Ce constat a posé d'énormes problèmes et a fait trembler l'édifice juridique jusqu'alors construit, lorsque la négociation a cessé d'être uniquement synonyme d'amélioration des conditions de travail. En effet, la multiplication des fonctions de la négociation a posé « *de manière cruciale* » la question de la légitimité des signataires et des accords⁶. Dans ce contexte, l'introduction de l'exigence de majorité conduit à atténuer la conception essentialiste des syndicats et

Néanmoins, le principe majoritaire n'est pas totalement une nouveauté en droit du travail puisque, comme en Espagne, il gouverne le fonctionnement du comité d'entreprise (Article L. 434-3 al.3 : « *Les résolutions sont prises à la majorité des membres présents* »).

¹ On retrouve ici la conception essentialiste du syndicat (soulignée par P. ROSANVALLON, op. cit., p. 201 ; voir supra, n° 109).

² *Droit du Travail*, 4^e ed., Montchrestien, 2004, p. 205. Le Professeur SUPIOT rapproche alors la question de l'égalité entre syndicats de la notion de parité. Cette dernière intervient dans « *tous les cas où doit être établie une égalité de représentation dans les rapports collectifs de travail entre employeurs et salariés* ». Dès lors, notamment en matière de négociation collective, la loi a deux options : « *privilégier l'égalité patronat/syndicat ou bien l'égalité entre syndicats ? [...] favoriser l'expression d'une majorité transversale patronat/syndicats, ou bien celle d'une majorité interne à chacun de ces deux groupes d'intérêts ?* » (loc. cit., 1994, p. 63).

³ La doctrine a condamné objectivement et de manière isolée cette règle indépendamment des effets consécutifs à sa combinaison avec d'autres variables. Le Professeur BORENFREUND affirme notamment qu'il s'agit d'une « *règle condamnable en ce qu'elle constitue une expression déformée du pluralisme syndical, en même temps qu'un facteur juridique de division du mouvement syndical, ainsi qu'un instrument commode de sélection entre organisations offert aux employeurs* » (« Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 25). Dans le même sens, le Professeur SUPIOT relève que cette règle s'inscrit dans l'« *antinomie* » du dispositif français « *entre d'un côté une intervention législative destinée à renforcer le poids de la représentation des salariés face aux employeurs, et d'autre part une exclusion quasi systématique de toute possibilité de représentation unitaire des salariés* » (loc. cit., 1994, p. 65).

⁴ Voir supra, n° 193.

⁵ G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 431. Comme l'affirmait justement le Professeur G. LYON-CAEN se référant aux accords minoritaires, « *le mal a été créé par le législateur* » (loc. cit., *Dr. Ouv.*, 2001, p. 6).

⁶ Le Professeur ANTONMATTEI soulignait ainsi que « *dès lors que la convention ou l'accord collectif de travail n'a plus seulement une fonction d'amélioration, l'exigence majoritaire n'est pas surprenante. Elle est même légitime* » (« Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.*, 2003 (a), p. 90).

Les questions relatives à l'introduction de l'exigence majoritaire ont été amplement traitées par la doctrine (voir notamment, G. BORENFREUND, loc. cit., 2002, p. 429 et P. REMY, « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 1999, p. 269).

permettrait aux syndicats majoritaires de se convertir en « *porte-parole légitime des salariés* »¹. La loi n'a alors eu de cesse de subordonner la validité de la convention au respect d'une exigence majoritaire.

L'analyse des réformes successives effectuées en France permet alors d'illustrer la diversité des déclinaisons de l'exigence majoritaire. En 1982 est introduit un droit d'opposition permettant aux syndicats représentatifs majoritaires non-signataires de s'opposer à l'application de la convention. L'exigence majoritaire est alors une condition de l'annulation d'une convention². Suivant une évolution lente mais constante, la majorité d'engagement se convertit à partir de 2004, dans certains cas, en condition de validité de la convention. La réforme de 2008 est finalement venue généraliser l'exigence d'une majorité d'engagement pour l'ensemble des accords et conventions collectifs. L'originalité du dispositif établi réside néanmoins dans le caractère relatif de cette majorité et, consécutivement, dans le maintien d'un droit d'opposition. Au niveau de l'entreprise, lorsque des représentants élus, des salariés mandatés ou des RSS concluent une convention, l'exigence majoritaire est également prévue par la loi afin de garantir l'assentiment de la majorité des salariés mais ses modalités de mise en œuvre sont, naturellement, différentes.

Dans tous les cas, l'exigence majoritaire est appréciée uniquement lors de la conclusion de l'accord. Elle ne s'attache donc pas aux négociateurs de la convention mais vise directement ses signataires.

305. En marge de la question de l'exigence majoritaire, il convient de souligner la spécificité de la convention de branche susceptible d'extension qui se rapproche du

¹ F. PETIT, op. cit., p. 26.

La question de la compatibilité de l'exigence majoritaire avec le principe de pluralisme syndical a alors pu être posée. Reprenant les propos du Professeur VERDIER, il convient néanmoins d'admettre que « *le principe de pluralisme conduit seulement à ne pas limiter à une seule organisation (la plus représentative) l'attribution de droits attachés à la représentativité, mais à en permettre l'exercice à des syndicats représentant ensemble la majorité des travailleurs de l'unité considérée. Le principe majoritaire peut trouver sa place sans bannir le pluralisme, et ce dernier se combiner avec la légitimité fondée sur la majorité, elle-même éventuellement pluraliste* » (loc. cit., 1991, p. 8). Il importe toutefois de hiérarchiser le principe d'égalité et le principe de majorité « *selon l'objet de la représentation* ». Le Professeur SUPIOT souligne en effet que « *lorsqu'il s'agit d'engager la collectivité des salariés, seul le principe majoritaire assure la légitimité de cet engagement. Lorsqu'il s'agit d'exprimer les aspirations de cette collectivité, l'égalité de traitement entre représentants paraît au contraire devoir s'imposer* » (loc. cit., 1994, p. 67).

² L'assimilation du droit d'opposition à une modalité de mise en œuvre de l'exigence majoritaire peut être discutée. Le Professeur VERDIER conçoit ainsi l'opposition comme un « *tempérament* » à l'absence de conception majoritaire de la représentation et à la possibilité pour un seul syndicat de signer une convention (loc. cit., 1983, p. 569). Pour le Professeur BORENFREUND, le droit d'opposition est, au contraire, un « *signe fort d'émergence de l'idée majoritaire* » (loc. cit., 2002, p. 431).

droit espagnol¹. En effet, aux termes de l'article L. 2261-19 CT, « *pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus en commission paritaire* ». Cette commission doit ainsi être composée obligatoirement des représentants des organisations syndicales de salariés, mais également des associations d'employeurs représentatives dans le champ d'application considéré². Néanmoins, elle se distingue fortement de la commission de négociation établie en droit espagnol, notamment par l'inapplication du principe de proportionnalité et l'intégration de chaque syndicat reconnu représentatif de manière égalitaire³.

En l'état actuel du droit positif, il convient donc aborder, d'une part, les conditions de validité des accords et conventions conclus par les syndicats et, d'autre part, celles prévues lors des procédures de négociations subsidiaires.

§ 1 : La double déclinaison de l'exigence majoritaire des accords ou conventions conclus par les syndicats et les délégués syndicaux

306. L'instauration de la majorité d'engagement s'est opérée progressivement par une succession d'interventions légales qui ont peu à peu conduit à sa généralisation. La réforme de 2008 représente le produit de cette évolution et soumet désormais la validité de la convention ou de l'accord conclu par un ou plusieurs syndicats ou, au niveau de l'entreprise, par leurs délégués syndicaux, à une double condition : l'absence d'une opposition majoritaire et l'accomplissement d'une majorité d'engagement relative. Reprenant la formule éclairante du Professeur RAY, « *pour la première fois, la loi impose une majorité de construction de l'accord avec un astucieux double verrou puisqu'une majorité absolue peut ensuite exercer son droit d'opposition* »⁴.

Il importe de souligner que l'exigence majoritaire n'est prévue que pour les signataires de la partie salariale. En effet, le dispositif légal français fait totalement

¹ Sur cette procédure d'extension, voir supra, n° 87.

² Article L. 2261-19 CT (anc. art. L.133-1 al.1).

³ Le Ministre dispose de certaines prérogatives facilitant la correcte constitution de la commission qui négocie et conclut la convention. Outre sa mission de vérifier la représentativité des négociateurs en diligentant une enquête (L. 2121-2 CT ; anc. art. L.133-3 CT), il peut fixer le nombre maximum de représentants des organisations en cas de litiges (D.2261-10 CT ; anc. art. L. 133-4).

⁴ J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 889.

l'impasse sur la partie patronale et ne prévoit aucune exigence particulière relative aux signataires patronaux.

L'évolution du dispositif légal conduit alors à aborder tout d'abord la mise en œuvre et les conséquences de la majorité d'opposition avant de s'attacher à l'essor de la majorité d'engagement et aux modalités singulières de sa mise en œuvre en droit positif.

A. La majorité d'opposition comme condition d'annulation de la convention

307. Défini comme une « *sorte de droit de veto* »¹, le droit d'opposition permet aux syndicats représentatifs majoritaires non-signataires d'une convention de s'opposer à son application. La première mouture du droit d'opposition date de 1982 et prévoit des conditions de mise en œuvre restrictives rendant difficile son exercice. Peu à peu, le dispositif légal a alors adouci les conditions de son exercice. Néanmoins, il demeure encore aujourd'hui peu utilisé dans la pratique. Ce constat s'explique essentiellement par les effets qu'il produit sur la convention. En effet, si l'opposition est admise, elle entraîne une sanction lourde de conséquences : la nullité de la convention collective.

1. L'assouplissement des conditions de mise en œuvre

308. L'introduction en 1982 d'un droit d'opposition ouvert aux syndicats représentatifs majoritaires non signataires constitue fondamentalement la contrepartie à la possibilité de conclure des accords dérogatoires². Son exercice est alors restreint à une hypothèse spécifique dans laquelle les signataires peuvent s'écarter des dispositions légales et aboutir à une dégradation des conditions de travail³. A partir de 1992, lors de la révision d'une convention collective, les syndicats majoritaires non-signataires d'un avenant modificatif, réduisant un avantage conventionnel collectif ou individuel,

¹ R. SOUBIE, « La négociation collective : chances et risques de la réforme », *Dr. soc.*, 1982, p. 282.

² Ordonnance n° 82-41 du 16 janv. 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, spécialement article 27 et Loi n° 82-957 du 13 nov. 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail. Repris à l'ancien article L. 132-26.

Pour approfondir voir notamment, R. SOUBIE, loc. cit., 1982, p. 280 ; M. DESPAX, « Les paradoxes de la négociation collective d'entreprise », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 267. Pour un courant doctrinal minoritaire, au niveau de l'entreprise, le caractère représentatif ne conditionne pas l'exercice du droit d'opposition ; « *la condition de la majorité suffit* » (Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Paris, Litec, 1990, p. 211).

³ Pour approfondir sur les accords dérogatoires, voir infra n° 412.

disposent également d'un droit d'opposition¹. La loi expérimentale du 12 novembre 1996 qui permet à la négociation de branche de réguler la conclusion d'accords dérogatoires dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, reprend, une nouvelle fois, le principe de la majorité d'opposition². Force est alors de constater que ces textes réduisent le domaine d'application du droit d'opposition aux procédures de négociation dérogatoire ou de régression³.

Outre la limitation de son champ d'application, l'exercice du droit d'opposition était soumis au respect de conditions de mise en œuvre restrictives. Le ou les syndicats majoritaire(s) doivent ainsi rassembler plus de la moitié des inscrits aux dernières élections au comité d'entreprise⁴. La doctrine souligna qu'en raison du faible taux de participation à ces élections, ce seuil aboutissait dans les faits à convertir ce chiffre à 70% des votants⁵.

309. Encouragée par les partenaires sociaux⁶, l'évolution légale du droit d'opposition s'est alors orientée vers un assouplissement des conditions de sa mise en œuvre et vers une généralisation de son application.

Le tournant décisif s'est opéré à l'occasion de la réforme de 2004 qui convertit le droit d'opposition en règle légale de droit commun et qui confirme l'élargissement des conditions de sa mise en œuvre⁷. Devant le silence des négociateurs de branche⁸, la

¹ Loi n° 92-1446 du 31 déc. 1992 ; G. VACHET, « La révision des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.*, 1993, p. 134. Pour approfondir sur la procédure de révision, voir infra, n° 621.

² Loi n° 96-985 du 12 nov. 1996, spécialement article 6 § VI.

³ Dans ce sens, J. PELISSIER, « Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 103. Reste alors entier le problème de la définition de l'accord dérogatoire et de l'accord de concession (voir infra, n° 412 s.). Dans tous les cas, l'introduction de l'exigence majoritaire au travers du droit d'opposition se présente bel et bien comme « *la contrepartie du développement du pouvoir normatif des partenaires sociaux et en même temps une sécurité* » (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2003 (a), p. 90. L'auteur ne se réfère cependant pas de manière directe au droit d'opposition mais évoque l'exigence majoritaire dans sa globalité).

⁴ La Cour de cassation énonça que « *lorsque le quorum a été atteint au premier tour de ces élections, le nombre de voix à prendre en compte est le total de celles recueillies par les titulaires lors de ce tour* », Cass. Soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 104, obs. J. BARTHELEMY ; *Dr. soc.*, 1999, p. 101, obs. J. SAVATIER

⁵ J.E. RAY, *Dr. soc.*, 2004, p. 598.

⁶ Position commune de 2001, spécialement Point I, 2. Sur ce texte, voir supra, n° 222.

⁷ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ». Voir également la circ. DRT du 22 septembre 2004 qui précise les conditions et la procédure dans lesquelles ce droit peut être exercé.

⁸ Le dispositif légal établi par la loi de 2004 est en effet supplétif, voir infra, n° 313.

validité de l'accord de branche, d'entreprise, d'établissement ou de groupe¹ est subordonnée à l'absence d'opposition des syndicats non-signataires majoritaires. Suite à cette réforme, l'opposition majoritaire n'est donc plus conditionnée par le caractère dérogatoire de l'accord ou par le caractère *in peijus* de l'avenant de révision et peut s'exercer à tous les niveaux de négociation indépendamment du contenu de l'accord.

Le cadre de son appréciation diffère cependant selon le niveau considéré.

Aux niveaux interprofessionnel et de branche, la loi retient une majorité d'opposition arithmétique, conditionnant la validité de la convention, à l'absence d'opposition des organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord². Reprenant les propos du Professeur RAY, « *cette majorité est donc à la fois organique (les confédérations reconnues), négative (car d'opposition et non de signatures) et arithmétique* »³.

Ce mode d'appréciation de la majorité a été fortement critiqué par la doctrine, selon nous, à juste titre. Sachant que le caractère représentatif n'est pas toujours accompagné d'une représentativité réelle dans le champ d'application de la convention, une majorité de syndicats représentatifs peut en réalité représenter une minorité de salariés. Ce constat est par hypothèse possible au niveau interprofessionnel national dans lequel interviennent les cinq confédérations considérées représentatives conformément à la liste élaborée en 1966. Dans ce cadre, un accord signé par trois confédérations sera toujours valable et ne pourra faire l'objet d'une opposition⁴. Au niveau de la branche, la signature de trois syndicats affiliés à une confédération représentative au niveau national n'implique pas de façon automatique la validité de l'accord comme au niveau interprofessionnel puisque tous les syndicats reconnus représentatifs dans la branche considérée peuvent participer à la négociation. Néanmoins, l'application d'une convention conclue par une majorité de syndicats qui comptent sur le vote d'une minorité de salariés reste possible. Reprenant les propos du Professeur RAY, force est de constater que l'opposition arithmétique est une « *caricature de majorité* »⁵.

¹ Par extension, les règles au niveau de l'entreprise seront appliquées au niveau des conventions et accords de groupe. Il s'agira alors d'additionner les résultats de chaque syndicat obtenus dans chaque entreprise afin de la mesurer au niveau plus global du groupe (P. RODIERE, loc. cit., 2003, p. 9).

² Ancien article L. 132-2-2, II. CT.

³ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 594.

⁴ Or, un accord signé par trois confédérations peut être largement minoritaire au sein des salariés et inversement un accord signé par seulement deux confédérations peut s'avérer majoritaire au sein des salariés. Pour apprécier les différentes combinaisons, voir supra, n° 146.

⁵ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 593.

Au niveau de l'entreprise, la majorité d'opposition peut être exercée par les syndicats qui ont recueilli « *au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel* »¹. La majorité arithmétique est donc exclue au bénéfice de la majorité électorale qui s'apprécie désormais selon les votes exprimés et non plus selon les inscrits. Ce changement de l'assiette de calcul de la majorité représente incontestablement un aspect fondamental de la réforme de 2004 qui généralise l'appréciation de la majorité en fonction des votants, facilitant ainsi sa mise en œuvre².

Quoi qu'il en soit, il ressort du dispositif légal que le droit d'opposition ne remet pas en cause le dispositif antérieur puisqu'un accord minoritaire reste, a priori et par principe, valable.

La configuration du droit d'opposition qui résulte de la loi du 20 août 2008 est largement similaire à celle du dispositif antérieur. La seule différence notable réside dans la disparition de la majorité arithmétique que « *personne ne regrettera* »³, et dans la généralisation de la majorité électorale. Dans ce cadre, la validité de la convention ou de l'accord est quelque soit le niveau, « *subordonnée [...] à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages [...]* »⁴. Le mode de calcul de la majorité d'opposition selon les différents niveaux est similaire à celui opéré lors de la majorité d'engagement. Nous renvoyons donc leur analyse à ce développement⁵.

2. Un mécanisme contestable

310. La majorité de la doctrine s'est montrée très critique à l'encontre du droit d'opposition. Sur la forme, malgré le relâchement incontestable des conditions de sa mise en œuvre et l'extension de son champ d'application, de nombreuses critiques relatives à son régime juridique ont été formulées. Sur le fond, certains auteurs se sont de plus interrogés sur le bien-fondé d'une technique qui est en soi critiquable. Ces

¹ Ancien article L. 132-2-2, III CT.

² Précisons toutefois que la réforme du temps de travail concrétisée par la loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000 marqua un premier point d'inflexion en ce domaine qui s'est poursuivi par la Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques. En effet, ces deux lois prévoyaient déjà que la majorité s'appréciait par rapport au nombre de votants.

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 161.

⁴ Pour les conventions de niveau interprofessionnel, art. L. 2232-2 CT ; pour les conventions de branches, art. L. 2232-6 CT ; pour les conventions d'entreprises, art. L. 2232-12 CT.

⁵ Voir infra, n° 314.

propos formulés dès son introduction sont totalement applicables et gardent toute leur vigueur en droit positif.

En ce qui concerne son régime juridique, l'exercice du droit d'opposition est, d'une part, encadré par des conditions de formes spécifiques. Aux termes de l'article L. 2231-8 CT, l'opposition doit être écrite et motivée¹ et notifiée aux signataires de l'accord ou de la convention objet de l'opposition². Dès lors, l'application de l'accord est suspendue tant que le juge ne s'est pas prononcé sur l'opposition que les signataires de l'accord ont contestée³. D'autre part, il est soumis au respect de délais légaux extrêmement courts qui commencent à courir à partir de la notification de l'accord⁴. Concrètement, en l'espace d'une semaine pour les conventions ou accords d'entreprises⁵ ou deux semaines pour les accords ou conventions de branche ou de niveau interprofessionnel⁶, les syndicats doivent analyser en totalité l'accord et ses implications, former une majorité, consulter leur base et « leur hiérarchie », en somme, prendre la mesure des conséquences de leur éventuelle opposition⁷.

¹ Al. 1. L'opposition « *précise les points de désaccord* ». Les conditions de la motivation de l'opposition ont fait l'objet d'une appréciation large de la Cour de cassation (Cass. Soc. 12 juill. 1999, *RJS*, 1999, n°1105. En l'espèce, la motivation se limitait à indiquer que l'accord dérogeait à certaines dispositions légales et qu'il aboutissait à la modification du statut applicable aux salariés d'une entreprise publique). Un arrêt d'appel postérieur a quant à lui jugé qu'invoquer le seul caractère dérogatoire de l'accord ne pouvait constituer une motivation suffisante (CA de Versailles 13 fév. 2002, *RJS*, 2002, n° 576, cité par C. FOURCADE, op. cit., p. 252, note 231).

Dans tous les cas, il n'a pas été précisé de manière claire par la loi ou la jurisprudence, sauf omission de notre part, si l'opposition doit être formulée dans un document commun ou si chaque syndicat exerçant le droit d'opposition doit élaborer un écrit (M. MORAND « Dialogue social : réflexions autour de la loi du 4 mai 2004 », *SSL*, 2005, n° 1197, p.7).

² Al. 2. Les destinataires de l'opposition sont les personnes morales signataires de l'accord et non d'autres structures appartenant à la même confédération. Pour approfondir Cass. Soc. 9 fév. 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 382, obs. G. BORENFREUND.

³ Cass. soc. 25 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 138.

Les juges du premier degré ont précisé que « *les signataires d'un accord, dès lors qu'ils ont reçu notification d'une opposition, ne peuvent passer outre celle-ci et se faire seuls juges de sa validité ; que s'ils n'ont pas l'obligation de saisir le juge, ils ne peuvent méconnaître le droit exercé par les syndicats opposants et mettre en œuvre l'accord, tant que la validité de l'opposition, dans la mesure où ils la contestent, n'a pas fait l'objet d'une décision judiciaire* » (TGI Paris (référé) 13 déc. 2001 et TGI Chateauroux (référé) 9 janv. 2002, *Dr. Ouv.*, 2002, p. 406 ; C. FOURCADE, op. cit., p. 252, notes 233-234).

⁴ Voir Cass. soc. 10 juill. 2002, *RJS*, 2002, n° 1153. En l'espèce, les juges retiennent la date de réception de la notification de l'accord par les non-signataires (J.E. RAY, loc. cit., 2004, p. 598). La loi de 2004 a clarifié cette question en prévoyant expressément une obligation de notification. Aux termes de l'article L. 2231-5 CT, « *la partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord en notifie le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature* ». Dès lors cette disposition permet de déterminer, sans ambiguïté, la date de notification.

⁵ Pour les accords d'entreprise, art. L. 2232-12, al. 2 CT.

⁶ Pour les accords interprofessionnel et les conventions de branche respectivement art. L. 2232-2 al. 3 et art. L. 2232-6, al.2 CT

⁷ C. FOURCADE, op. cit., p. 261.

Les conséquences attribuées à l'exercice du droit d'opposition et ses effets sur la convention contestée constituent en réalité le point névralgique des critiques formulées à l'encontre du régime juridique du droit d'opposition. L'exercice de l'opposition aboutit aux termes de la loi à anéantir complètement la convention collective contestée¹. Réputée non écrite, elle ne produit donc aucun effet juridique². Or, tout accord litigieux comporte incontestablement des clauses favorables aux salariés³ qui, en cas d'opposition, ne pourront donc pas les invoquer⁴. Cette conséquence juridique conduit alors les syndicats à l'initiative de l'opposition à préparer un argumentaire convaincant pour justifier, à leurs affiliés et plus généralement aux salariés devant lesquels ils devront se présenter aux prochaines élections, les effets juridiques et sociaux de cette mesure radicale⁵. En réalité, force est de constater que les effets juridiques de l'opposition ont largement dissuadé les syndicats non-signataires d'agir⁶.

311. Ce constat représente un premier argument de fond avancé par la doctrine pour mettre en cause l'opportunité du droit d'opposition. Reprenant les propos du Professeur RAY, « *créé pour ne jamais servir, le droit d'opposition a été de ce point de vue un remarquable succès* »⁷. Dans la pratique, l'opposition s'est en réalité convertie en une menace qui peut être agitée durant le processus de négociation, en un nouvel argument qui influence le contenu de l'accord et le comportement des négociateurs⁸.

¹ Voir art. précités

Sous le dispositif de la loi de 2004, l'article L. 132-2-2, V al.2 CT prévoyait que « *les textes frappés d'opposition majoritaire et les textes n'ayant pas obtenu l'approbation de la majorité des salariés sont réputés non écrits* » (CA Paris du 22 sept. 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 996, obs. P.H. ANTONMATTEI, F. FAVENNEC-HERY et C.A. GARBAR).

² Article L. 2231-9 CT : « *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* ».

³ M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 647. Sur les désavantages de la nullité, voir notamment, F. SARAMITO, « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2000, p. 428.

⁴ Les dispositions conventionnelles synonymes de dégradation des conditions de travail ayant pu motiver l'opposition et les dispositions synonymes d'amélioration des conditions de travail connaissent ainsi le même sort.

⁵ Un secteur doctrinal proposa alors de prononcer la nullité partielle des clauses ou des blocs de clauses contestées dès lors que le juge constate que l'économie générale de l'accord est conservée (M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 648 ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 571).

⁶ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 598.

⁷ J.E. RAY, loc. cit. 2009, p. 888. Pour approfondir, voir O. MERIAUX, J.Y. KERBOURC'H et C. SEILER, *Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises*, Paris, DARES, Document d'études, 2008, n° 140.

⁸ J.E. RAY, « Quel droit pour la négociation collective de demain ? Avant-propos », *Dr. soc.*, 2008, p. 9 et loc. cit., 2009, p. 887.

En marge des critiques d'ordre strictement juridique, la doctrine affirma de manière plus générale que cette technique de l'opposition est « *par essence malsaine* »¹ pour deux motifs. D'une part, le fait de fonder la validité de la convention sur le silence de la majorité des syndicats non-signataires n'implique pas la vérification de la légitimité des syndicats signataires qui n'est appréciée qu'indirectement si le droit d'opposition est exercé². D'autre part, elle attribue un « *rôle négatif* » aux syndicats majoritaires³. L'opposition exclut en effet toute idée de responsabilisation ; signer un accord n'est pas la même chose que s'abstenir de s'y opposer. L'opposition constitue dès lors un « *équivalent à une acceptation majoritaire tacite* »⁴.

La majorité d'opposition se révèle en définitive incapable d'empêcher l'entrée en vigueur et l'application d'un accord minoritaire. Tout accord conclu par un syndicat représentatif est donc a priori valide et ne sera dans la pratique que rarement annulé. L'analyse des conditions de mise en œuvre de la majorité d'engagement permet toutefois d'affirmer que si sous l'empire de la loi de 2004, un accord très minoritaire pouvait s'appliquer, la réforme de 2008 ne le permet qu'à un accord *relativement* minoritaire.

B. La majorité d'engagement comme condition de validité de la convention

312. L'instauration d'une majorité d'engagement a trouvé un écho important au sein des organisations syndicales et patronales représentatives au niveau national⁵. Dans cette même ligne, les lois de 2000 et 2003 avaient également permis de franchir un nouveau pallier en instaurant, dans certaines hypothèses, le mécanisme de la majorité positive⁶. Un tournant important est amorcé par la loi de 2004 qui établit un dispositif

¹ Ph. LANGLOIS, « Dialogue social. Approche critique des principales dispositions du projet de loi (I) », *SSL*, 2004, n° 1152, p. 7. Pour une opinion plus contrastée, Y. CHALARON, *op. cit.*, p. 208.

² Dans ce sens, la majorité d'opposition « *ne garantit aucunement, en elle-même, la légitimité des signataires de l'accord* » (C. FOURCADE, *op. cit.*, p. 260).

³ G. BORENFREUND, *loc. cit.*, 2002, p. 431.

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, *op. cit.*, p. 161.

⁵ La position commune 2001 préconisait l'introduction de l'accord majoritaire au niveau interprofessionnel, de la branche et de l'entreprise (*Dr. soc.*, 2003, p. 92, Point I.2). L'accord RATP du 23 octobre 2001 conditionnait par exemple la mise en œuvre d'accord à la signature d'organisations ayant recueilli 50% ou, à défaut 35% des suffrages exprimés lors du 1^{er} tour des élections du comité d'entreprise.

⁶ Loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail. Cette loi ne remet cependant pas en cause la règle de l'unicité de signature. Elle conditionnait uniquement l'octroi d'allègements fiscaux consécutifs à la réduction du temps de travail à la conclusion d'accords signés par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, aux fonctions de DP. Cette exigence n'interférait

favorisant le développement et la généralisation de la majorité d'engagement sans toutefois l'imposer¹. La dernière réforme légale de 2008 est allée plus loin en généralisant la majorité d'engagement qui est désormais le droit commun. Néanmoins, force est de constater que les conditions de sa mise en œuvre permettent toujours à un accord minoritaire d'être, a priori, valable.

1. L'instauration conventionnelle de l'exigence majoritaire dans la loi de 2004

313. En marge de la généralisation du droit d'opposition à l'ensemble des conventions et accords collectifs indépendamment de leur contenu et de leur niveau, la loi du 4 mai 2004 ouvre la porte à l'instauration d'un modèle de majorité d'engagement. L'idée générale est alors la suivante : le dispositif légal dans lequel est généralisée la majorité d'opposition, présente un caractère supplétif². Seul le niveau interprofessionnel est soumis à une règle légale impérative. Selon les dispositions de l'article L.132-2-2 § I, « *la validité d'un accord national interprofessionnel est subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord* ».

Les signataires des accords de branches peuvent, par conséquent, décider d'instaurer à ce niveau et au niveau des entreprises comprises dans leur champ d'application, une majorité d'engagement³. Cet accord doit satisfaire une double condition pour être applicable. Premièrement, il ne doit pas faire l'objet d'une opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives dans son champ d'application⁴. La doctrine a alors souligné que l'opposition arithmétique rend

donc pas sur la validité de l'acte. La doctrine souligna dès lors que « *dans le même temps que le principe de majorité syndicale émerge, il paraît aussitôt démenti* » (G. BELIER, loc. cit., 1999, p. 1017. Voir également J. SAVATIER, « La création ou la préservation d'emplois, conditions d'allègement des cotisations sociales dans la loi du 19 janvier 2000, *Dr. soc.*, 2000, p. 478 ; G. LYON-CAEN, « Considérations intempêtes sur le temps », *Dr. soc.*, 2000, p. 237).

Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques. Cette loi introduit l'exigence d'une majorité d'engagement pour la conclusion d'accords de méthode établissant les modalités de consultation des représentants du personnel sur les projets de licenciements économiques. Le caractère majoritaire s'appréciait par rapport aux résultats des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections au comité d'entreprise.

¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

² « *Ou, plus exactement, ouvert à la dérogation conventionnelle* » (G. BORENFREUND, loc. cit., 2005, p. 11).

³ Au niveau de la branche, anc. art. L. 132-2-2, II, al.2 CT; au niveau de l'entreprise, anc. art. L. 132-2-2, III CT. Voir également circ. DRT n° 9 du 22 septembre 2004 et J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 595.

⁴ C'est donc le dispositif légal supplétif qui s'applique dans un premier temps.

prévisible le blocage des syndicats minoritaires dont l'intérêt de maintenir le dispositif légal supplétif est évident¹. Deuxièmement, si aucune opposition n'est formulée, il doit faire l'objet d'un arrêté d'extension permettant son application à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application².

314. La loi ouvre différentes modalités d'appréciation de la majorité d'engagement aux négociateurs de branche.

Au niveau de la branche, ils peuvent établir une majorité électorale d'engagement. La loi prévoit alors deux mécanismes pour mesurer le poids électoral des syndicats. La première consiste à organiser périodiquement une consultation électorale auprès de tous les salariés de la branche qui ont la qualité d'électeurs afin de mesurer la représentativité de chaque syndicat à l'intérieur des différentes branches d'activité³. La seconde option réside dans l'utilisation des résultats des dernières élections aux comités d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel⁴.

Au niveau de l'entreprise, les négociateurs de branche peuvent prévoir que l'accord doit avoir été « *signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel* »⁵. La doctrine soulignait néanmoins que la prise en compte de ce processus électoral pour atteindre le seuil de 50% des voix soulevait de nombreuses difficultés⁶. Dans tous les cas, la loi prévoyait que « *si les organisations syndicales de salariés signataires ne satisfont pas à la condition de majorité, le texte peut être soumis [...] à l'approbation [...] des salariés*

¹ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 595.

² Cette procédure garantit pour le moins le caractère représentatif des organisations patronales (voir supra, n° 157).

³ Excepté l'exigence de respect des principes généraux du droit électoral, les modalités des élections et sa périodicité sont laissées à la disposition des parties qui les définiront dans l'accord. Cette consultation était proposée par M. de VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace*, Paris, Rapport au Ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004. Voir également J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 596.

⁴ L'accord fixe alors le mode de décompte de ces résultats (anc. art. L. 132-2-2-II CT).

⁵ Article L. 132-2-2-III CT. Rappelons qu'antérieurement à la réforme de 2008, seuls les syndicats représentatifs pouvaient se présenter au premier tour des élections professionnelles. Les négociateurs de branche peuvent également opter pour que la validité de la convention soit subordonnée à l'absence d'opposition (anc. art. L.132-2-2, III, 2° CT)

⁶ Outre les inconvénients intrinsèques à ces élections (voir supra, n° 126 s.), le seuil de 50% peut aboutir à la construction de « *majorité très plurielle* » difficile à constituer et à faire perdurer dans les entreprises où peuvent coexister de nombreux syndicats dont le pourcentage de voix est similaire. D'autre part, dans les entreprises où un syndicat est proche du seuil de 50%, l'intérêt de constituer une alliance avec un syndicat minoritaire peut aboutir à surdimensionner la représentation de ce dernier (J.E. RAY, loc. cit., *Dr. soc.*, 2004, p. 597).

de l'entreprise ou de l'établissement, à l'initiative des organisations syndicales de salariés signataires, à laquelle des organisations syndicales de salariés non signataires peuvent s'associer »¹. Ce mécanisme facultatif permettant de compenser le caractère minoritaire des signataires, a été justement qualifié de « *session de rattrapage* »².

315. En guise de conclusion sur le dispositif issu de la loi de 2004, il semble opportun de souligner que sa mise en œuvre s'avère extrêmement complexe pour deux motifs.

D'une part, tout en instaurant une dualité de régime (légal ou conventionnel), l'appréciation de la majorité s'opère au travers de plusieurs modèles comportant eux-mêmes plusieurs variantes³. L'application de ces différents modèles varie de plus selon le niveau auquel s'apprécie la majorité. La lisibilité du dispositif est alors critiquable⁴. Il est dans ce sens regrettable que la loi n'ait pas instauré une solution unique applicable quel que soit le niveau, d'autant plus que, comme l'avait justement souligné le Professeur G. LYON-CAEN, « à multiplier les procédures de conclusion, on ne favorise pas, on sclérose la négociation »⁵.

D'autre part, outre sa complexité technique, le caractère supplétif du dispositif renvoie la responsabilité d'instaurer la majorité d'engagement aux négociateurs de branche⁶. Or, le silence plus que probable de la branche en la matière, aura comme

¹ Anc. art. L.132-2-2, III 1° CT. Précisons que si la validité de l'accord est subordonnée à l'absence d'opposition, le recours à l'approbation des salariés est inutile puisqu'un accord minoritaire est, a priori, valable. Dans tous les cas, si les signataires optent pour organiser la consultation des salariés, celle-ci ne peut faire obstacle à l'exercice de ce droit d'opposition (pour approfondir sur cette procédure, C. FOURCADE, op. cit., p. 238).

² J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 599. Pour une position critique, G. BORENFREUND qui estime que « cette surdose d'idée majoritaire risquerait fort d'aboutir au détournement même de l'idée : il s'agirait moins de consolider les garanties d'adhésion des travailleurs à l'accord que de forcer, par des voies alternatives, cette adhésion...au nom de l'intérêt supérieur de l'entreprise » (loc. cit., 2002, p. 433). Dans tous les cas, les effets d'un résultat négatif sont considérables puisque l'accord serait « réputé non-écrit ». Les signataires doivent donc s'assurer d'une issue favorable pour ne pas voir s'évaporer les efforts déployés durant la négociation et, plus loin, subir un flagrant désaveu public.

³ La doctrine a ainsi souligné que la loi de 2004 établit de « multiples et complexes majorités » (J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 591).

⁴ La complexité de la loi a donné lieu à de vives critiques doctrinales. Parmi une doctrine abondante, citons par exemple le Professeur TEYSSIE qui estime que cette réforme a abouti à « une incontestable complexification du droit de la négociation collective » (« Sur le nouveau droit de la négociation collective », in *Le nouveau droit de la négociation collective*, Dir. B. TEYSSIE, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 7). La loi a d'ailleurs été soumise à l'appréciation du Conseil Constitutionnel au motif de méconnaître l'objectif de valeur constitutionnel, d'intelligibilité de la loi. Les juges n'ont pas retenu ce grief (DC n° 2004-494 du 29 avril 2004 ; voir A. LYON-CAEN, loc. cit., Dalloz, 2005, p. 3).

⁵ G. LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2003, p. 356.

⁶ F. FAVENNEC-HERY, « Nouvelles légitimités : la référence majoritaire », in *Le nouveau droit de la négociation collective*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 26.

conséquence l'application de la règle légale qui retient la majorité d'opposition qui, sans nul doute, facilite la conclusion de conventions minoritaires¹.

Les réticences et critiques doctrinales formulées se sont alors largement vérifiées dans la pratique. En effet, le bilan de la loi de 2004 reflète avec force la non-adhésion des négociateurs de branche². Rétrospectivement, cette loi a alors principalement permis aux partenaires sociaux de se faire à l'idée de l'exigence majoritaire³.

2. La consécration légale de la majorité relative d'engagement par la loi de 2008

316. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 dont l'axe central est la réforme du régime juridique de la représentativité syndicale, s'attache également aux conditions de conclusion des conventions collectives. Elle définit ainsi les modalités d'application de l'exigence majoritaire⁴ et concrétise définitivement le passage, souhaité très tôt par la doctrine, d'une « *majorité de refus vers une majorité de l'assentiment* »⁵. Cette loi est, comme nous l'avons déjà souligné, issue de la Position commune d'avril 2008⁶. La configuration particulière de l'exigence majoritaire qu'y est finalement établie amène alors à aborder ses traits caractéristiques puis à identifier les problèmes d'applicabilité engendrés.

Le Professeur BORENFREUND, regrettant la « *frilosité* » de la loi, a souligné que « *le refus de ce texte d'élever l'exigence majoritaire au rang de principe ne souffre guère de discussion* » (loc. cit., 2005, p. 25).

¹ Les conditions de mise en oeuvre et, spécialement, les conséquences juridiques de l'opposition conduisent, comme nous l'avons abordé antérieurement, à mettre en doute son exercice.

² Comme l'affirme le Professeur RAY, « *en résumé et en droit : rien ne semble avoir bougé, à aucun niveau* » (loc. cit., *Dr. soc.*, 2008, p. 7.) Voir également J.D. COMBEXELLE, « *Loi du 4 mai 2004 : Quel bilan ? Quelles perspectives ?* », *Dr. soc.*, 2008, p. 20). Pour approfondir, O. MERIAUX, J.Y. KERBOURC'H et C. SEILER, op. cit.

³ Cette loi constituait, en définitive, « *la mise en jambes destinée à permettre aux partenaires sociaux de s'acclimater à la règle majoritaire* » (J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 887).

⁴ L'interconnexion entre les règles de représentativité et de majorité est en effet incontestable. En 2003, le Professeur ANTONMATTEI soulignait que l'application générale de la règle majoritaire était « *inappropriée aux règles actuelles de la représentativité* » (loc. cit. 2003 (a), p. 90).

⁵ A. SUPIOT, loc. cit., 1994, p. 59. Dans le même sens, voir notamment G. BORENFREUND, loc. cit., 1988, p. 476 ; J.E. RAY, « *Les accords sur le temps de travail* », *Dr. soc.*, 1988, p. 99. Le Professeur G. LYON-CAEN envisageait déjà il y a plus de trente ans, l'idée de subordonner la validité de la convention ou de l'accord collectif d'entreprise à sa conclusion par la majorité des membres d'une délégation syndicale unifiée (loc. cit., *Dr. Soc.*, 1979, p. 344).

⁶ Il est ici intéressant de souligner l'attitude des différents acteurs sociaux lors de la Position commune de 2001 et de la loi de 2004 et lors de la Position commune adoptée en 2008. Tout en se prononçant favorablement pour l'instauration de l'exigence majoritaire dans la position commune de 2001 signée par l'ensemble des confédérations représentatives, les acteurs sociaux n'ont paradoxalement pas mis en pratique les possibilités offertes par le dispositif légal de 2004. Incontestablement, les faveurs de ce dispositif pour le maintien de la majorité d'opposition arithmétique au niveau de la branche permettaient aux syndicats minoritaires de conserver un pouvoir important. Il est alors pertinent d'observer comment la Position commune de 2008 qui prévoit la généralisation de la majorité d'engagement, n'a pas été signée par les confédérations syndicales minoritaires.

a) La majorité relative d'engagement

317. Aux termes de la loi de 2008, la validité d'un accord collectif suppose désormais, outre l'absence de mise en œuvre du droit d'opposition antérieurement traité, que la ou les organisations syndicales représentatives¹ signataires atteignent ensemble un seuil d'audience électorale d'au moins 30% aux dernières élections professionnelles. On observe donc une inversion de la logique appliquée dans le système antérieur dans lequel la règle exclusive et générale était le droit d'opposition. Désormais, la règle légale impose une majorité, certes relative, mais d'engagement qui « *s'applique à tous les niveaux de négociation, du niveau interprofessionnel à celui de l'établissement* »².

La fixation du seuil à 30 % a reçu un accueil mitigé au sein de la doctrine. Pour le Professeur RODIERE, il « *garantit un niveau sérieux de qualité de signature et de légitimité de l'accord* »³. Plus réticent, J.F. CESARO estime, spécialement au niveau de l'entreprise, qu'« *il n'était pas inconcevable d'exiger un pourcentage d'engagement plus important en prévoyant un mécanisme permettant l'entrée en vigueur, par voie de référendum, des accords ne reposant pas sur une audience électorale suffisante* »⁴. Néanmoins, cette possibilité explicitement envisagée dans la loi de 2004, n'est pas reconduite dans le dispositif issu de la loi de 2008. Les syndicats signataires doivent donc désormais réunir, dans tous les cas, au moins 30 % des suffrages exprimés. Dans le prolongement de cette idée, la doctrine reconnaît aux règles de majorité un caractère d'ordre public absolu⁵.

Ce seuil continue cependant de permettre à un seul syndicat de conclure une convention collective puisque le nombre de signataires est indifférent ; ce qui compte c'est atteindre le seuil de 30%. Sans toutefois être totalement remise en cause, la règle

¹ C'est-à-dire qui ont recueilli au moins 10% des suffrages au niveau de l'entreprise et 8% aux niveaux supérieurs (voir supra, n° 122).

² P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 12.

³ Ibidem.

⁴ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 666.

⁵ J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 891 et C. NEAU-LEDUC, « Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 912. Tout en estimant que ces règles ne semblent pas susceptibles de dérogation, un auteur estime néanmoins que les négociateurs de branche pourraient renforcer cette exigence de majorité invoquant « *la faveur que montre le législateur pour un passage à la signature majoritaire* » (P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 13). Il s'agirait alors d'une modalité d'ordre public relatif.

de l'unicité de signature perd cependant une grande partie de sa substance¹. En effet, antérieurement, la seule signature d'un syndicat représentatif permettait à l'accord d'être, à priori, valable. Désormais, c'est le cas uniquement si le syndicat accrédite également un seuil d'audience au moins égal à 30%. Dans la pratique, il est possible de considérer que la signature de plusieurs syndicats devient donc la norme.

318. L'assiette de calcul de l'audience électorale du ou des signataires subit certaines « *adaptations nécessaires* » selon le niveau de négociation². Soulignons que les modalités d'appréciation du seuil de 30 % sont identiques à celles établies lors de la mesure de la majorité d'opposition³.

Aux niveaux interprofessionnel et des branches, l'audience permettant d'apprécier la majorité ne prend en compte que les suffrages recueillis par les organisations représentatives au niveau considéré, ce qui exclut par conséquent les résultats des organisations syndicales dépourvues de ce caractère⁴. Le choix de retenir uniquement les suffrages recueillis par les organisations représentatives vise à éviter toute situation de blocage consécutive à une dispersion des votes entre plusieurs syndicats, notamment au niveau de la branche⁵. Néanmoins, cette option conduit à ne pas prendre en compte le vote de salariés et donc à mesurer l'audience dans un cadre partiel⁶.

¹ Employant opportunément le conditionnel, le Professeur BORENFREUND écrit que « *la reconnaissance du principe majoritaire aurait sonné le glas de la règle dite de l'unicité de signature* » (loc. cit., 2005, p. 25).

² P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 12.

³ Il s'agit alors de vérifier si les syndicats ont ensemble recueilli 50%. Les conditions de décompte des suffrages sont les mêmes indépendamment du seuil d'audience exigé.

⁴ Le seuil de 30 % s'apprécie par rapport aux « *suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants* » (au niveau interprofessionnel, art. L.2232-2 CT ; au niveau de la branche, l'article L. 2232-6 CT)

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 170. p. 167 qui font référence au propos du rapporteur de l'amendement à l'origine de cette disposition. Ces auteurs proposent alors un exemple concret : dans une branche, 4 syndicats sont reconnus représentatifs et sont crédités respectivement de 25, 25, 20 et 16% des suffrages ce qui correspond à 86% du total des suffrages. Dans ce cadre, « *pour être valide, un accord de branche doit avoir été conclu par des syndicats représentant 25,8% au moins (30% de 86%) et ne pas faire l'objet d'une opposition de la part des organisations représentatives qui auront obtenu plus de 43% aux élections (50% de 86%)* ».

⁶ L'option retenue par le droit français de prendre en compte les pourcentages de tous les syndicats représentatifs dans le cadre considéré, nous semble néanmoins plus satisfaisante que celle retenue en droit espagnol lors de l'adoption de l'accord qui ne se base que sur les syndicats présents dans la commission.

Au niveau de l'entreprise et du groupe¹, sont pris en compte les résultats obtenus par rapport aux « *suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* »². Contrairement au niveau de branche, l'ensemble des votes exprimés est donc pris en compte.

Au niveau catégoriel, indépendamment du niveau considéré, le seuil d'audience électorale relatif à la validité de la convention est également fixé à 30% mais s'apprécie par rapport au total des suffrages exprimés dans le(s) collègue(s) concerné(s)³. Lorsque les signataires sont affiliés à la CFE-CGC, nous avons précisé précédemment que leur audience électorale est appréciée dans les seuls collèges concernés. Dans ce cas, il est aisé de déterminer leur audience électorale afin d'atteindre le seuil de 30%.

b) Une mise en œuvre problématique

319. La mise en œuvre pratique des nouvelles règles de validité pose une double série de problèmes, notamment au niveau de l'entreprise. Tout d'abord, leur articulation avec les nouvelles règles de représentativité durant la période de transition s'avère complexe. Ensuite, de manière plus durable, certaines carences demeurent au-delà de cette période.

320. L'application de la nouvelle configuration de l'exigence majoritaire doit naturellement s'articuler avec l'entrée en vigueur du nouveau dispositif relatif à la représentativité syndicale qui constitue une question préalable dans le processus de négociation. La loi de 2008 envisage cette question dans son article 12 qui opère une distinction entre les niveaux de négociations :

Aux niveaux interprofessionnels et des branches, l'entrée en vigueur des règles de validité des accords est prévue lors de « *la détermination des organisations représentatives dans les branches et au niveau interprofessionnel, en application de la*

¹ Au niveau du groupe, l'article L. 2232-34 CT prévoit également un seuil d'au moins 30% apprécié dans le périmètre de l'accord (J.F. CESARO, loc. cit., 2010, p. 784).

² Au niveau de l'entreprise, art. L. 2232-12 CT.

³ L'assiette de calcul des votes varie selon le niveau dans les mêmes conditions que pour les conventions intercatégorielles. Aux niveaux interprofessionnel et des branches (art. L. 2232-2-1 CT et L. 2232-7 CT), au niveau de l'entreprise (art. L. 2232-13, al. 2 CT).

présente loi »¹. Jusqu'alors², les conditions de conclusion établies dans le dispositif antérieur issu de la loi de 2004 continuent donc de s'appliquer³. Ce dispositif transitoire souffre néanmoins d'une exception. En effet, si les négociateurs au niveau de la branche ont conclu, dans le respect des délais légaux, un accord étendu prévoyant d'autres règles de majorité, notamment d'engagement, celles-ci continuent de s'appliquer au-delà de la période transitoire.

Contrairement au niveau de la branche dans lequel le dispositif transitoire garantit, en définitive, une transition douce, lente et progressive, plusieurs problèmes spécifiques surgissent au niveau de l'entreprise⁴. En effet, à ce niveau, la loi de 2008 n'a pas lié l'entrée en vigueur de ces deux corps de règles et opta pour faire entrer en vigueur les règles de validité antérieurement à celles relatives à la représentativité⁵. Alors que le nouveau régime de la représentativité ne trouve à s'appliquer qu'à partir des premières élections dans l'entreprise, la loi de 2008 prévoit que les nouvelles procédures de conclusion entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2009⁶. Dans ce cadre, si antérieurement à la célébration d'élections sous l'empire des nouvelles dispositions, une procédure de négociation est engagée, les résultats aux dernières élections organisées dans l'entreprise sont alors pris en compte afin d'apprécier le seuil de 30% exigé par les nouvelles règles de validité.

Cette règle de transition se heurte néanmoins, dans la pratique, à la situation dans laquelle les syndicats reconnus représentatifs dans l'entreprise ne peuvent apporter

¹ Aux termes de l'article 12, I, « *jusqu'à la détermination des organisations représentatives dans les branches et au niveau interprofessionnel, en application de la présente loi, la validité d'un accord interprofessionnel ou d'une convention de branche ou accord professionnel est subordonnée au respect des conditions posées par les articles L. 2232-2, L. 2232-6 et L. 2232-7 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la présente loi, les suffrages aux élections mentionnées dans ces articles étant pris en compte quel que soit le nombre de votants* ».

² Le nouveau dispositif relatif à la représentativité syndicale s'applique au terme d'un dispositif transitoire pouvant se prolonger jusqu'en 2013 (voir supra, n° 198)

³ Il s'agit d'une majorité organique, arithmétique et d'opposition appréciée par rapport aux syndicats reconnus représentatifs sous l'empire des critères antérieurs.

⁴ Au niveau du groupe, L. FLAMENT, « A propos de la conclusion d'accords de groupe pendant la période transitoire », *JCP S*, 2009 (a), p. 1265.

⁵ Il apparaissait pourtant cohérent de prévoir l'application des nouvelles exigences de majorité postérieurement aux premières élections régies par la loi de 2008. En effet, la réforme du régime de représentativité consacre l'association effective entre représentativité et audience électorale qui est également utilisée afin d'apprécier la validité des accords.

⁶ Article 12 II : « *les règles de validité des accords d'entreprise prévues à l'article L. 2312-12 du code du travail dans sa rédaction issue de la présente loi s'appliquent à compter du 1er janvier 2009.*

Cet article prévoyait également que « *jusqu'à cette date, la validité d'un accord d'entreprise est subordonnée au respect des conditions posées par les articles L. 2232-12 à L. 2232-15 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la présente loi, les suffrages mentionnés dans ces articles étant pris en compte quel que soit le nombre de votants* ». S'appliquait donc la majorité d'opposition électorale sauf disposition conventionnelle de branche distincte.

un pourcentage d'audience électorale¹. Rappelons en effet que sous le dispositif antérieur, l'audience électorale n'était pas le critère décisif de reconnaissance de la représentativité, pouvant même ne pas être apprécié. Cette impossibilité technique de déterminer l'audience électorale d'un syndicat dans l'entreprise à l'heure d'apprécier la majorité d'engagement telle que définie dans la loi de 2008, n'avait pas été envisagée initialement par le législateur alors même qu'elle pouvait aboutir à empêcher la conclusion d'une convention collective dans l'entreprise². Cette « *bévue* »³ a été rattrapée par la loi 2009-526 du 12 mai 2009 qui prévoit que jusqu'aux premières élections, « *en cas de carence au premier tour des élections professionnelles ou d'absence de dépouillement du premier tour des élections professionnelles, la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec un ou plusieurs délégués syndicaux est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés* »⁴.

321. De manière générale, dépassant les problèmes d'application transitoire, ce dispositif s'avère peu satisfaisant dans deux hypothèses, spécialement au niveau de l'entreprise. Dans le premier cas, l'impact de ces nouvelles règles de conclusion sur la volonté majoritaire des salariés d'élire des représentants du personnel indépendants, n'est pas négligeable. Dans le deuxième cas, ces nouvelles règles peuvent aboutir à bloquer la mise en œuvre d'un processus de négociation dans une entreprise comptant pourtant sur des DS et des représentants élus.

Premièrement, lorsque très peu de salariés ont participé au vote lors du premier tour, le choix de ne pas fixer de quorum pour apprécier la représentativité syndicale, « *peut conduire à des résultats en trompe l'œil. Imaginons que dans une entreprise deux personnes votent pour deux listes, on devrait en déduire que chaque organisation*

¹ Cette hypothèse a lieu dans les entreprises où le quorum au premier tour des élections professionnelles n'a pas été atteint. En effet, suite à la jurisprudence Adecco selon laquelle n'ont pas à être dépouillés les suffrages exprimés au premier tour si n'est pas atteint le quorum, il s'avère impossible de mesurer la représentativité syndicale dans l'entreprise (P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2007, p. 454 ; P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2007 (b), p. 459).

² J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 667. En effet, ces organisations considérées comme représentatives dans l'entreprise ont désigné des DS qui, en l'absence de résultats électoraux, ne peuvent accréditer une audience de 30% lors de la conclusion de l'accord. Dans le même temps, leur présence empêche l'intervention des élus ou de tous mécanismes de négociations subsidiaires (voir supra, n° 174, 221).

³ P.H. ANTONMATTEI, « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2009 (b), p. 884.

⁴ Article 42. Le recours à l'approbation directe des salariés consitue un mécanisme d'application générale lorsque négocient des représentants syndicaux distincts au DS (voir infra, n° 330).

recueille 50% des suffrages »¹. Plus grave, la libre volonté des salariés est profondément affectée. Le dispositif légal qui convertit le premier tour des élections professionnelles en sésame de la capacité conventionnelle, influence implicitement mais fortement, le comportement des salariés qui ont tout intérêt à émettre une opinion à ce moment et donc à renoncer à l'éventualité d'un second tour puisque le quorum sera vraisemblablement atteint. Si un second tour est organisé, la faible légitimité des résultats électoraux au premier tour, s'accompagne, de plus, de la mise à l'écart de la volonté des salariés, par hypothèse majoritaire, qui se prononcent en faveur de candidatures indépendantes.

Deuxièmement, de manière exceptionnelle, une multiplication des listes accompagnée d'une dispersion des voix importantes peut aboutir à la reconnaissance du caractère représentatif à un nombre réduit de syndicats qui, de plus, n'atteignent pas ensemble le seuil de 30%². Or, sachant que seules les organisations considérées comme représentatives peuvent désigner des DS qui seront alors chargés de négocier et conclure une convention, l'impossibilité d'atteindre ce seuil conduit à la « *paralysie* » de tout processus de négociation³. La doctrine évoque alors deux solutions permettant de débloquer cette situation⁴. Ou bien, le syndicat renonce à désigner un DS afin d'ouvrir la possibilité de recourir aux modes de négociation subsidiaire. Ou bien, on admet que ces syndicats peuvent néanmoins négocier et conclure une convention dont la validité sera alors subordonnée à l'approbation des salariés. La première solution doit, sans nul doute, être écartée. En effet, le dispositif légal ne peut inciter ou provoquer, même indirectement, un syndicat représentatif à renoncer à l'ensemble des prérogatives et moyens qui sont attribués au DS⁵, dans le seul but de permettre l'ouverture d'une procédure de négociation, alors conduite par la représentation élue⁶. Quant au mécanisme de l'approbation directe des salariés, il doit également être écarté pour deux motifs. D'une part, ce mécanisme doit, sans nul doute, être expressément prévu par la loi comme c'est le cas dans d'autres hypothèses⁷. En l'absence de dispositions légales

¹ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 666.

² Une seule organisation est reconnue représentative et atteint 29% des suffrages ou deux organisations représentatives ont recueilli par exemple 15 et 14 % de l'ensemble des suffrages au premier tour.

³ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 666.

⁴ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 667.

⁵ Qui dépassent le cadre de la négociation collective et qui conditionnent, plus largement, l'effectivité de la présence syndicale dans l'entreprise (voir supra, n° 172).

⁶ Cette solution porterait de plus une atteinte manifeste à la « *vocation naturelle* » des syndicats en matière de négociation collective reconnue par le Conseil constitutionnel (voir supra, n° 99).

⁷ Lorsque négocient les salariés mandatés ou les RSS (voir infra, n° 330). L'hypothèse spécifique dans laquelle les DS ne peuvent compter sur un seuil d'audience suffisant en raison de la jurisprudence Adecco

en ce sens, le caractère d'ordre public absolu des règles de validité ne peut permettre aux négociateurs de s'en écarter au travers du mécanisme d'approbation des salariés. D'autre part, d'un point de vue systématique, cette option semble également critiquable. En effet, le mécanisme de l'approbation des salariés est utilisé par la loi comme une réponse à l'absence de DS et de représentation élue. Or, dans notre hypothèse, l'entreprise est dotée à la fois de DS et de représentation élue.

322. Des problèmes spécifiques apparaissent également lorsqu'il s'agit d'aborder la participation d'un syndicat intercatégoriel dans une négociation catégorielle ou la participation de syndicats catégoriels dans une négociation intercatégorielle. Nous avons vu antérieurement que l'ambiguïté du dispositif légal et l'absence de jurisprudence en application des dispositions issues de la réforme de 2008 laissent plusieurs points sans réponse¹. Il est ici intéressant de revenir sur les implications de la prise en compte de l'audience électorale de syndicats intervenant dans un processus de négociation distinct de leur vocation statutaire².

Lorsqu'il s'agit de la participation d'un syndicat intercatégoriel à la négociation et conclusion d'une convention catégorielle, il convient de distinguer deux interprétations. Si l'on considère que l'audience de 10% doit être dans tous les cas appréciée dans le collège considéré, aucune difficulté n'apparaît³. En revanche, si l'on considère que la représentativité intercatégorielle suffit, la prise en compte de l'audience relative au seuil de 30%, s'avère plus complexe. La doctrine a alors souligné qu'il est « *indispensable d'établir un décompte spécial de [leur] audience en le rapportant aux suffrages exprimés dans le(s) collège(s)* » concernés afin de garantir « *une nécessaire égalité de traitement des organisations syndicales* »⁴. Cela peut alors aboutir à mettre en

est, quant à elle, consécutive à un problème d'ordre juridique temporaire lié à la période de transition des nouvelles dispositions issues de la loi de 2008.

¹ Voir supra, n° 123.

² Comme nous l'avons formulé antérieurement, il est opportun de favoriser un lien entre les dimensions catégorielles et intercatégorielles.

³ Le syndicat qui a atteint au moins 10% dans le collège considéré, apportera cette audience à l'appréciation des 30% relatif à la validité de l'accord.

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 170. Dans le même ordre d'idée, il est possible d'affirmer qu'une organisation intercatégorielle « *qui sur l'ensemble des collèges a atteint le seuil des 30% mais qui, dans le collège considéré, est resté sous ce seuil, ne peut signer un accord valable* » (J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 666).

exergue que le syndicat intercatégoriel a obtenu une audience électorale inférieure à 10% dans ce collège¹.

Lorsqu'il s'agit de la participation d'un syndicat catégoriel représentatif dans des collèges électoraux spécifiques à la négociation d'un accord d'entreprise intercatégoriel, la mesure de son audience électorale afin d'obtenir le seuil de 30 ou 50% relatif à la validité de la convention ou de l'accord, pose également certaines difficultés. Il convient cependant d'écarter toute prise en compte en valeur absolue de son audience dans le collège spécifique. La doctrine propose alors de rapporter les suffrages obtenus « *par cette organisation catégorielle dans les collèges où ses statuts lui donnaient vocation à présenter des candidats à l'ensemble des suffrages exprimés dans l'entreprise* »². Là encore, cette option peut faire apparaître que ce syndicat catégoriel a obtenu sur l'ensemble des suffrages une audience électorale inférieure à 10%³.

En définitive, l'option de maintenir l'intervention d'un syndicat dans une procédure de négociation distincte de sa vocation statutaire, pose, pour l'heure d'importantes difficultés. Si l'on considère que les juges peuvent maintenir la logique de la jurisprudence antérieure à la réforme de 2008, il est fortement souhaitable qu'une intervention légale vienne clarifier un dispositif critiquable d'un point de vue juridique mais également sociopolitique, évitant de se positionner clairement sur la place des syndicats catégoriels dans le système de négociation collective.

323. Une dernière difficulté peut surgir d'un processus électoral postérieur à la conclusion de la convention et qui aboutit à des résultats distincts, remettant en cause la représentativité des signataires ou l'accomplissement de l'exigence de 30%. Cette question n'a pas retenu l'attention du législateur⁴. L'impératif de sécurité juridique et le droit commun doivent, selon nous, conduire à admettre que l'accord est maintenu en

¹ Critique par rapport à cette situation à laquelle il est difficile de trouver une justification, P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2011, p. 91. L'auteur souligne de plus que, paradoxalement, un syndicat intercatégoriel qui n'obtient pas sur l'ensemble des collèges 10% d'audience mais atteint ce seuil dans le collège catégoriel, n'est pas représentatif et ne peut donc participer à la négociation d'une convention catégorielle

² P. ADAM, loc. cit., p. 6 ; S. BEAL, loc. cit., 2010, p. 11.

³ Comme le souligne S. NERON qui refuse, par conséquent, l'intervention des syndicats catégoriels représentatifs (loc. cit.).

⁴ La doctrine affirma qu'« *aucun régime de la perte de représentativité n'a été construit par la loi de 2008* » (C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 912).

vigueur¹. La fin de son application ne peut donc être automatique et devra résulter de la mise en œuvre d'une procédure de révision ou de dénonciation².

324. Pour conclure ce développement, il convient de souligner que l'instauration de la majorité d'engagement comme règle de droit commun constitue, sans nul doute, une transformation profonde du système français³. Elle ouvre la porte à des alliances syndicales⁴ et des stratégies patronales⁵ jusqu'alors inexistantes. Elle convertit surtout l'audience électorale en « *couperet automatique [en] sésame de la représentativité pour négocier, mais également pour signer ou s'opposer* »⁶. Cette majorité d'engagement de caractère relatif laisse dans tous les cas perplexe. Ce chiffre de 30%, vraisemblablement fixé de manière temporaire, explique néanmoins pourquoi a été également maintenu, jusqu'ici, le droit d'opposition garantissant en ultime recours l'intervention d'une majorité réelle de salariés.

§ 2: *Les conditions de conclusion de la convention négociée par des représentants autres que le DS*

325. De manière similaire aux conventions conclues par les DS, la validité des accords conclus par les négociateurs subsidiaires est conditionnée au respect d'une exigence de majorité⁷. Sa mise en œuvre varie toutefois selon qu'il s'agit de la représentation élue, du mandatement syndical ou du RSS. Plus précisément, il ressort du

¹ Le Professeur MAZEAUD souligne que « *selon les principes de droit commun, la perte de représentativité de toutes les organisations syndicales signataires n'entraîne pas la mise en cause de la convention* » prévue à l'article L.2261-14-1 CT (loc. cit., 2009, p. 677). Pour approfondir sur la mise en cause, voir infra, n° 630.

² Pour approfondir sur ces procédures, voir infra, n° 578 s. et 622.

³ Le Professeur RAY parle « *d'un séisme qui va provoquer dans les dix ans qui viennent des répliques stratégiques et des restructurations syndicales dont personne aujourd'hui n'a encore vraiment idée* » (loc. cit., 2009, p. 889).

⁴ Au niveau interprofessionnel, lors de la période de transition, ce seuil permet à la CGT ou à la CFDT de conclure un accord pour lequel est nécessaire la signature supplémentaire d'une des autres confédérations (voir tableau, supra, n° 146).

Au niveau de la branche et surtout de l'entreprise, un nombre infini de scénari est envisageable. Dans tous les cas, les grandes confédérations sont vouées à démontrer leur représentativité réelle et à obtenir des scores électoraux significatifs pour maintenir leur position dans les entreprises (voir les illustrations pratiques et instructives proposées par J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 893).

⁵ Spécialement au niveau de l'entreprise, l'employeur prêtera une attention particulière aux résultats électoraux et aux DS des syndicats atteignant des seuils électoraux qui permettront la conclusion d'une convention (dans ce sens, J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 891).

⁶ J.E. RAY, loc. cit., 2009, p. 889.

⁷ Rappelons ici que les négociateurs subsidiaires ne peuvent conclure une véritable convention collective puisque les objets de négociation sont prédéterminés par la loi.

dispositif deux modalités d'appréciation de l'exigence majoritaire permettant de reconnaître la validité de l'accord conclu dans le cadre d'un processus de négociation subsidiaire.

Lorsqu'il s'agit de la représentation élue, l'exigence majoritaire s'applique par rapport à l'audience électorale des représentants élus qui ont signé l'accord. La validité de l'accord reste toutefois soumise à une intervention postérieure des syndicats représentatifs au niveau de la branche à laquelle appartient l'entreprise. Lorsqu'il s'agit des représentants syndicaux hors DS, l'accord conclu par le RSS ou le salarié mandaté doit être approuvé directement par les salariés de l'entreprise. Les règles de validité s'apprécient donc soit par rapport à l'audience électorale, soit par rapport à l'audience « contractuelle »¹.

Dans tous les cas, la validité d'une convention conclue par des négociateurs subsidiaires implique nécessairement l'intervention d'un acteur distinct des négociateurs. On retrouvait la même logique du dispositif de 2004². Dans ce sens, la doctrine a justement souligné que « *comme par le passé, il ne suffit pas que l'accord ait été conclu avec des représentants élus ou, à défaut, avec un ou des salariés mandatés. Il faut qu'il soit approuvé par une seconde instance* »³.

A. La conclusion par les représentants élus majoritaires et l'approbation des syndicats représentatifs au niveau de la branche

326. Aux termes de l'article 2232-22, al. 1 CT, la validité de l'accord conclu par les représentants élus est subordonnée d'une part, à une exigence majoritaire appréciée par rapport à ses signataires et d'autre part, à son « *approbation par la commission*

¹ Cet expression a été formulée en droit espagnol par le Professeur VALDÉS, en matière de convention catégorielle. Dans cette hypothèse, l'appréciation de la composition de la commission de négociation ne se base plus sur l'audience électorale appréciée lors des élections professionnelles mais, directement, sur le vote des salariés à cet effet. L'auteur évoque ainsi le passage d'une audience syndicale à une audience contractuelle (loc. cit., 1994, p. 262). L'accord des salariés porte par contre sur les négociateurs et non sur l'accord.

² Nous formulerons des observations ponctuelles sur ce dispositif tout au long de ce paragraphe.

³ P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 14.

paritaire de branche »¹. L'alinéa 2 de ce même article dispose que « *si l'une des deux conditions n'est pas remplie, l'accord est réputé non écrit* »².

L'exigence majoritaire consiste alors à subordonner la validité de l'accord à sa signature « *par des membres titulaires élus au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles* »³. Est ainsi retenue une majorité proportionnelle obtenue par la pondération du poids de chaque élu en fonction de son résultat aux dernières élections⁴. Le décompte des voix s'effectue donc au travers du modèle proportionnel et permet, dans la pratique, de prendre en compte le poids des options syndicales représentées dans la représentation élue⁵. Le cadre de référence retient de plus l'ensemble des votes y compris, si est organisé un deuxième tour⁶, ceux des élus indépendants. Si les représentants élus signataires ont recueilli ensemble la moitié des suffrages aux dernières élections, la première étape conduisant à la validité de l'accord est franchie.

Cette option légale, apparemment claire, pose néanmoins plusieurs difficultés relatives, d'une part, à la procédure de votation et au décompte de la majorité et, d'autre part, à la nature de l'accord conclu dans ce cadre.

En ce qui concerne la procédure de votation, l'appréciation de la majorité proportionnelle aboutit, dans la pratique, à l'impossibilité du vote secret qui empêcherait la mesure du nombre de suffrages recueillis par chaque élu.

¹ Ce type de commission est apparue dès la première loi permettant la conclusion d'accord dans les entreprises dépourvues de DS (loi n° 96-985 du 12 nov. 1996, pour approfondir, P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1997, p. 167 ; J.M. VERDIER, loc. cit., 1997, p. 1043 ; M. MORAND, loc. cit., 1997, p. 7).

² Il ne peut donc pas être considéré comme un accord atypique et déployer les effets d'un engagement unilatéral de l'employeur.

³ L'absence de référence aux membres de la délégation unique du personnel est sans effet. Si une entreprise est dotée d'une telle institution, celle-ci peut négocier (voir infra, n° 206, 222) et la majorité sera mesurée par rapport aux suffrages exprimés lors de sa mise en place (dans ce sens, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 187).

⁴ Sous l'empire de la loi de 2004, l'accord de branche qui autorisait l'intervention des représentants élus (voir supra, n° 222), devait fixer « *les conditions de majorité* » (anc. art. L. 2232-22, 4° CT). Les négociateurs de branche disposaient alors de plusieurs options : la majorité pouvait être relative ou absolue, appréciée par rapport au vote personnel ou proportionnel des élus (pour approfondir, G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. soc.*, 2004, p. 617 qui regrettait le « *mutisme du texte sur ce point* »).

⁵ L'attention du juriste espagnol se porte alors sur l'absence d'un seuil numérique limitant le nombre de représentants élus participant à la négociation. Dans ce cadre, il convient de préciser qu'en l'espèce, le nombre de représentants salariés titulaires au sein du comité d'entreprise ne peut dépasser 5 et que le nombre de DP titulaires ne peut dépasser 6 puisque au-delà de 200 salariés, les représentants élus ne peuvent négocier (voir respectivement art. R. 2324-1 CT et R. 2314-1 CT).

⁶ L'organisation d'un second tour est ici, par hypothèse, la plus répandue.

Le mode de décompte de la majorité est quant à lui discutable¹. En effet, l'option qui consiste à apprécier la majorité par rapport aux suffrages exprimés implique que « *non seulement les candidats « représentant la majorité des suffrages exprimés » ne sont pas nécessairement la majorité des élus ; mais, à l'extrême, un seul élu peut représenter à lui seul la majorité des suffrages* »². Dans l'hypothèse où les représentants du personnel au comité central d'entreprise négocient, la doctrine a également souligné que la détermination en pourcentage des suffrages correspondant à chaque élu et par conséquent, la détermination d'une majorité, « *peut tourner à l'impossibilité pratique* »³. Au regard de ces considérations, certains auteurs ont alors estimé qu'« *il aurait été plus clair et plus sûr de s'en tenir à la règle générale d'adoption des résolutions d'un comité d'entreprise ou d'un comité central d'entreprise : c'est-à-dire l'adoption à la majorité des membres titulaires présents* »⁴.

327. L'intervention des « *représentants élus du personnel au comité d'entreprise* » a ensuite produit des interrogations doctrinales relatives à la nature contractuelle de l'accord. En effet, la composition mixte du comité d'entreprise aboutit à « *brouiller la distinction communément admise entre l'accord collectif et l'acte collectif pris après délibération au sein d'un groupement doté de la personnalité juridique, qui comprend à la fois l'employeur et des représentants des salariés* »⁵. Il convient tout d'abord de préciser que la loi a distingué les procédures de votation selon

¹ Rappelons que dans les entreprises dont l'effectif n'atteint pas 25 salariés, un seul DP est élu.,

² Cette conséquence prend une ampleur supplémentaire s'il s'agit d'un représentant indépendant élu au deuxième tour (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 187).

³ En effet, sachant que les membres du CCE sont élus par les différents comités d'établissement, parmi leurs propres membres et au scrutin majoritaire (C. BARBEROT, « Les modalités du scrutin des élections au comité central d'entreprise », *RJS*, 7/98, p. 529), certains auteurs ont souligné que, outre le caractère majoritaire de ce second degré d'élection, « *l'absence de correspondance exacte entre les effectifs des établissements et des collèges d'une part, et, d'autre part, la répartition des sièges au CEE entre collèges et établissements* » posaient d'énormes difficultés (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 188).

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 188. Lorsque les DP négocient, ils proposent alors de transposer cette règle (si sont élus deux DP, les auteurs estiment alors que cette situation équivaut à l'exigence d'unanimité).

⁵ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 613. Voir également, G. LYON-CAEN, loc. cit., 2003, p. 356 qui affirme que « *le comité ne saurait être un négociateur ; le produit de ses réflexions est une délibération, non un accord* » ; voir également V. BONNIN, « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouv.*, 1998, p. 345. Dans ce cadre, le Professeur BORENFREUND a souligné que l'intervention subsidiaire des délégués du personnel « *peut laisser perplexe, dès lors qu'est en cause la conclusion d'un accord collectif* ». En effet, le recours aux DP qui constituent une institution homogène de représentation élue, permet de se situer « *sans équivoque sur un terrain contractuel* » (loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 613). Au contraire, pour le Professeur MAZEAUD, « *il est légitime que la négociation alternative s'engage en priorité avec la délégation du personnel au sein du comité d'entreprise, lieu naturel de consultation sur des matières dont certaines sont négociables* » (loc. cit., 2009, p. 674).

l'objet des délibérations¹. En matière de négociation collective, la loi prévoit expressément que l'accord est conclu par les « *membres titulaires élus au comité d'entreprise* »². On peut alors déduire de cette formulation que les représentants élus signataires s'engagent pour le compte des salariés³ mais n'engagent pas la représentation élue en tant que telle⁴. Dans ce sens, « *le collectif est ignoré* » au profit de la prise en considération individuelle des « *membres titulaires élus* »⁵. Dans tous les cas, certains auteurs ont justement souligné qu'il est « *regrettable que la loi n'ait pas envisagé la nécessité d'une délibération des élus entre eux, hors présence du représentant de l'employeur* »⁶.

On peut donc considérer que les parties à l'accord sont, d'une part, l'employeur et d'autre part, les salariés élus qui, ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés, peuvent engager l'ensemble des salariés de l'entreprise. Le comité d'entreprise constitue alors le point d'ancrage, le lieu de référence pour déterminer quels élus sont prioritairement voués à négocier mais ne fait pas partie de l'accord.

Dans ce cadre, les vicissitudes de la composition du comité pourraient remettre en cause la capacité d'engagement des représentants élus et, par conséquent, la validité de l'accord. Cette situation se rapproche alors fortement du sort de l'accord collectif lorsqu'un des signataires syndicaux perd sa qualité de représentatif ou ne permet plus

¹ Aux termes de l'article L. 2325-18 « *les résolutions du comité d'entreprise sont prises à la majorité des membres présents. Le président du comité ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel* », ce qui est le cas en matière de négociation collective. Sur cette question, voir J. SAVATIER, « Vote du Président et pouvoirs de la majorité dans les délibérations du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 206 et F. CHAMPEAUX, « La délicate question du vote de l'employeur », *SSL*, 2006, n° 1251, p. 10.

² A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 675.

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 188. Pour ces auteurs, cette considération se déduit du choix de retenir la majorité par rapport aux suffrages des élus signataires et non pas par rapport aux membres du comité.

⁴ La « partie sociale » du comité d'entreprise ne possède pas en tant que telle la personnalité juridique et ne peut donc pas constituer une partie à l'accord face à l'employeur.

Au contraire, pour le Professeur B. TEYSSIE, « *le comité d'entreprise, le comité central d'entreprise et les comités d'établissement, instances dotées de la personnalité morale, sont, en tant que tels, parties à l'accord. La négociation est conduite, en revanche, par les représentants du personnel, personnes physiques, qui en sont membres* ». Si négocient les DP, « *il convient d'admettre que, pour cette opération, la collectivité des délégués du personnel possède une capacité d'expression collective suffisante, au service d'intérêts légitimes, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés pour que la personnalité juridique lui soit reconnue. Elle est, en tant que telle, partie à l'accord conclu* » (op. cit., p. 491 et 484).

⁵ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 675. L'auteur évoque alors le « *merveilleux raccourci, sans tabou* » de la Position commune de 2008 qui énonce simplement que l'accord est conclu « *au sein du comité d'entreprise* ».

⁶ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 188. Les auteurs questionnent alors la réalité des exigences légales « *d'indépendance vis-à-vis de l'employeur* » et « *d'élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs* ».

d'atteindre le seuil de 30%¹. L'intérêt d'offrir une stabilité aux accords collectifs doit alors conduire, ici encore, à écarter la remise en cause automatique de l'accord qui devra être révisé ou dénoncé selon les procédures prévues et ouvertes aux nouveaux représentants des salariés².

Dépassant ces discussions, sous l'empire de la loi de 2004, un auteur voyait dans l'intervention de la commission paritaire nationale de branche, l'étape décisive permettant la conversion de ces accords en véritables accords collectifs de travail³.

328. L'intervention de la commission paritaire nationale de branche remplit, il est vrai, différentes fonctions. Dans sa rédaction actuelle l'article L. 2232-22 CT dispose que la validité des accords d'entreprise ou d'établissement négociés et conclus par les représentants élus « *est subordonnée [...] à l'approbation par la commission paritaire de branche* ». Incontestablement, l'accord doit, dans tous les cas, recevoir cette approbation pour être validé⁴ et recevoir application⁵.

Il ressort de cet article que la commission paritaire de branche « *est supposée préexister* »⁶. Sous l'empire de la loi de 2004, la création d'une commission paritaire était logiquement prévue par la convention de branche qui autorisait et encadrait la négociation en l'absence de DS. La loi de 2008 en éliminant l'autorisation préalable de l'accord de branche, conduit les négociateurs de ce niveau à procéder, de manière expresse et isolée, à la création de cette commission. Il est donc de la responsabilité des négociateurs de branche de prévoir sa constitution sachant que son absence paralyserait la mise en œuvre d'un processus de négociation avec les représentants élus.

Les conditions de sa composition, les modalités d'adoption de l'accord et le contenu de son contrôle constituent trois questions fondamentales qu'il convient

¹ Voir supra, n° 317 s.

² Pour approfondir sur ces deux procédures, voir infra, n° 622 et 578 s.

³ L'ancien article L. 132-26, II, al. 2 prévoyait en effet que « *les accords d'entreprise ou d'établissement ainsi négociés n'acquièrent la qualité d'accords collectifs de travail au sens du présent titre qu'après leur approbation par une commission paritaire nationale de branche* » (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 608).

⁴ Aux termes de l'article L. 2232-21, al.3 CT, « *la commission paritaire de branche se prononce sur la validité de l'accord dans les quatre mois qui suivent sa transmission ; à défaut, l'accord est réputé avoir été validé* »).

⁵ L'article L. 2232-22 al. 2 dispose dans ce sens que « *si l'une des deux conditions n'est pas remplie, l'accord est réputé non écrit* ».

⁶ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190.

d'aborder. De plus, un travail de comparaison avec la commission de négociation en droit espagnol est possible sur ces deux premières questions¹.

Premièrement, conformément à sa dénomination, cette commission est constituée légalement comme une commission « véritablement » paritaire². Aux termes de l'article L. 2232-22, al.3 CT, « *la commission paritaire de branche comprend un représentant titulaire et un représentant suppléant de chaque organisation syndicale de salariés représentative dans la branche et un nombre égal de représentants des organisations professionnelles d'employeurs* ». Il ressort également de cette disposition que tous les syndicats représentatifs dans la branche ont le droit de faire partie de la commission, son accès ne peut être limité aux seuls syndicats signataires de la convention qui l'instituent³. Contrairement au droit espagnol dans lequel il guide la composition de tout organe doté de capacité normative, le principe de proportionnalité représentative n'est pas retenu par la loi qui se limite à garantir la présence d'un représentant de chaque syndicat représentatif sans prendre en compte son niveau réel de représentativité. Le caractère subsidiaire de l'article L. 2232-22, al. 3 CT laisse néanmoins la possibilité aux négociateurs « *de traduire dans [la composition de la commission], la répartition des audiences électorales constatée entre les organisations syndicales* » et ainsi d'écarter son caractère paritaire absolu⁴.

Deuxièmement, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles la commission adopte l'accord, force est de constater que la disposition reste silencieuse⁵. Aux termes de la loi de 2008, le caractère obligatoirement paritaire de la commission conduit à admettre que l'accord est approuvé dès lors que la majorité des membres de la

¹ En droit espagnol, aucune fonction de contrôle n'est en effet attribuée à la commission de négociation qui est l'organe chargé de négocier et d'adopter une convention. En France, au contraire, la commission paritaire est totalement exclue du processus de négociation et se prononce exclusivement sur le contenu d'un accord déjà négocié et adopté.

² A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 675. Pour G. BELIER et H.J. LEGRAND, « *le législateur a tenu à souligner son caractère obligatoirement paritaire* » (op. cit., p. 190). Pour approfondir sur la notion de parité dans les relations professionnelles, A. SUPIOT, loc. cit., 1994, p. 63-65.

³ Cette affirmation est renforcée par la fonction attribuée à la commission (voir infra).

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190. Il ressort en effet que la règle de parité stricte est exigée « *à défaut de stipulations différentes d'un accord de branche* ».

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190.

Sous l'empire de la loi de 2004, « *les modalités de fonctionnement [de la commission] sont prévues par la convention de branche ou l'accord professionnel étendu* ». Les signataires de la convention de branche disposent donc d'une grande latitude et peuvent prévoir une majorité, simple ou absolue et même restreindre l'approbation aux seules organisations syndicales de salariés (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 609).

commission vote en ce sens¹. Parallèlement aux conditions de sa composition, le caractère subsidiaire de la disposition légale autorise néanmoins les signataires de la convention instituant la commission, à définir eux-mêmes, les conditions de l'approbation. Il s'avère dans tous les cas regrettable que le dispositif légal n'ait pas défini avec plus d'attention cette question². D'un point de vue comparé, le dispositif légal espagnol distingue la décision adoptée par le banc salarial de celle adoptée par le banc patronal et a fixé une majorité absolue. Cette option nous semble pertinente car elle permet de garantir que la majorité des représentants de chaque partie approuve l'accord tout en reflétant la volonté, par nature distincte, des deux parties à la négociation. La prise en compte proportionnelle de la représentativité de chaque membre de la commission nous semble également une nécessité qui serait, de plus, conforme à l'« esprit démocratique » de la réforme de 2008.

Enfin, troisièmement, le contenu du contrôle effectué par cette commission conduit, sans nul doute, à relativiser la portée de son intervention. Tranchant définitivement une controverse doctrinale³, l'article L. 2232-22, al.1 CT énonce explicitement que la commission vérifie si le contenu de l'accord « *n'enfreint pas les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles applicables* ». Cette « *précision restrictive* » qui ôte toute ambiguïté au texte⁴, limite donc le contrôle opéré par la commission à « *un contrôle de légalité* »⁵ et laisse les représentants élus souverains de l'appréciation de l'opportunité de l'accord.

En définitive, l'intervention de la commission paritaire de branche permet à l'accord conclu d'intégrer l'ordre juridique étatique en lui garantissant un label

¹ Dans ce cadre, la voix d'un seul représentant syndical, quelque soit l'audience de son organisation, pourrait, avec celles de la totalité des membres représentant les employeurs, permettre l'approbation de l'accord (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190).

² La doctrine a toutefois souligné, de manière pertinente que « *la justification de cette négligence réside dans l'inconsistance du contrôle résiduel [...] laissé à la branche* » (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190). Sur ce contrôle, voir infra.

³ Reprenant les propos du Professeur RODIERE, la réforme de 2008 « *répond enfin à une question non réglée concernant la nature de la mission de la commission paritaire* » (loc. cit., 2008, p. 14). La controverse doctrinale a tout d'abord surgi à l'occasion de la loi de 1996 qui évoquait le terme ambigu de « *validation* » de l'accord (estimant qu'il s'agit d'un contrôle de légalité, P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1997, p. 164; J.M. VERDIER, loc. cit., 1997, p. 1040 ; contre, estimant qu'il s'agit simplement d'un contrôle de conformité aux stipulations de l'accord d'autorisation, M. MORAND, loc. cit., 1997, p. 7). La loi de 2004 qui emploie le terme d'« *approbation* » convertit, sans nul doute, le contrôle de la commission en un contrôle de légalité de l'accord mais également d'opportunité, exerçant ainsi un ample contrôle (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 609).

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 189.

⁵ P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 14. Pour le Professeur MAZEAUD, « *en clair, la commission n'exerce pas un contrôle d'opportunité* » (loc. cit. 2009, p. 675). Pour G. BELIER et H.J. LEGRAND, il s'agit d'un « *contrôle de validité-conformité* » (op. cit., p. 190).

syndical¹ qui permet de lui attribuer une efficacité normative et générale dans l'entreprise². La doctrine évoque ainsi la « *fonction légale* » de la commission³. Cette fonction justifie alors la présence de toutes les organisations représentatives dans la branche qu'elles soient signataires ou non de la convention qui a institué la commission. Apparaît ici, comme en droit espagnol⁴, une distinction avec les règles encadrant les commissions créées par les conventions afin d'en assurer l'administration et l'interprétation⁵.

329. Pour conclure, il nous semble que les règles de validité d'accords conclus par la représentation élue sont, en marge de difficultés techniques ponctuelles, globalement satisfaisantes. Elles permettent d'une part, de prendre en compte la volonté des salariés exprimée lors du dernier processus électoral dans l'entreprise et, d'autre part, de refléter les rapports de force qui se sont constitués au sein des représentations élues. Il reste du moins patent que la nature mixte du comité d'entreprise pose des difficultés juridiques qui sont finalement résolues par l'approbation de la commission paritaire de branche qui trouve ainsi une de ses raisons d'être.

¹ Pour le Professeur A. MAZEAUD, l'approbation de la commission « *ancre l'accord conclu avec des élus dans le giron du monopole syndical au niveau de la branche* » (loc. cit., 2009, p. 675).

² C'est alors dans ce sens que l'intervention de la commission paritaire de branche représente, comme dans la loi de 2004, la « *clef du dispositif* » (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 608).

³ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190.

⁴ Voir supra, n° 244.

⁵ La doctrine a souligné que ces commissions d'interprétation et/ou d'administration « *ne sont pas des institutions représentatives du personnel supplémentaires* » (M.L MORIN, op. cit., p. 342). Elles sont instaurées par les conventions collectives (obligatoire au niveau des branches) et constituées par les représentants des organisations signataires. Aux termes de l'article L. 2261-4 CT (anc. art. L. 132-15), l'adhésion permet également de « *siéger dans les organismes paritaires et participer à la gestion des institutions créées par la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, ainsi que prendre part aux négociations portant sur la modification ou la révision du texte en cause* ». Pour la jurisprudence, « *la participation aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention ou un accord collectif est réservée aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, ou à ceux qui y adhèrent* » (Cass. Soc. 20 nov. 1991, déjà cité). Le Professeur MAZEAUD affirme dès lors que « *la commission d'interprétation de la convention collective ne peut faire office de commission paritaire de validation, étant composée des seules parties liées à la convention de branche* » (loc. cit. 2009, p. 675. Contre, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 190).

Par contre, les avis des commissions d'interprétation ne lient pas le juge (Cass. Ass. plén. 6 fév. 1976, *D.*, 1976, p. 472, obs. J. SAVATIER ; Cass. Soc. 20 nov. 1991, déjà cité). Il en n'est cependant autrement si la convention collective prévoit que l'avis de la commission équivaut à un avenant de la convention (Cass. Soc. 11 oct. 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 984 ; M. MOREAU, « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Dr. soc.*, 1995, p. 360 ; M.L MORIN, op. cit., p. 536). Cette possibilité offerte aux partenaires sociaux de donner une force juridique aux avis de la commission identique à la convention collective n'attribue-t-elle pas, plus généralement et sous couvert d'interprétation, un véritable pouvoir normatif à la commission ? Selon un auteur, l'arrêt permet aux signataires de la convention « *d'accorder une véritable délégation de pouvoir à une commission* » alors que cette commission est « *une institution en elle-même non-représentative* » (M. MOREAU, loc. cit, p. 364 ; du même auteur, « Autorité des avis des commissions paritaires d'interprétation des conventions collectives », *D.*, 1996, chron., p. 70. Voir également, J.Y. FROUIN, loc. cit., *RJS*, 1996, p. 137).

B. La conclusion par les représentants syndicaux hors DS et le recours au « référendum »

330. Aux termes de l'article L. 2232-27 CT, « *l'accord signé par un salarié mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés* »¹. Aux termes de l'article L. 2232-14, le même mécanisme est prévu dans les hypothèses où un RSS est partie à l'accord².

La combinaison des articles L. 2143-23 CT relatif à l'attribution au RSS du pouvoir de négocier et L. 2232-14 CT relatif aux conditions de validation de l'accord conclu, a néanmoins conduit à mettre en doute, dans certaines hypothèses, le recours à l'approbation des salariés lorsque la convention est conclue par un ou plusieurs RSS. En effet, alors que le RSS peut négocier dès lors que l'entreprise est dépourvue de DS, indépendamment du motif aboutissant à son absence³, l'approbation des salariés est envisagée, aux termes de l'article L. 2232-14 CT « *en cas de carence au premier tour des élections professionnelles, lorsque les dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 2143-23 sont appliquées* ». Or, l'absence de DS peut se produire dans d'autres hypothèses que la carence au premier tour⁴. Si l'on considère que la capacité conventionnelle s'exerce indépendamment du motif de l'absence de DS, la précision relative à la carence au premier tour d'élections professionnelles implique alors que la validité d'une convention conclue par un RSS soit subordonnée à l'approbation des salariés uniquement dans cette hypothèse⁵. La doctrine s'est majoritairement prononcée contre cette interprétation littérale de l'article L. 2232-14 CT et a estimé que

¹ La loi de 2008 est dans ce cadre identique à la loi de 2004. Toutefois, cette dernière prévoyait également le recours au référendum lorsque l'accord de branche instaurait la majorité d'engagement au niveau de l'entreprise et permettait aux syndicats signataires qui n'avaient pas recueilli plus de la moitié des suffrages, de soumettre l'accord aux salariés afin de le ratifier et de permettre son application. Il s'agissait cependant d'un mécanisme facultatif (anc. art. L.132-26, III CT ; voir supra, n° 314) qui n'est, dans tous les cas, plus envisagé dans la loi de 2008.

² Art. L. 2232-14 CT : « *La validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec le représentant de la section syndicale est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés* ».

³ Aux termes de l'article L. 2143-23 CT, le RSS peut négocier et conclure un accord, « *lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement* ».

⁴ Par exemple, l'absence de DS peut être due à l'absence de salarié volontaire pour être désigné DS alors même que le premier tour a permis de mesurer la représentativité syndicale.

⁵ Inversement, le RSS désigné dans une autre hypothèse que celle d'une carence au premier tour, pourrait conclure un accord dont la validité n'est pas soumise à l'approbation des salariés (hypothèse envisagée dans la note antérieure).

l'intervention des salariés « *rend acceptable la possibilité de négocier avec le RSS* »¹. Dés lors, elle constitue une condition de validité incontournable quelque soient les situations dans lesquelles intervient le RSS².

331. Les conditions d'approbation des salariés ne sont pas expressément définies par la loi qui se limite à énoncer que l'approbation des salariés doit s'effectuer « *dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral* »³. En réalité, l'approbation des salariés est un doux euphémisme légal qui correspond au modèle référendaire bien que la loi peine à mentionner de façon non équivoque et explicite ce terme « *politiquement incorrect* »⁴.

Le référendum peut être entendu « *comme une technique d'expression de la volonté de la collectivité formée par le personnel d'une entreprise* »⁵ qui vise, en l'espèce, à inviter l'ensemble des salariés, constitués en corps électoral, à se prononcer sur un accord relatif à leurs droits et obligations⁶. « *Expression du principe majoritaire* »⁷, il est indéniable que le concept même de référendum est des plus louables et offre une légitimité importante à l'accord⁸. Pour le Professeur MAZEAUD, l'approbation des salariés est, sans nul doute, « *conforme à la démocratie sociale participative* »⁹. Suivant la distinction entre référendum décisionnel et consultatif¹⁰, le référendum prévu par la loi de 2008 donne incontestablement le dernier mot aux salariés

¹ J.F. CESARO, loc. cit., 2009, p. 666. Selon lui, « *on comprendrait mal que ce représentant sans audience puisse disposer d'un pouvoir d'engagement supérieur à celui qui peut être reconnu par exemple aux salariés élus dont les accords sont strictement encadrés* ».

² Dans ce sens, voir également G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 196.

³ Art. L. 2232-27 CT relatif à la conclusion par un salarié mandaté et art. L. 2232-14 CT relatif à celle menée par le RSS. Sauf erreur de notre part, aucun décret d'application postérieur à la loi de 2008 n'a été élaboré. Les derniers décrets d'application sont entrés en vigueur la même année mais antérieurement (Décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. D. 2232-2 s.). Aux termes de l'article D.2232-2,1°, « *la consultation a lieu pendant le temps de travail, au scrutin secret et sous enveloppe. Son organisation matérielle incombe à l'employeur* ».

⁴ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 599. Dans le même ordre d'idée, notons que la loi sur le temps de travail de 2000 parlait de « *consultation du personnel* » (Loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000 sur la réduction du temps de travail). Pour approfondir sur cette loi, B. GAURIAU, « *Le référendum et les accords « Aubry II »* », *Dr. soc.*, 2000, p. 311 qui affirme que l'expression de « *consultation du personnel* » est « *politiquement plus neutre* ».

⁵ S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 334.

⁶ Pour approfondir, F. PETIT, op. cit., p. 495.

⁷ S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 338. Dans le même sens, le Professeur GAURIAU affirme que le référendum « *illustre ce qu'il est convenu d'appeler le principe majoritaire* » (loc. cit., 2000, p. 311).

⁸ Le Professeur GAURIAU souligne dans ce sens que le référendum constitue un processus permettant de renforcer la légitimité de la norme conventionnelle (« *Le référendum : un traitement démocratique... aux effets indésirables ?* », *Liaisons Sociales Magazine*, déc. 1999, p. 69).

⁹ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 676. Voir également sur le caractère démocratique du référendum, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 336.

¹⁰ Qui « *présente les attraits de la commodité* » (B. GAURIAU, « *Le référendum, un préalable nécessaire ?* », *Dr. soc.*, 1998, p. 340).

dont le vote peut aboutir à ôter tout effet juridique à l'accord. Le dispositif légal prévoit en effet, dans les deux hypothèses, que « *faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit* »¹. L'approbation des salariés est donc incontournable et impérative pour que l'accord produise des effets juridiques². Il est alors opportun de souligner que, par rapport à l'approbation de la commission paritaire, l'approbation revêt en l'espèce un sens différent puisque les salariés se prononcent fondamentalement sur l'opportunité de l'accord. La doctrine a dans ce sens souligné que lorsque la convention est conclue par un RSS ou un salarié mandaté, « *le personnel est souverain* »³.

Néanmoins, son utilisation amène à envisager deux questions qui conditionnent fondamentalement son bien-fondé et son opportunité. Premièrement, le droit français s'était montré originairement réticent à prévoir ce mécanisme d'approbation des accords⁴. La doctrine a également mis en exergue les difficultés juridiques qu'accompagnait ce mode de consultation⁵. L'ensemble des discussions envisageait toutefois l'intervention du référendum alors même que l'entreprise disposait de DS. Il convient alors de souligner que la loi de 2008 cantonne la possibilité d'un référendum à

¹ Art. L. 2232-27 CT relatif à la conclusion par un salarié mandaté et art. L. 2232-14 CT relatif à celle menée par le RSS.

² Le référendum dont le résultat est en faveur du texte soumis, permet alors la validité de l'accord collectif qui déploie par conséquent, dans l'entreprise, une efficacité normative et générale.

³ P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 14.

⁴ Le recours au référendum décisionnel en droit du travail disposait, traditionnellement, d'une place restreinte, limitée à quelques domaines (la participation, l'intéressement et la retraite complémentaire). Pour approfondir, C. FOURCADE, op. cit., p. 230. Voir également, S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 334 qui affirme que le dispositif légal se montrait réticent à utiliser ce mécanisme pour ne pas affaiblir les syndicats représentatifs. J. AUROUX, alors Ministre du Travail, affirmait lors de l'approbation des lois de 1982 que « *le référendum, c'est la mort du fait syndical* » (JO débats AN, 2^o séance du 10 juin 1982, p. 3245).

Du point de vue syndical, le référendum est dans son principe désapprouvé, ce qui est compréhensible si l'on considère qu'il peut s'inscrire dans une logique de « *méfiance à l'égard de la représentativité réelle des organisations syndicales* » (J. E. RAY, « Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1999 (b), p. 1024).

⁵ La majeure difficulté soulevée par la doctrine renvoie à la détermination des parties à l'accord lorsque celui-ci a été approuvé par référendum. Plus loin, il s'agit d'aborder la reconnaissance ou non de la personnalité civile à la collectivité des travailleurs qui participe au référendum décisionnel. Pour la majorité de la doctrine, la collectivité des travailleurs est dépourvue de personnalité juridique et ne peut donc pas être partie à l'accord (pour le Professeur GAURIAU, « *le personnel ne saurait devenir partie à un accord d'entreprise* », loc. cit., 1998, p. 338 et 345. Voir également, J. BARTHELEMY, « Le référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1993, p. 89 ; J. GRIMALDI d'ESDRA, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 397 ; M.A. SOURIAU, « Regards sur le référendum », *Liaisons Sociales Magazine*, déc. 1993, p. 88. Pour approfondir, voir également les réflexions de F. PETIT op. cit., p. 512).

l'absence de DS¹. Dans ce cadre, il semble que le référendum ne vienne pas court-circuiter l'action des syndicats représentatifs².

Deuxièmement, le référendum suscite en tant que tel de nombreuses réticences qui sont, selon nous, largement dignes d'attention. Son utilisation peut en effet être sujette à manipulation et doit, par conséquent, être mise en place dans un contexte sain et exempt d'ambiguïté³. Le fait que la majorité soit appréciée par rapport aux « *suffrages exprimés* » et non pas par rapport à l'ensemble du corps électoral produit également certaines craintes⁴.

332. En définitive, la figure référendaire pose plusieurs problèmes et présente des carences qui conduisent, selon nous, à en limiter le recours. Le dispositif de 2008 amène alors un double sentiment puisque, bien que dégageant une ligne de fond qui limite le recours au référendum aux entreprises dépourvues de DS, il conduit à son application dans toutes les entreprises de 200 salariés qui ne comptent pas sur la présence de DS alors même que l'intervention des représentants élus offre des garanties suffisantes pour assurer la légitimité de l'accord conclu.

D'un point de vue comparatif, il est intéressant de relever d'une part, qu'en droit espagnol, le recours à la participation directe des salariés vise à déterminer quels sont les négociateurs de la convention catégorielle. L'application de l'accord est alors soumise au respect des règles applicables à la commission de négociation. En France, au contraire, les salariés se prononcent sur l'accord conclu et n'interviennent pas dans la procédure de désignation des négociateurs qui reste sous contrôle syndical⁵. D'autre part, d'un point de vue plus global, reprenant les propos du Professeur BORENFREUND, le recours au référendum « *rappelle ce faisant avec force que la titularité du droit à la négociation collective revient bien aux salariés, non aux*

¹ Le recours au référendum prévu par la loi de 2004 afin de compenser le caractère minoritaire des syndicats signataires d'un accord, est supprimé, conduisant dans tous les cas à exiger la majorité syndicale bien que relative.

² Tout au plus, il doit être associé à la représentation syndicale et en constituer un complément (A. ARSEGUÉL, loc. cit., 2002 (a), p. 417).

³ Incontestablement le résultat du référendum peut être conditionné par des variables étrangères au strict contenu de l'accord comme la formulation de la question posée, la crédibilité de son auteur ou la qualité de la campagne d'explications (voir l'analyse de J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 599. Voir également B. GAURIAU, loc. cit., 1998, p. 339-340).

⁴ Ce cadre de référence permet, il est vrai, de favoriser l'approbation des accords mais il conduit également à mettre en doute sa légitimité réelle, notamment lorsque l'abstention est importante (J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 599).

⁵ Le Professeur BORENFREUND écrit dans ce sens que « *c'est d'abord l'audience de l'accord lui-même que l'on mesure ici* » (loc. cit., 2002, p. 435).

syndicats auxquels seul l'exercice de ce droit reste confié »¹. Au contraire, en droit espagnol, la conception du droit à la négociation collective convertit obligatoirement des représentants des travailleurs en titulaires du droit. Cette conception est alors cohérente avec le caractère exceptionnel et la finalité du référendum retenue en Espagne².

333. Avant de conclure ce paragraphe, il convient de faire référence au processus de transition relatif aux nouvelles règles régissant les conditions de conclusion d'accords menés par l'ensemble des négociateurs subsidiaires. Aux termes de l'article 14 de la loi de 2008, les conditions de validité des accords conclus par les représentants élus et les salariés mandatés sont appliquées « *à compter du 31 décembre 2009* »³. Il prévoit néanmoins que si un accord de branche d'habilitation a été préalablement conclu, ses dispositions relatives aux conditions de conclusion continuent de s'appliquer⁴. Ces accords de branche peuvent alors notamment ouvrir la faculté de négocier aux représentants élus dans des entreprises de plus de 200 salariés.

334. Pour conclure sur l'ensemble des règles de validité des accords conclus par des négociateurs subsidiaires, reprenant les propos du Professeur RODIERE, « *entre un contrôle syndical qui se limite à la légalité et une approbation par le personnel qui*

¹ G. BORENFREUND, Ibid. Pour contraster cette affirmation, B. GAURIAU, loc. cit., 1998, p. 346.

² La pratique syndicale de soumettre un accord à l'approbation des salariés reste en effet une faculté des syndicats qui demeurent maîtres de leur volonté. Le droit espagnol nous a toutefois permis d'observer que tout en limitant sa fonction à la désignation des négociateurs, le référendum pourrait constituer une voie pertinente permettant de débloquer la négociation paralysée par l'absence de résultats électoraux (voir supra, n° 271).

³ Cet article prévoit que « *l'article 9 de la présente loi [relatif aux conditions de négociations subsidiaires] s'applique à compter du 31 décembre 2009 pour toutes les entreprises dépourvues de délégué syndical [...]* ».

Dès lors, durant l'année 2009, la négociation collective est paralysée dans les entreprises dépourvues de DS dans lesquelles une convention d'habilitation n'a pas, en vertu des dispositions antérieures à la loi de 2008, autorisé les modes subsidiaires de négociation collective. Dans ce cadre, un secteur doctrinal a admis que dans une entreprise, indépendamment de son effectif, qui est dépourvue de DS et non-soumise à un accord d'habilitation, un RSS puisse négocier et conclure une convention dans cette hypothèse et jusqu'au 1^{er} janvier 2010. A partir de cette date s'appliqueront les règles de validité établies en la matière par la loi de 2008 limitant l'intervention du RSS dans les entreprises de plus de 200 salariés comptant sur une représentation élue et dépourvues de DS (pour approfondir, L. FLAMENT, loc. cit., 2008, p. 1167. Contre, G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 192 pour qui le dispositif relatif au RSS entre en vigueur au 1^{er} janvier 2010). L'administration a expressément admis l'intervention du RSS dans cette hypothèse et jusqu'au 1^{er} janvier 2010 (circ. DGT n°20 du 13 nov. 2008, fiche 5).

⁴ L'article 14 stipule en effet que les règles de validité s'appliquent dans les entreprises « *qui ne relèvent pas d'une convention de branche ou d'un accord professionnel. Les conventions de branche ou accords professionnels conclus en application des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi continuent de produire leurs effets pour toutes les entreprises comprises dans leur champ, quel que soit leur effectif* ».

porte sur les résultats de la négociation, la vocation syndicale en matière de négociation collective subit dans les deux cas une atteinte marquée »¹. Il est indéniable que l'absence d'un DS place l'intervention syndicale à un second plan et laisse toute latitude aux représentants élus et aux salariés pour se prononcer sur l'opportunité de l'accord. Dans ce sens, plutôt que de parler de règles de validité, le Professeur MAZEAUD a observé que le terme de validation serait en « *réalité l'expression la plus juste* »².

Notons toutefois d'une part, que les procédures de conclusion des accords conclus par les négociateurs subsidiaires s'accompagnent toujours de l'intervention de tiers. Cela contraste alors avec les règles de validité prévues en matière de négociation par le DS, dans lesquelles l'intervention des syndicats représentatifs ne subit aucune interférence. D'autre part, la configuration de l'exigence majoritaire lorsque l'accord est conclu par des négociateurs subsidiaires est plus restrictive puisqu'elle garantit l'assentiment, direct ou indirect, de la majorité pure des salariés contrairement à la majorité relative exigée lors de la négociation par les DS³. Ces deux considérations conduisent alors à rappeler que le dispositif légal continue de donner sa confiance aux syndicats représentatifs dont la conclusion de conventions collectives est, reprenant les termes du Conseil constitutionnel, la « *vocation naturelle* ».

Conclusion SECTION II:

335. L'analyse du dispositif français a permis de mettre en exergue quatre points spécifiques.

Premièrement, l'application d'une exigence majoritaire s'est peu à peu généralisée à l'ensemble des conventions et accords collectifs de travail. Initialement, sa mise à l'écart se justifiait par la conception essentialiste des syndicats selon laquelle ils représentaient l'ensemble de la profession⁴, mais surtout par la prédominance de la fonction d'amélioration des conditions de travail attribuée à la négociation collective. Le caractère minoritaire de l'accord ou de la convention importait donc peu. La multiplication des fonctions de la négociation collective et l'apparition de conventions

¹ P. RODIERE, loc. cit., 2008, p. 14.

² A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 675.

³ Se référant spécialement aux conditions de validité des accords conclus par les représentants élus, le Professeur MAZEAUD souligne que la configuration de l'exigence de majorité « préfigure peut-être ce qu'il en sera demain pour tout accord collectif » (loc. cit., 2009, p. 675).

⁴ Voir supra, n° 109.

moins favorables ont alors profondément bouleversé cette logique et ont naturellement conduit à l'inéluctable consécration d'une exigence majoritaire.

Deuxièmement, la majorité constitue une condition de validité de la convention collective et s'apprécie par rapport aux signataires syndicaux. Deux considérations peuvent alors être extraites : d'une part, tous les syndicats représentatifs ont le droit de participer à la négociation et d'autre part, les signataires patronaux ne sont soumis à aucune exigence majoritaire.

Troisièmement, la combinaison de la majorité relative d'engagement et du droit d'opposition instaurés par la loi de 2008 offre un cadre original qui s'avère toutefois cohérent avec l'évolution historique de l'exigence majoritaire. Les modalités d'appréciation des seuils de 30% ou 50% retiennent le pourcentage d'audience électorale au premier tour des élections professionnelles par rapport aux suffrages exprimés¹. Force est alors de constater qu'au regard des difficultés relatives à l'exercice du droit d'opposition et des carences du mode de scrutin retenu, le dispositif continue de permettre la validité d'une convention conclue par des syndicats qui représentent, dans l'entreprise et dans la branche, au mieux un tiers des options syndicales. Il convient toutefois de préciser que ce dispositif est vraisemblablement amené à évoluer à court ou moyen terme pour aboutir à l'instauration d'une majorité pure d'engagement².

Quatrièmement, l'intervention des négociateurs subsidiaires dans l'entreprise conduit à établir d'autres mécanismes d'appréciation de l'exigence majoritaire distincts de la prise en compte de l'audience électorale au premier tour des élections professionnelles. Lorsque les représentants élus négocient, la majorité continue de s'apprécier par rapport à l'audience électorale. Cependant, celle-ci prend en compte les résultats définitifs, consécutifs à l'élection des représentants du personnel. Dès lors, les signataires peuvent se targuer de posséder une légitimité élective. Lorsque négocient des représentants syndicaux distincts du DS, le recours au référendum impératif et contraignant permet incontestablement de donner sa légitimité à l'accord conclu. Reste alors à veiller aux conditions dans lesquelles a lieu cette consultation. Dans tous les cas, il convient de souligner que les conditions de majorité sont plus restrictives lorsque la négociation n'est pas conduite par les DS ou les syndicats représentatifs puisque la

¹ Pour le Professeur BORENFREUND, le vote des salariés constitue « l'épine dorsale de la loi du 20 août 2008 dans son ensemble » (loc. cit., *Dr. soc.*, 2009, p. 706).

² Dans ce sens, la Position commune de 2008 envisageait ce dispositif comme « une première étape préparant au passage à un mode de conclusion majoritaire des accords » (art. 5).

validité de la convention n'est pas soumise à une majorité relative mais à l'assentiment majoritaire des salariés.

CONCLUSION CHAPITRE II

L'analyse des dispositifs français et espagnol relatifs à l'exigence majoritaire ont permis de mettre en exergue plusieurs divergences.

336. Tout d'abord, force est de constater qu'en France, l'exigence majoritaire n'est pas mise en œuvre en ce qui concerne la représentation patronale contrairement au droit espagnol qui, malgré des carences indiscutables, porte une attention justifiée à sa légitimité. La conception bilatérale du droit à la négociation collective explique dans une grande mesure cette différence. Souhaitons néanmoins que le droit français prenne un jour à bras le corps la question de la représentation patronale.

La divergence fondamentale réside toutefois dans les motivations qui ont conduit à l'instauration d'une exigence majoritaire. En effet, l'efficacité personnelle de la convention n'a pas été prise en compte dans les mêmes proportions dans les deux dispositifs alors même que, dans la pratique, les deux droits permettent aux conventions de déployer une efficacité *erga omnes*. Le droit espagnol a, dès la promulgation de l'ET, envisagé l'exigence majoritaire comme une condition intrinsèquement liée à la convention collective dotée d'effet général¹. Au contraire, en France, la fonction première et originaire de la négociation collective qui visait à améliorer les conditions de travail rendait inutile l'intervention de la loi afin de garantir la légitimité d'un accord plus favorable aux salariés. L'évolution et la multiplication des fonctions de la négociation ont alors fait apparaître les failles du dispositif dans lequel une convention minoritaire régressive pouvait s'appliquer à l'ensemble des salariés compris dans son champ d'application. Dans ce cadre, l'idée majoritaire se présente comme « *la contrepartie politique* » de l'émancipation normative de l'autonomie collective².

337. Il importe également de souligner que les modalités de mise en œuvre de l'exigence majoritaire de chaque dispositif font apparaître de notables différences.

D'une part, concernant le moment de sa mise en œuvre, le droit espagnol exige que, préalablement au commencement des négociations, les négociateurs qui composent la commission de négociation représentent la majorité des salariés et des employeurs.

¹ Dans un autre ordre d'idée, il convient également de souligner que le contexte économique et social dans lequel s'est élaboré l'ET excluait l'assimilation automatique de la convention à une amélioration des conditions de travail.

² J.E. RAY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 590.

En droit français, l'exigence majoritaire était traditionnellement envisagée postérieurement à la conclusion de l'accord. Sans aller aussi loin que le droit espagnol, la réforme de 2008 a converti l'exigence majoritaire en une condition de validité de la convention qui s'apprécie par rapport à ses signataires. Elle représente désormais une nouvelle condition *structurelle* de la convention qui vise à assurer la légitimité de l'accord ou de la convention et l'adéquation entre les représentants et les représentés¹. Dans tous les cas, si en droit espagnol, la majorité permet de garantir la légitimité des négociateurs, elle vise, en droit français, à garantir la légitimité l'accord. Le droit espagnol met toutefois en œuvre l'exigence majoritaire lors d'une troisième étape, lors de l'adoption de l'accord par la commission de négociation. Néanmoins, elle ne s'apprécie plus par rapport aux salariés affectés par la convention mais uniquement par rapport aux négociateurs préalablement reconnus légitimes.

D'autre part, en ce qui concerne les conditions d'appréciation de l'exigence de majorité, les deux dispositifs se réfèrent généralement au critère de l'audience électorale mesurée lors des élections professionnelles. Indépendamment des carences liées à ce mode de scrutin, force est de constater que le dispositif espagnol en retenant une majorité pure appréciée par rapport aux représentants effectivement élus est plus satisfaisant que le dispositif français qui se base sur les résultats du premier tour des élections professionnelles afin d'apprécier une majorité relative.

¹ Reprenant les propos du Professeur BORENFREUND, « à travers la prise en compte de l'audience obtenue par les syndicats représentatifs lors des élections des membres du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, l'aptitude de ces organisations à représenter les intérêts des salariés n'est plus réputée acquise par la seule représentativité. Cette dernière doit être alors envisagée comme une technique légale permettant uniquement d'effectuer une première sélection entre syndicats, et de conférer à certains d'entre eux un titre nécessaire mais non suffisant d'authenticité voire d'effectivité » (loc. cit, 2002, p. 433).

CONCLUSION TITRE I

L'identification des acteurs susceptibles de négocier et l'analyse des conditions d'application de l'exigence majoritaire ont, selon nous, permis de souligner que la portée du caractère représentatif en matière de négociation collective diffère en droit français et en droit espagnol et que, corrélativement, l'exigence majoritaire remplit des fonctions différentes.

Plusieurs points peuvent être alors mis en exergue.

338. Premièrement, alors que les conditions strictes et contraignantes du dispositif légal espagnol se justifient par l'efficacité personnelle de la convention statutaire¹, le dispositif légal français actuel est essentiellement le produit de la prise en compte de la multiplication des fonctions de la négociation collective. Une nuance doit cependant être apportée. En effet, le rapprochement des deux droits lorsqu'il s'agit d'une négociation d'une convention de branche susceptible d'extension conduit à souligner que l'exigence majoritaire est le corollaire de l'efficacité générale d'une convention.

339. Deuxièmement, la notion de légitimation en droit espagnol s'avère fort intéressante pour deux raisons. D'une part, elle permet d'isoler le droit à la négociation collective et le droit syndical. Consécutivement, elle permet de contrecarrer les effets négatifs de la représentativité par affiliation soumettant dans tous les cas la convention à une exigence majoritaire, sans porter atteinte aux prérogatives syndicales dans d'autres matières. Au contraire, la réforme française de 2008 renforce l'interconnexion entre ces deux droits. L'introduction définitive de l'exigence majoritaire en matière de négociation collective offrait pourtant d'autres possibilités et permettait de maintenir, notamment dans l'entreprise, une représentation syndicale cohérente et efficace par le biais des DS désignés par les syndicats *plus représentatifs*, et ce, sans mettre à mal la

¹ Reprenant les propos du Professeur VALDÉS, « *la sélection de sujets pouvant négocier en fonction de leur représentativité, l'exigence d'une représentativité renforcée pour pouvoir constituer et valider la commission qui doit négocier une convention déterminée et l'imposition d'une majorité qualifiée pour l'adoption des accords à chacune des parties qui le négocie constituent, en définitive, les contreparties nécessaires à l'établissement d'une efficacité générale ex ante* » (loc. cit., DL, 1984, p. 30 ; loc. cit., 1994, p. 55).

légitimité des accords¹. D'autre part, la légitimation permet de prendre en compte la négociation conduite par les représentations élues. Sur ce point, le privilège de la représentation syndicale en France contraste avec l'intervention majoritaire de la représentation unitaire en droit espagnol. Il convient toutefois de rappeler que le régime espagnol des élections professionnelles favorise largement la syndicalisation des organes de représentations unitaires² et que la réforme de 2011 renforce l'intervention préférentielle des sections syndicales.

Le dispositif espagnol présente néanmoins, selon nous, deux carences : tout d'abord, la régulation légale d'un organe chargé de négocier et conclure une convention engendre de nombreux problèmes juridiques lors de sa constitution. Ensuite et paradoxalement, la procédure d'adoption des accords en son sein est contestable puisqu'elle peut aboutir à la conclusion d'une convention par des syndicats qui ne comptent pas sur la moitié des représentants élus dans le cadre de la convention.

340. Troisièmement, les deux dispositifs ont converti l'audience électorale en critère central et décisif en matière de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail. Le droit français se rapproche dans ce sens du droit espagnol. Ce critère est en soi satisfaisant car il permet de mesurer la volonté des salariés. Néanmoins, en retenant les élections professionnelles dans l'entreprise, les deux dispositifs le chargent de carences qui peuvent mettre en doute sa fiabilité. De plus, le modèle d'élection à deux tours du droit français ajoute une dose d'incertitudes supplémentaires qui laisse perplexe. Le caractère central de l'audience pose également la question des conséquences de l'absence de résultats électoraux. Les deux dispositifs n'ont pas évolué dans les mêmes conditions. En Espagne, antérieurement à la réforme de 2011 et en dehors de l'hypothèse des conventions catégorielles, « *la négociation collective d'efficacité générale est conditionnée dans les cadres de l'entreprise et aux*

¹ Se référant au seuil de 30 %, le Professeur RODIERE écrit dans ce sens qu' « *on peut d'ailleurs se demander si cette seule et simple réforme ne suffisait pas et si les nouvelles règles relatives à la détermination de la représentativité des organisations syndicales n'ajoutent pas complexité, désorganisation et instabilité inopportunes. La sanction d'un défaut d'audience électorale serait en toute hypothèse tombée avec l'exigence que les signataires aient recueilli seuls ou ensemble au moins 30% des suffrages exprimés aux élections professionnelles* » (loc. cit., 2008, p. 13).

² Cette imbrication des deux modes de représentation rejoint alors les propos du Professeur SUPIOT qui écrit que le double canal de représentation doit être envisagé dans la perspective de favoriser « *leur complémentarité pensée comme celle de rapport réciproque[...] Les syndicats ont besoin de relais au sein des entreprises, dont la légitimité peut passer par la voie électorale ; inversement, la représentation d'entreprise doit pouvoir s'appuyer sur des instances de coordination à un niveau plus élevé pour pallier les effets de « corporatisme d'entreprise »* » (« Conclusions du Rapport SUPIOT : Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », Dr. soc., 1999, p. 435).

niveaux supérieurs à l'existence d'organes de représentation unitaire dans l'unité de négociation »¹. Désormais, la négociation sectorielle n'est plus impossible en l'absence de sujets légitimes selon les règles traditionnelles. L'intervention des organisations syndicales et d'employeurs étatiques ou de CCAA les plus représentatives permet en effet la mise en route d'un processus de négociation. Seul le niveau de l'entreprise reste dépendant de l'existence de représentations unitaires, du moins lorsqu'il s'agit de négocier une convention collective statutaire. En France, au contraire, le caractère univoque du droit à la négociation collective reconnu aux salariés, a conduit la loi à envisager, spécialement au niveau de l'entreprise, des mécanismes palliatifs permettant toujours la réalisation du droit des salariés à la négociation collective.

341. En définitive, les deux dispositifs érigent l'exigence majoritaire en élément central de la convention collective favorisant ainsi, dans une grande mesure, sa légitimité. L'analyse du dispositif français a toutefois démontré que l'exigence majoritaire n'est pas automatiquement liée à l'efficacité déployée par la convention. Dès lors, reprenant les propos du Professeur BORENFREUND, « *l'idée majoritaire pourrait être rapportée à une autre fin qui hante depuis longtemps les esprits : ériger la négociation collective décentralisée en mode quasi exclusif de création des normes, dans l'unique espoir de parvenir à une souplesse accrue dans les relations de travail, au service d'une plus grande efficacité de l'entreprise* »². L'analyse du contenu des conventions et des règles régulant leur articulation permettront d'affirmer que ces propos se sont largement vérifiés.

¹ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2000, p. 255.

² Il évoque ainsi « *la face cachée de l'idée majoritaire* » (G. BORENFREUND, loc. cit., 2002, p. 433). M.L. MORIN souligne quant à elle que l'exigence majoritaire « *ne peut aller sans un changement important du processus de négociation lui-même, voire de l'articulation des niveaux de négociation et des effets de l'accord* » (loc. cit., Dr. soc., 2000, p. 1083).

TITRE II : L'INTERVENTION LEGISLATIVE RELATIVE AU **CONTENU DE LA CONVENTION COLLECTIVE**

342. L'intervention législative relative à l'identification des acteurs de la négociation collective et des signataires des conventions collectives vise, comme nous l'avons démontré, à garantir le maximum de légitimité à l'accord. Dans ce cadre, les exigences légales sont qualitativement et quantitativement importantes. Les propos qui suivent visent alors à mettre en exergue que le renforcement de cette légitimité a comme contrepartie le recul de la loi en ce qui concerne le contenu de la convention.

343. L'analyse du contenu des conventions collectives renvoie fondamentalement, à la question des relations entre les sources du droit du travail et essentiellement des relations entre la loi et la convention collective, autrement dit, des relations entre le pouvoir étatique et celui des organisations professionnelles. C'est donc une question éminemment politique¹.

D'un point de vue strictement juridique, le point de départ de l'analyse est commun aux deux dispositifs et envisage la supériorité hiérarchique de la loi par rapport à la convention collective. A partir de cette considération, les relations entre la loi et la convention collective quant au contenu de cette dernière, renvoie à la distinction classique entre les lois impératives qui empêchent que les normes et accords hiérarchiquement inférieurs prévoient des dispositions contraires, et les lois dispositives qui permettent, au contraire, aux normes et accords hiérarchiquement inférieurs de s'écarter de ces lois². On peut également assimiler la norme impérative à la norme d'ordre public et la norme dispositive à la norme supplétive³.

En droit du travail, cette distinction doit toutefois être fortement nuancée à plusieurs égards. D'une part, en ce qui concerne l'impérativité des lois, le déséquilibre consubstantiel de la relation de travail et la finalité protectrice du droit du travail ont conduit à admettre le caractère relatif de cette impérativité qui permet à la convention collective d'améliorer le dispositif légal impératif ou d'ordre public. D'autre part, le

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, « Las relaciones Ley-Convenio colectivo », in *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Coord. E. ROJO TORRECILLA, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 12.

² Formulé d'une autre manière, les règles impératives s'imposent à leurs destinataires et les règles dispositives laissent les parties réguler leurs relations de la manière qu'ils estiment opportune (G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 801).

³ N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 46.

caractère dispositif de la loi ne répond pas à une notion homogène mais doit, au contraire, être entendu largement afin de regrouper l'ensemble des mécanismes alternatifs à la logique de l'impérativité relative.

344. L'ensemble de ces considérations peut être transposé en droit français comme en droit espagnol. En effet, ils présentent en la matière des constructions très similaires.

Les similitudes vont cependant plus loin que la simple perspective statique¹. En effet, d'un point de vue dynamique, les deux dispositifs sont caractérisés par un même phénomène qui se traduit par une diminution du rôle de la loi et, concrètement de son impérativité relative, et par un essor de la négociation collective mis en œuvre par une multiplication des lois dispositives. Plusieurs nuances devront toutefois être apportées. En effet, les différentes conceptions de la négociation collective influencent fortement la matière et déterminent la proportion et la configuration de chacune de ses deux catégories de lois au sein de l'ensemble des systèmes juridiques.

Quoi qu'il en soit ce phénomène doit être apprécié par rapport à la multiplication des fonctions de la négociation collective. Si la prédominance légale et la loi impérative constituent le cadre idéal à la fonction d'amélioration de la convention collective, l'essor des lois dispositives favorise ses nouvelles fonctions de gestion et d'adaptation².

¹ En effet, l'articulation de la loi et de la convention « *se réfère essentiellement à une question dynamique puisqu'elle dépend des fonctions attribuées et remplies par l'Etat et par l'autonomie collective, des variations du cadre légal et du contexte économique et social* » (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 439).

² Dans ce sens, la convention collective dépasse sa fonction basique d'amélioration des dispositions légales et constitue aujourd'hui et de plus en plus, un instrument « *de gestion et d'adaptation aux nécessités de compétitivité et de flexibilité des entreprises* » (voir *Trabajo y empleo*, op. cit., p. 153).

CHAPITRE I : L'AUTORITE DE LA LOI COMME POINT DE DEPART ET LA FONCTION ORIGINNAIRE D'AMELIORATION DE LA CONVENTION

345. L'autorité de la loi sur la convention collective constitue une question intimement liée à l'intégration de la négociation collective dans l'ordre juridique étatique. Sur cette question, nous avons vu antérieurement qu'en Espagne, la négociation collective est directement reconnue dans la Constitution alors qu'en France, elle se conçoit comme une modalité de mise en œuvre du principe de participation des travailleurs¹. Ce cadre constitutionnel va logiquement se retrouver dans les relations entretenues par la loi et la convention quant à l'élaboration des normes applicables aux relations de travail.

L'analyse de leurs relations nous conduit à déterminer la place de la convention dans la hiérarchie des normes. Ce concept de hiérarchie des normes s'avère pertinent au niveau méthodologique. En effet, « *la hiérarchie désigne toujours un lien de droit* »² et permet de mettre en exergue la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention collective. Cette supériorité implique alors que la loi s'applique impérativement à la convention.

Apparaît néanmoins ici la singularité du droit du travail à travers de l'existence d'une impérativité relative qui permet à la convention de s'écarter de la loi dès lors que la disposition adoptée est plus favorable pour les salariés. Il s'agit bien là de la fonction d'amélioration originnaire de la convention collective.

346. Le travail de comparaison permettra de mettre en exergue que les droits espagnol et français reconnaissent la supériorité hiérarchique de la loi et garantissent son effet impératif. En revanche, une divergence apparaît quant au cadre légal prévoyant la faculté pour la convention d'améliorer la norme légale. En effet, alors que le droit français semble convertir cette faculté en règle générale des relations entre la loi et la convention au moment de l'élaboration de cette dernière, le droit espagnol reste, à ce moment, plus neutre et envisage cette faculté comme une option de régulation des conflits applicatifs.

¹ Voir supra, n° 22 s.

² A. SUPIOT, op. cit., 2007, p. 115.

SECTION I : Les fondements de la supériorité hiérarchique des lois

347. La théorie de la hiérarchie des normes irrigue l'ensemble du droit et a constitué un outil largement utilisé par la doctrine¹. Un ouvrage référence en la matière a néanmoins mis en exergue qu'il serait plus correcte de parler de double hiérarchie². D'un côté, il s'agit d'apprécier le conditionnement juridique des normes³ et, d'un autre côté, l'étendue de leur force juridique⁴. Cette double hiérarchie conduit à s'attacher aussi bien aux cadres constitutionnels et légaux des deux pays.

Au niveau constitutionnel, les droits français et espagnol restent silencieux quant aux rapports de la loi et de la convention collective⁵. En revanche, est explicitement attribuée à la loi la compétence de définir et encadrer le système de négociation collective. Dès lors, on pourrait considérer que, selon le critère de conditionnement des normes, la loi est hiérarchiquement supérieure à la convention. Les diverses modalités de reconnaissance de la négociation collective constituent néanmoins une variable à prendre en compte afin de comprendre la logique des deux droits.

Au niveau légal, on retrouve la consécration de cette supériorité hiérarchique dans les deux dispositifs qui prévoient que la convention ne peut, par sa seule volonté, abroger ou modifier une loi. Les notions d'ordre public (OP) et de droit nécessaire (DN) rendent compte de cette supériorité en attribuant à la loi un caractère impératif qui permet de confirmer, selon la hiérarchie en fonction de la force juridique des normes, la supériorité de la loi sur la convention.

§ 1 : La supériorité de la loi définie dans le cadre constitutionnel

348. Au plan constitutionnel, il ne fait aucun doute que la loi est hiérarchiquement supérieure à la convention collective comme le démontre la compétence légale de réguler le système de négociation collective.

¹ Pour approfondir, H. KELSEN, op. cit., p. 229.

² N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 39.

³ « Une norme conditionne une autre lorsqu'elle constitue le fondement immédiat de la validité de l'autre norme » (N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 41).

⁴ La force juridique s'entend pour N. ALIPRANTIS, comme « non seulement le pouvoir –actif- d'abroger d'autres normes ou d'y déroger, mais aussi le pouvoir –passif- de résister à l'abrogation ou la dérogation par d'autres normes » (op. cit., p. 43).

⁵ Le Professeur ALARCÓN souligna que « la Constitution garde un silence absolu sur la relation entre le pouvoir normatif étatique et le pouvoir normatif des antagonistes sociaux » (« Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio colectivo », in *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, Publicaciones del monte de piedad y caja de ahorros, 1983, p. 53).

Néanmoins, la différence conceptuelle du droit à la négociation des deux pays nous amène à relativiser la force probatoire de l'approche hiérarchique selon le conditionnement des normes. En effet, en Espagne, la négociation collective peut se fonder, comme la loi, directement dans la Constitution¹. La doctrine espagnole a alors, en marge de la perspective hiérarchique, adopté une perspective fonctionnelle afin de savoir si les relations entre la loi et la convention pouvaient se baser sur une répartition des rôles et des fonctions ou sur une répartition par application du principe de compétence². Cette seconde approche présente incontestablement de profondes carences mais a le mérite de mettre en exergue une divergence entre les deux pays. En effet, alors que le cadre constitutionnel espagnol établit, comme en France, la supériorité hiérarchique de la loi, il se montre plus restrictif quant au domaine et aux fonctions de la loi en raison de la reconnaissance du droit à la négociation collective comme manifestation de l'autonomie collective.

A. L'encadrement de la supériorité hiérarchique de la loi en droit espagnol

349. La question de la relation entre la loi et la convention collective d'un point de vue constitutionnel doit partir d'une considération caractéristique du droit espagnol. L'autonomie collective est implicitement envisagée dans la CE qui reconnaît directement le droit à la négociation collective et les antagonismes sociaux ce qui limite, par conséquent, l'intervention légale³. Dans ce cadre, contrairement au droit français, les rapports de la loi et de la convention ont été adoptés en droit espagnol depuis une double perspective d'analyse : hiérarchique et fonctionnelle. Alors que la perspective hiérarchique conduit indubitablement à reconnaître la supériorité de la loi, la perspective fonctionnelle peut être la source de confusions mélangeant la question de la supériorité de la loi sur la convention et celles des limites imposées à l'intervention législative.

350. En ce qui concerne la perspective hiérarchique, force est de constater qu'il ne ressort de la Constitution aucun élément qui permet d'affirmer la suprématie de la loi

¹ Art. 37.1 CE.

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 124; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, *Convenio colectivo versus Ley*, Madrid, La Ley, 2008, p. 40.

³ Voir supra, n° 54. Ce dispositif constitutionnel s'inscrit ainsi dans la volonté de réduire le poids de l'intervention étatique dans la régulation des relations de travail et d'attribuer à l'autonomie collective un rôle actif en rupture totale avec le dispositif de la dictature franquiste (pour une étude du dispositif franquiste, voir I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 52).

sur la convention¹. La CE se borne à reconnaître et à garantir le droit à la négociation collective mais refuse de se prononcer sur la place de la convention dans la hiérarchie des sources².

L'intégration de la convention collective dans la Constitution a néanmoins conduit la doctrine majoritaire à faire application du principe de hiérarchie normative énoncé à l'article 9.3 CE³. Cette question n'est cependant pas totalement pacifique dans la doctrine et fait écho aux débats relatifs à la nature de la convention⁴.

Conformément à l'opinion majoritaire qui reconnaît la nature normative de la convention, le principe de hiérarchie normative trouve application⁵. Celui-ci garantit la prédominance de l'intérêt général symbolisé par la loi sur les intérêts spécifiques promus par la convention collective⁶. « *La loi et la convention ne sont pas deux champs totalement et absolument séparés mais, au contraire, interconnectés. La négociation collective ne constitue pas un ordre étranger à la loi et les conventions collectives ne sont pas des « normes juridiques indépendantes » en marge de la légalité étatique* »⁷.

Plusieurs critiques à l'application du principe hiérarchique ont été formulées. Reconnaisant l'autonomie totale de l'ordre socioprofessionnel, un secteur doctrinal considère au contraire que ce principe ne s'applique que dans l'ordre juridique étatique, et laisse, par conséquent, la convention collective libre de s'écarter des dispositions légales⁸. Cette interprétation demeure toutefois isolée puisque l'immense majorité de la

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 53.

Un secteur doctrinal a cependant souligné qu'un premier indice de cette supériorité peut se dégager de l'article 7 CE qui prévoit que les syndicats et associations patronales doivent respecter la loi (T. SALA FRANCO et J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « ¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva? », *RT*, 1984, n° 73, p. 233; B. BLASCO SEGURA, « La relación entre la norma estatal y el convenio colectivo », *AL*, 1993-II, p. 517).

² F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1982, p. 32.

³ Voir également art. 97 et 103.1 CE. La Constitution se réfère essentiellement à la supériorité hiérarchique de la loi sur le règlement. Les partisans de l'application du principe hiérarchique transposent alors les relations entre loi et règlement à celles entre loi et convention.

⁴ Voir supra, n° 69 s.

⁵ Dans ce sens, voir le numéro spécial de *RT*, 1984, n° 73; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 137-146. Pour le Professeur SALA, « *il n'y a aucun doute que, en accord avec le principe de hiérarchie normative, dans n'importe quel ordre juridique, la loi prime sur l'autonomie collective, établissant et modifiant le rôle de cette dernière, tout cela, dans le respect du principe d'autonomie collective reconnu dans la Constitution par des contours toujours imprécis* » (loc. cit., 1997, p. 121).

⁶ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 143. L'auteur cite la jurisprudence du TCT qui rappelle la suprématie de la loi comme « *norme émanant de la souveraineté populaire* » (STCT du 15 juin et du 26 nov. 1984). La suprématie de la loi sur la convention d'un point de vue matériel reflète, la suprématie du pouvoir législatif sur la négociation collective ou l'autonomie collective (pouvoir public *versus* pouvoir privé).

⁷ T. SALA FRANCO et J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1984, p. 223.

⁸ Ce principe s'applique fondamentalement entre la loi et le règlement (voir notamment G. GARCÍA BECEDAS, « El acuerdo Nacional sobre Empleo y cláusula de consolidación sindical », *REDT*, 1983, n°

doctrine, critique envers l'application du principe hiérarchique, reconnaît néanmoins la supériorité de la loi¹. Pour un autre secteur doctrinal, le principe de hiérarchie normative est inapplicable puisque les rapports de la loi et de la convention se centrent essentiellement au moment applicatif et non au moment de l'élaboration juridique². Un autre secteur doctrinal, considérant que la convention est par nature un contrat³, affirme qu'il ne peut être fait application du principe hiérarchique et que, comme tout contrat privé, la convention doit être soumise à la norme étatique⁴.

La jurisprudence constitutionnelle s'est largement inclinée vers la vision normativiste et applique l'article 9.3 CE. « *L'intégration des conventions collectives dans le système formel des sources du droit* »⁵ implique « *le respect par la norme négociée du droit nécessaire établi par la loi en raison de la position supérieure qu'il occupe dans la hiérarchie normative* »⁶. Pour les juges, le respect à la loi constitue la limite, la contrepartie à la force contraignante des conventions collectives⁷.

Deux aspects permettent d'illustrer cette suprématie. D'une part, les juges ont affirmé que l'entrée en vigueur de la loi conduit les négociateurs à procéder, si nécessaire, à la modification de la convention⁸. Ils ne peuvent donc pas « *prétendre à retarder la pleine efficacité de la norme légale* » puisqu'« *il n'émane ni dérive de l'article 37.1 CE, le droit supposé que ce qu'établit la convention, demeure inaltérable et soit immune à ce que prévoit la loi postérieure jusqu'au moment où la convention ne*

13, p. 79 ou « Juicio crítico de la doctrina sentada en la STS de 20 de junio de 1983 (Ar/3024) », *RT*, 1984, n° 73, p. 51).

¹ Il est, dans tous les cas, admis que la convention collective doit respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle, notamment les principes d'égalité et de non-discrimination (STC 177/1988 du 10 oct. 1988 et STC 28/1992 du 9 mars 1992 ; STC 188/1995 du 5 déc. ; STC 119/2002 du 20 mai ; STC 27/2004 du 4 mars). Pour approfondir, L.M. CAMPS RUIZ, *loc. cit.*, 2006, p. 259; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *loc. cit.*, *RL*, 1992-I, p. 58; M^a.E. CASAS BAAMONDE, *loc. cit.*, CEF, 2003, p. 362. La jurisprudence a notamment estimé qu'une clause conventionnelle qui établissait une double échelle salariale en fonction du moment d'incorporation des salariés, portait atteinte au principe d'égalité (pour approfondir, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La cuestión de la doble escala salarial: un análisis jurisprudencial », *AL*, 2007, n° 12, p. 1421).

² M. CORREA CARRASCO, *op. cit.*, 1997 (a), p. 129. Nous reviendrons plus loin sur cette idée (voir *infra*, n° 369).

³ Doté d'un effet réel (voir *supra*, n° 73).

⁴ J. LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, 2008, p. 86 pour qui la soumission de la convention à la loi dérive de « *l'assujettissement normal et naturel de l'autonomie privée aux sources du droit de travail* ».

⁵ Le TC se fonde sur le caractère de norme juridique reconnu à la convention pour la soumettre au principe de hiérarchie normative (STC 177/1988 du 10 oct. et STC 171/1989).

⁶ STC 58/1985 du 30 avril ; STC 210/1990 du 20 déc. ; Pour la jurisprudence judiciaire, STS du 9 mars 1992 et STS du 4 mai 1994. Voir également STCT du 15 juin et du 26 nov. 1984, citées par I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *op. cit.*, 1987, p. 143. Pour approfondir, voir M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *loc. cit.*, 1992, p. 56; M^a.E. CASAS BAAMONDE, *loc. cit.*, 2003, p. 357.

⁷ STC 144/1988 du 12 juill.

⁸ « *C'est la convention qui se soumet à la loi et non le contraire* » (B. BLASCO SEGURA, *loc. cit.*, p. 518; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *loc. cit.*, 1992, p. 57).

sera plus en vigueur »¹. D'autre part, le TC a validé l'établissement dans la loi de budget de limites maximales à l'augmentation des rétributions du personnel au service des administrations publiques prévues par les conventions collectives. Les négociateurs sont tenus de respecter ces limitations légales. Les juges font toutefois référence à des éléments conjoncturels tel que l'intérêt d'« *une politique de modération de l'inflation à travers de la réduction du déficit public* » pour justifier cette limitation applicable uniquement au secteur public².

351. En ce qui concerne la perspective fonctionnelle, un premier constat doit être effectué. Comme en droit français, la Constitution espagnole n'a pas attribuée à la convention collective de domaine réservé ou exclusif, tout au moins dans un sens strictement technique, ce qui exclut une répartition selon les matières³. La jurisprudence constitutionnelle se positionna dans ce sens et a estimé qu'« *il serait paradoxal qu'existe une poche de totale et absolue autonomie dans une organisation comme l'Etat qui, par définition, détermine pour des citoyens un facteur hétéronomique* »⁴.

Un deuxième élément doit être pris en compte. L'article 53.1 CE renvoie à la loi la définition et la régulation des droits et libertés énoncés au Chapitre II du Titre II de la Constitution parmi lesquels figure le droit à la négociation collective⁵. La configuration et la garantie du droit à la négociation collective reconnu constitutionnellement est donc

¹ STC 210/1990, du 20 déc. Reste à la loi de prévoir des règles transitoires ou provisoires. Voir dans le même sens, STC 62/2001

² STC 63/1986 du 21 mai ; STC 96/1990, du 24 mai ; 237/1992 du 15 déc. Pour approfondir, voir, G. BARREIRO GONZÁLEZ, « Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público », *REDT*, 1986, n° 27, p. 450; du même auteur, « De nuevo sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público », *REDT*, 1991, n° 45, p. 108; L. MELLA MÉNDEZ, « Artículo 85: contenido », in *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales, Tomo XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 2001, p. 164.

³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 126. Le Professeur BLASCO SEGURA souligne qu'« *il n'y a pas de sphère totalement autonomes en droit du travail* » (loc. cit., p. 517). Le Professeur ALARCÓN écrit qu'« *il n'existe pas un principe de distribution de matières qui devront être régulées par l'Etat et de matières qui devront ou pourront être objet d'une régulation conventionnelle* » (loc. cit., 1983, p. 48).

Pour une appréciation plus nuancée, voir A. OJEDA AVILÉS estime cependant qu'il est possible d'admettre un champ réservé à l'autonomie collective. Il s'agirait « *d'un espace, même réduit, dans lequel on reconnaît la régulation collective comme prioritaire par rapport à ce qu'établit la loi* » (« *Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley* », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 297).

⁴ STC 11/1981 du 8 avril 1981.

⁵ Notons que la Constitution attribue une place centrale à la loi dans le système des sources du droit (voir I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 111 ; M. ALONSO OLEA, op. cit., 1990, p. 68). Le TC affirme dans ce sens que « *tout peut être objet de loi* » (STC du 4 mai 1982).

une compétence législative¹. Renvoyant au législateur la tâche de déterminer les principes d'articulation des sources du droit, il est logique d'admettre la supériorité hiérarchique implicite de la loi sur la convention².

Aux termes de l'article 53.1 CE, l'étendue de la compétence légale vise la détermination des conditions d'exercice du droit à la négociation collective. Qu'entend-on alors par exercice de la négociation collective ? Se réfère-t-on à la détermination du processus de négociation (capacité, légitimation, efficacité), ou, de manière plus générale, à la détermination du contenu de la négociation et donc à d'éventuelles limitations³ ?

On peut tout d'abord observer que la CE a, dans plusieurs dispositions, attribué à la loi des fonctions normatives « *par rapport à d'autres aspects plus concrets des conditions de travail* »⁴. Néanmoins, et réside ici la différence essentielle avec le droit français, la loi ne peut restreindre exagérément la marge d'action des négociateurs⁵ et convertir la convention en un simple complément de la loi⁶. C'est le concept de contenu essentiel du droit à la négociation collective qui permet de définir les limites de l'intervention législative⁷. Comme l'affirme le Professeur OJEDA, « *si la loi s'occupe d'établir les conditions normales, la convention collective perd sa raison d'être* »⁸.

¹ Dans ce sens, l'article 37.1 CE énonce que la loi doit « *garantir* » le droit à la négociation collective.

² M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 54. Cette capacité de la loi de définir et garantir la convention collective, permet de reconnaître « *une certaine suprématie* » de la première sur la seconde (M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, « *¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva?* », RT, 1984, n° 73, p. 190 et, dans ce même numéro, J. CRUZ VILLALÓN, p. 203).

Plus sceptique sur ce raisonnement, un secteur doctrinal a souligné que l'article 53.1 CE vise fondamentalement la détermination des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Dès lors, « *ce qu'interdit l'article 53 est la régulation de ces derniers par voie réglementaire et non leur aptitude à constituer des matières de négociation collective* » (L.M. CAMPS RUIZ, loc. cit., 2006, p. 256).

³ A. OJEDA AVILÉS, loc. cit., 1998, p. 292.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 36. Citons notamment l'article 40.2 CE qui incombe les pouvoirs publics de développer la formation professionnelle, de veiller à la sécurité et l'hygiène au travail et de garantir les périodes de repos, de vacances et la limitation du temps de travail ou l'article 35 CE relatif au droit à une rémunération suffisante et à la création d'un dispositif légal régulant les relations de travail (qui sera concrétisé par l'adoption du Statut des Travailleurs).

⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 28.

⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 29. Les juges ont également affirmé qu'il est impossible d'« *assimiler les relations entre loi et convention collective à celles qu'ils instaurent entre norme délégante et norme déléguée* » (STC 58/1985 du 30 avril).

⁷ STC 11/1981 du 8 avril 1981. Selon le Professeur GARCÍA-PERROTE, « *la loi étatique doit respecter et assurer une sphère d'action, une marge substantielle d'autorégulation des relations de travail individuelles et collectives, ou un espace de développement pour la négociation collective qui garantit, dans tous les cas, la capacité effective et réelle des groupes sociaux de peser dans la configuration de ces relations* » (op. cit., 1987, p. 129).

⁸ A. OJEDA AVILÉS, loc. cit., 1998, p. 293. La négociation collective est vouée à traiter l'ensemble des questions relatives aux relations de travail (voir M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1992, p. 56 ; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 121). Pour le TC, « *le système normal de fixation [...]*

352. En définitive, il est vrai que le droit à la négociation collective et la force contraignante de la convention se fondent directement sur l'article 37.1 CE, ce qui conduit à admettre que les pouvoirs normatifs de la convention et de la loi ont la même origine constitutionnelle¹. La doctrine souligne toutefois que la reconnaissance constitutionnelle de la convention collective « *ne veut pas dire que depuis la Constitution puisse être affirmé l'indépendance, la suffisance et l'intangibilité de la convention collective par rapport à la normative étatique et encore moins sa suprématie face à elle* »². Il ressort alors que la combinaison des articles 37.1 et 53.1 CE oblige la loi « *à atteindre un équilibre difficile et délicat* » entre sa mission de configurer et réguler le droit à la négociation et celle de le garantir³. Se dessine alors une relation de complémentarité entre la loi et la convention qui ne se base pas sur une répartition des matières⁴ mais plutôt sur une action conjointe sur l'ensemble des matières relatives aux relations de travail⁵. Cette considération implique alors une limitation pour la loi mais ne remet pas en cause sa supériorité hiérarchique sur la convention.

B. La subordination de la convention à la loi en droit français

353. Le droit à la négociation collective possède incontestablement une dimension constitutionnelle de par son rattachement au principe de participation⁶. Néanmoins, contrairement au droit espagnol, il n'est pas abordé directement dans le bloc de constitutionnalité. Il est donc logique qu'aucune disposition constitutionnelle ne traite des relations entre la loi et la convention collective⁷.

du contenu de la relation de travail en général, correspond à l'autonomie des travailleurs et employeurs, à travers de l'exercice du droit à la négociation collective que proclame l'article 37.1 CE » STC 31/1984 du 7 mars. Voir également STC 208/1993; STC 151/1994; STC 62/2001; STC 119/2002.

¹ B. BLASCO SEGURA, loc. cit., p. 514. Ce qui rend difficile l'application du critère du conditionnement des normes pour fonder la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention.

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 146.

³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 128.

⁴ Qui provoquerait une rigidité peu satisfaisante (dans ce sens, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 124).

⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1992, p. 56; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 146. Le TC a affirmé que la délimitation du contenu de la négociation collective ne relevait pas de sa compétence et que « *cette tâche doit être élaboré lentement par la doctrine et la jurisprudence au regard des expériences contractuelles concrètes et des changements et vicissitudes de la légalité infraconstitutionnelle et de l'environnement économique et social* » (STC 58/1985 du 30 avril).

⁶ Voir supra, n° 27.

⁷ La convention collective doit dans tous les cas respecter et être conforme aux principes et aux règles de valeur constitutionnelle, notamment le principe d'égalité ou en matière de droit de grève (Cass. Soc. 7 juin 1995, déjà cité ; C. RADE, loc. cit., 1996, p. 37) ou de droit syndical (G. BORENFREUND, « La

L'article 34 de la Constitution Française (CF), aux termes duquel il est de la compétence de la loi de définir les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale¹, constitue cependant un élément favorable à cette supériorité. Dans ce sens, quand bien même cette disposition constitutionnelle vise essentiellement à délimiter le domaine de la loi par rapport au règlement², la doctrine a affirmé que cette compétence implique que « *formellement, la négociation collective est soumise à la loi* »³ et que « *l'autonomie des partenaires sociaux s'arrête là où commence le rôle du législateur* »⁴. Il est en effet incontestable que cette compétence légale ainsi que l'absence de reconnaissance explicite de la négociation collective comme pouvoir normatif dans la Constitution, permettent de fonder la supériorité hiérarchique de la loi selon le critère du conditionnement des normes⁵.

Cette supériorité s'illustre également par la faculté pour la loi, et non l'obligation, de renvoyer à la convention la mise en œuvre des principes qu'elle édicte⁶. Reprenant les propos du Professeur PRETOT, « *les normes d'origine étatique l'emportent sur les normes collectives dont elles déterminent à la fois l'élaboration, l'objet et la portée, celles-ci procédant de la sorte moins de l'autonomie par nature des partenaires sociaux que d'une manière de délégation implicite de la puissance publique* »⁷. Cette faculté de délégation est en définitive révélatrice de la supériorité de la loi sur la convention et symptomatique de la logique qui marque les rapports de la loi et de la convention dans la tradition du droit français qui s'organise depuis une conception verticale, dans laquelle deux blocs indépendants sont hiérarchisés⁸. Dans ce

licité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.*, 1992, p. 893 et « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. soc.*, 2001, p. 821 ; M.A. SOURIAU « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.*, 1996, p. 399.) Pour approfondir, voir C. FOURCADE, op. cit., p. 54 ; M. BONNECHERE, « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. Ouv.*, 1988, p. 172 ; G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 77.

¹ Ces principes fondamentaux ne doivent pas être confondus avec *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ou les *principes généraux du droit* dégagés par la jurisprudence ou la doctrine (voir supra, n° 29 s.).

² L'article 37 de la Constitution dispose ainsi que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

³ C. FOURCADE, op. cit., p. 52.

⁴ M. BONNECHERE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. Ouv.*, 2001, p. 415.

⁵ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 44.

⁶ Les juges constitutionnels considèrent qu'il est loisible au législateur « *de laisser aux employeurs et 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* » (DC n° 89-257 du 25 juill. 1989).

⁷ X. PRETOT, loc. cit., 1998, p. 153.

⁸ C. FOURCADE, op. cit., p. 55 ; S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 38.

cadre, admettant que « *l'autonomie collective est à la fois garantie par l'Etat et lui est soumise* »¹, il est possible d'affirmer que la convention collective est soumise à la loi.

On décèle toutefois un certain mouvement de la jurisprudence qui aboutit à adopter une autre perspective qui ne part plus de la compétence législative mais, au contraire, de la liberté contractuelle. En 2003, le Conseil Constitutionnel estima que « *le législateur ne saurait porter aux contrats, légalement conclus, une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »². Cette jurisprudence tout en reconnaissant la liberté contractuelle des négociateurs, pose en réalité une limite à l'intervention législative et ne remet certainement pas en cause la supériorité de la loi sur la convention.

354. Cette question des limites de l'intervention de la loi est connectée à la notion de principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 CF et rejoint la discussion relative à la détermination des conditions d'exercice du droit à la négociation collective et du respect du contenu essentiel abordée en droit espagnol.

Il est tout d'abord intéressant de relever que, comme en droit espagnol, la Constitution n'établit aucun domaine réservé à la négociation collective³. Néanmoins, ce silence constitutionnel, commun aux deux pays, a des conséquences particulières en France en raison de la configuration constitutionnelle du droit à la négociation. En effet,

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1972, p. 173 ; du même auteur « L'état des sources du Droit du Travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.*, 2001, p. 1031.

² DC n° 2002-465 du 13 janv. 2003; X. PRETOT, « Le Conseil Constitutionnel et les sources du droit du travail », *Dr. soc.*, 2003, p. 260.

³ M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 87.

L'attribution à la négociation d'un domaine d'action autonome et indépendant à celui du législateur représente une revendication importante des partenaires sociaux, notamment du MEDEF lors de la position commune de 2001. Trois domaines distincts sont définis : 1) Le domaine du législateur auquel incomberait la fixation des principes généraux des rapports entre employeurs et salariés ; 2) Le domaine partagé du pouvoir législatif et du réglementaire d'une part et des partenaires sociaux d'autre part. Ces derniers fixeraient les modalités concrètes d'application des principes généraux. La loi n'interviendrait alors qu'à titre subsidiaire ; 3) Le domaine des partenaires sociaux dans lequel la négociation serait une négociation d'amélioration ou de création de droits nouveaux.

Cette position commune appelle alors à une modification de la Constitution afin que celle-ci reconnaisse explicitement la négociation collective et attribue à l'autonomie collective un champ d'action propre et exempt de toute intervention étatique. La doctrine française s'est montrée extrêmement sceptique quant au partage entre l'Etat et l'autonomie collective de la capacité d'édicter des règles en matière de droit du travail en ouvrant un champ considérable à l'action des partenaires sociaux (G. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. Ouvr.* 2001, p. 1 ; M. BONNECHERE, loc. cit., 2001, p. 415).

les réticences relatives à la reconnaissance de l'autonomie collective ont permis à la loi d'occuper une place centrale parmi les sources du droit d'un point de vue quantitatif mais également qualitatif. La doctrine souligna dans ce sens que « *le domaine de la loi est immense, ses prescriptions minutieuses* »¹ et que « *la jurisprudence opte, pour l'essentiel, en faveur d'une conception étendue de la compétence de la loi* »².

Réside ici un point différenciateur important du droit français par rapport au droit espagnol qui aura de fortes répercussions quant à la configuration des lois³.

Conclusion § 1

355. En guise de conclusion, un premier point mérite d'être souligné. Alors qu'en France les organisations professionnelles et spécialement patronales, semblent lier l'essor de la négociation collective à l'existence d'un domaine réservé, le droit espagnol démontre que les limitations de la loi ne sont pas nécessairement dépendantes de l'attribution d'un domaine réservé à la négociation. Une répartition par compétence représente dans tous les cas une option peu satisfaisante.

Il convient surtout de mettre en exergue que le renvoi constitutionnel au pouvoir législatif permet d'affirmer implicitement la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention. En effet, « *il résulterait étrange que la norme étatique se situe elle-même en dessous des conventions* »⁴.

Elargissant l'angle de l'analyse, ce renvoie permet également d'expliquer l'absence de prévision constitutionnelle relative aux relations entre la loi et la convention. En effet, il s'agit d'une question complexe qui ne peut être abordée qu'au niveau légal puisque la loi est libre de s'autoconfigurer, de déterminer elle-même ses conditions d'application par rapport à la convention⁵. La doctrine espagnole affirme ainsi que « *les normes et préceptes étatiques peuvent s'autoconfigurer et s'autoattribuer des traits et caractéristiques déterminés en relation avec les conventions collectives ; traits et caractéristiques qui s'imposent aux conventions et qui devront être*

¹ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 1.

² G. BORENFREUND et M.A. SOURIAC, loc. cit., 2003, p. 77. X. PRETOT, loc. cit., 1998, p.153 pour qui « *les dispositions législatives ou réglementaires qui touchent aux relations de travail représentent une masse impressionnante, régulièrement enrichie de nouveaux textes* ».

³ Voir infra, n° 401 s.

⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 54.

⁵ La loi est ainsi « *susceptible de degrés* » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e ed., Paris, LGDJ, 1990, p. 273). Dans le même sens, N. ALIPRANTIS affirme que « *les normes juridiques n'ont pas le même rayonnement* » (op. cit., p. 43).

nécessairement respectés »¹. En d'autres termes, si la supériorité hiérarchique de la loi selon le conditionnement des normes confirme sa supériorité juridique, elle ne présume pas de sa force obligatoire qui est définie par le législateur².

Attachons-nous donc maintenant aux dispositions présentes dans les deux dispositifs qui consacrent au niveau légal la supériorité hiérarchique de la loi.

§ 2 : La supériorité de la loi définie dans le cadre légal : l'impérativité des lois

356. Il est incontestable que le contenu des conventions collectives s'est fortement diversifié au fil du temps du fait notamment des cadres légaux qui permettent aux salariés d'aborder dans la convention collective « *l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* »³ et « *les conditions de travail et de productivité* »⁴. Dans ce cadres, on peut affirmer qu'« *il n'existe pas en principe de terrain interdit aux négociateurs* »⁵.

Cette considération n'implique cependant pas un désengagement de la loi qui en raison de sa supériorité hiérarchique, demeure compétente pour réguler les conditions de travail. Deux manifestations de cette supériorité peuvent être dégagées. D'un côté, la loi impose un contenu minimum et obligatoire afin que la convention puisse être considérée comme telle et ainsi déployer les effets juridique et personnel légalement garantis⁶. D'un autre côté, les deux dispositifs reconnaissent de manière explicite

¹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 154.

² Il est ici opportun de distinguer la force juridique qui « *définit la capacité d'une norme à subordonner à son respect une autre norme du système juridique. Elle indique ainsi sa valeur juridique et constitue, à ce titre, un critère de hiérarchisation normative* » et la force obligatoire qui « *traduit les manifestations de cette force juridique, autrement dit sa portée. Elle indique à l'auteur de la norme hiérarchiquement inférieure le comportement qu'il doit adopter à l'égard de la norme supérieure* » (voir F. BOCQUILLON, « *Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail)* », in *Droit social-droit comparé*, PU de Strasbourg, 2003, p. 36).

³ Art. L. 2221-1 CT.

⁴ Art. 82.2 ET. Aux termes de l'article 85.1 ET, les conventions peuvent aborder des matières « *de nature économique, relatives au travail, syndicale et, en general de toutes les autres matières qui affectent les conditions d'emploi ...* »

⁵ G. LYON-CAEN, « *Négociation collective et législation d'ordre public* », *Dr. soc.*, 1973, p. 90.

⁶ Les dispositifs légaux ont adopté des techniques normatives distinctes. En effet, en Espagne, l'article 85.3 ET dans sa rédaction issue de la réforme de 2012, fixe cinq aspects que la convention collective doit expressément aborder : a) la délimitation des parties à la convention (voir supra) ; b) le champ d'application personnel, fonctionnel, territorial et temporel de la convention (voir infra, n° 569) ; c) les procédures permettant de résoudre les désaccords qui peuvent surgir lors de la procédure de non-application la convention collective dans les entreprises prévue à l'article 82.3 ET (voir infra, n° 777 s.) ; d) les conditions encadrant la dénonciation de la convention (voir infra, n° 578 s.) ; e) la désignation d'une commission paritaire ainsi que les règles de son fonctionnement (voir infra, n° 778). Pour un panorama général et concis de l'évolution de l'article 85.3 ET, voir S. GONZÁLEZ ORTEGA, « *La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* », *TL*, 2012, n°

l'impérativité de la loi sur la convention collective qui ne peut dès lors déroger à ces dispositions légales.

357. Les rapports entre la loi et les contrats de droit commun sont régulés, en France, à l'article 6 du Code civil qui énonce qu' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Le droit espagnol part de la même prémisse. Le Code Civil, en son article 6.2, prévoit que « *l'exclusion volontaire de la loi applicable et la renonciation aux droit qu'elle reconnaît seront valides uniquement si elles ne contredisent pas l'intérêt ou l'ordre public ni ne portent pas préjudice aux tiers* »¹.

En droit du travail et depuis la perspective comparée qui est la nôtre, il importe de prendre en considération deux aspects. Premièrement, la terminologie employée varie selon le dispositif considéré. En effet, alors que le droit français continue de se référer à la notion d'ordre public, le droit espagnol n'évoque plus cette notion et parle de droit nécessaire. Nous verrons que cette différence terminologique est révélatrice d'une différence de fond que nous avons déjà abordée. Deuxièmement, en raison de la spécificité du droit du travail, les notions de droit nécessaire et d'ordre public connaissent différentes modalités d'impérativité. Nous aborderons ici la modalité qui constitue le paradigme de la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention : l'ordre public absolu ou le droit nécessaire absolu.

115, p. 117. Voir également, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 53.

En France, aucun texte général, similaire à l'article 85.3 ET, n'est prévu. On retrouve néanmoins, de manière indirecte, certaines de ces exigences dans plusieurs dispositions (art. L.2231-1 CT relatif aux parties à la convention ; art. L.2222-1 CT relatif à la détermination du champ d'application de la convention ; art. L.2222-6 CT relatif à la dénonciation). Contrairement au droit espagnol, les conventions collectives n'ont donc pas à prévoir de dispositions spécifiques relatives à la non-application du régime salarial et seules les conventions interprofessionnelles et de branche doivent prévoir la création d'une commission paritaire (respectivement art. L. 2232-4 CT et L. 2232-9 CT). Elles doivent, en revanche, prévoir les modalités de leur renouvellement ou de leur révision (art. L.2222-5 CT. Sans approfondir ici cette question, soulignons que l'exigence de prévoir la procédure de révision est directement connectée à la pratique française qui consiste, contrairement au système espagnol, à conclure des conventions de durée indéterminée qui sont régulièrement révisées, voir infra, n° 621 Partie II). Enfin, les conventions collectives de branche susceptibles d'extension doivent comporter plusieurs clauses obligatoires (art. L.2261-22 CT, voir supra, n° 87 s.).

¹ I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), *Comentario del Código Civil*, 2° ed., Vol. I, Barcelona, Bosch, 2006, p. 112.

Afin d'aborder ces questions, nous traiterons des dispositions légales qui consacrent la supériorité de la loi sur la convention en droit espagnol et en droit français successivement.

A. La soumission de la convention aux dispositions légales de droit nécessaire en Espagne

358. L'ensemble de la doctrine espagnole reconnaît la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention collective. Deux dispositions sont fréquemment avancées pour la fonder : l'article 85.1 ET et l'article 3 ET¹.

Néanmoins, alors que l'article 85.1 ET relatif au contenu des conventions collectives constitue, sans nul doute le précepte légal fondant cette suprématie, la doctrine se montre divisée quant la portée et au sens de l'article 3 ET. Dans son premier paragraphe, il procède à l'énumération des « *sources de la relation de travail* » en distinguant : a) les dispositions légales et réglementaires de l'Etat ; b) les conventions collectives ; c) la volonté des parties manifestée dans le contrat de travail ; d) les usages et les coutumes locales et professionnelles. Un secteur doctrinal estime que cette disposition permet une hiérarchisation de ces sources en référence au principe de hiérarchie normative établi par l'article 9.3 CE². De nombreuses décisions judiciaires suivent la même position³. La controverse centrale se réfère ainsi à l'interprétation de l'article 3.3 ET. Nous considérons cependant que ce précepte renvoie à d'autres problématiques qui feront l'objet de développements ultérieurs⁴.

359. Abordons donc ici de manière approfondie l'article 85.1 ET qui prévoit que le contenu des conventions collectives doit être élaboré « *dans le respect des lois* ». Apparaît indubitablement le principe de la supériorité hiérarchique de la loi sur les conventions. La jurisprudence constitutionnelle a confirmé cette interprétation énonçant « *le respect par la norme négociée du droit nécessaire établi par la loi en raison de la*

¹ Notons également que l'article 90.5 ET confirme cette supériorité prévoyant les recours judiciaires des conventions contraires à la loi.

² T. SALA FRANCO, « Comentarios al art. 82 », in *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, AA.VV.*, Madrid, Edersa, 1981, p. 555; M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 234, pour qui cette énumération ordonnée reconnaît de manière implicite la soumission de la convention à la loi.

³ STCT du 16 déc. 1983, du 16 janv. 1984 et du 31 janv. 1984.

⁴ Voir infra, n° 369.

position supérieure qu'il occupe dans la hiérarchie normative »¹. Les juges du TS ont quant à eux déclaré que « *la position supérieure qu'occupe la loi dans la hiérarchie normative implique la soumission obligée de la norme pactée au droit nécessaire consacré par la loi* »².

Se dégage alors de cette jurisprudence que l'obligation de la convention de respecter les dispositions légales n'est pas générale mais se trouve circonscrite aux dispositions légales de droit nécessaire³ qui déploient ainsi un caractère impératif. Reprenant les propos du Professeur SALA, la convention « *devra respecter ce que ces lois auront d'impératifs* »⁴.

360. La manifestation la plus intense de cette soumission apparaît à travers de l'existence de normes de droit nécessaire absolu qui conduisent à exclure l'intervention de l'autonomie collective⁵. Les normes de droit nécessaire absolu s'imposent à leurs destinataires et établissent une conduite ou solution unique qui ne peut être modifiée par l'autonomie collective. Les juges considèrent ainsi que la position de supériorité de la loi lui permet « *de se réserver, de forme exceptionnelle, certaines matières qui sont par conséquent exclues de la négociation collective* »⁶.

La notion de droit nécessaire est toutefois un « *concept juridique indéterminé dont la concrétisation correspond à la doctrine et particulièrement à la jurisprudence* » et « *constitue une notion dynamique et changeante* »⁷. Dans ce cadre, les matières ou dispositions dotées d'une impérativité absolue échappent à toute possibilité de catalogage a priori. En effet, en dehors de quelques hypothèses dans lesquelles le caractère absolu ressort clairement de la disposition légale, il appartient aux juges de le

¹ STC 58/1985 du 30 avril.

² Dans le même sens, « *le système des sources juridiques du droit du travail reconnaît le droit à la négociation collective comme un droit de configuration légale dans lequel la convention collective possède une force contraignante dans le respect des lois, conformément à ce qu'établit l'article 85.1 ET* » STS du 24 fév. 1992, Ar/1052.

³ Dans ce sens, voir notamment STS du 4 mai 1994, Ar/7725.

⁴ T. SALA FRANCO, « Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 123.

⁵ On parle alors de relation d'exclusion entre la loi et la convention (voir I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 152; T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, « Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate », in *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva, El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores, Dir. T. SALA FRANCO*, Madrid, MTAS, 2001, p. 15; M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1998, p. 27; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 43).

⁶ STC 58/1985 du 30 avril 1985. Reprenant les propos du TS, « *la primauté de la loi doit être maintenue dans ces extrêmes qui ont un caractère indérogable, inaltérable et indisponible* » (STS du 4 mai 1994, Ar/7725).

⁷ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 163.

délimiter¹. Ils procèdent alors à une appréciation des normes légales au gré de l'évolution de la négociation collective².

Tentons toutefois de distinguer plusieurs blocs de matières. Tout d'abord, un ensemble de matières relatives à des objets étrangers aux relations de travail peut être dégagé. Il s'agit de règles en matières procédurales³ ou administratives⁴. Ensuite, un corps de matières qui présentent «*une claire connexion avec les préceptes constitutionnels*», peut être distingué⁵. Il s'agit ici de garantir certains principes du droit comme le respect du principe d'égalité et de non-discrimination⁶, du droit à la vie, à l'intégrité physique et à la santé⁷ ou du devoir constitutionnel de contribuer à l'appui des charges publiques selon sa capacité économique⁸. Enfin, les conventions ne peuvent traiter de matières qui affectent des tiers⁹, qui se rapportent aux «*structures institutionnelles*» du droit du travail¹⁰ ou qui modifient le système de sécurité sociale¹¹.

En toile de fond, deux aspects irriguent le droit nécessaire absolu: l'existence d'un intérêt général «*qui doit prévaloir sur l'intérêt collectif des travailleurs et employeurs*»¹² et la présence d'autres droits constitutionnellement protégés qui fondent ces limitations¹³.

En raison de la conception espagnole de la négociation collective, le champ d'action de ce type de normes devrait être réduit¹⁴. Néanmoins un secteur doctrinal a souligné que la majeure partie des normes statutaires présente ce caractère¹⁵. En réalité, il est opportun de distinguer la question de la détermination des conditions de travail de

¹ Pour approfondir, voir A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 43, qui distingue trois critères permettant d'identifier les normes de droit nécessaire absolu : selon l'intérêt poursuivi par la norme (voir infra), selon la formulation technique et selon le type de relations avec la convention collective.

² Le TC admet ainsi qu'en raison de sa supériorité hiérarchique, la loi «*peut autoriser la négociation collective à réguler une matière qui antérieurement lui était exclue*» (STC 20 avril 1985).

³ STC 201/1992 du 19 nov. 1992, STC 135/1996 du 23 juill. 1996.

⁴ STC 187/1994 du 20 juin 1994.

⁵ L.M. CAMPS RUIZ, loc. cit., 2006, p. 281.

⁶ Les dispositions des articles 4.2.c) et 17.1 ET développent ainsi le principe de l'article 14 CE.

⁷ Voir les articles 6 et 35.6 ET reprenant les principes constitutionnelles énoncés aux articles 15, 20.4, 39.4 et 43 CE.

⁸ L'article 26.4 ET développe ainsi le principe de l'article 31 CE.

⁹ Voir par exemple article 32 ET ; STS du 21 juin 1994, Ar/5465.

¹⁰ M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1151 (reprenant la formulation du Professeur DESPAX). Citons par exemple, pour ce qui nous intéresse, les règles relatives au processus de négociation et conclusion des conventions collectives (Titre III de l'ET).

¹¹ A titre d'exemple, l'article 26.4 ET prévoit la nullité de «*tout pacte contraire*» à la prohibition de prise en charge patronale des charges fiscales et de sécurité sociale du travailleur.

¹² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 39.

¹³ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 51.

¹⁴ En effet, ces normes supposent une limitation de l'exercice de l'autonomie collective et du droit à la négociation collective entendu comme liberté face à l'Etat.

¹⁵ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1998, p. 27; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 94.

celles de la réglementation du système des relations de travail. Dans ce sens, de manière basique, il est possible de considérer que la part des préceptes statutaires de droit nécessaire absolu est limitée lorsqu'il s'agit de la détermination des conditions de travail qui demeure une matière dans laquelle la convention collective joue un rôle fondamental.

B. La loi d'ordre public en droit français

361. Aux termes de l'article L. 2251-1 *in fine* CT (anc. art. L. 132-4), les conventions et accords collectifs « [...] *ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public* » des lois et règlements¹. Nous verrons plus loin que cet article comporte une disposition supplémentaire qui est l'exception constitutive du droit du travail. Néanmoins, nous considérons, comme le Professeur DESPAX, que « *le principe est bien que la convention collective ne peut déroger aux dispositions légales d'ordre public* » ce qui justifie donc son traitement en premier lieu². Cet article consacre indubitablement, au niveau légal, la supériorité de la loi sur la convention³ qui « *n'a rien que de très normal. Tout ordre juridique découle directement ou indirectement de l'Etat* »⁴. Il permet ainsi de confirmer la supériorité de la loi dans la hiérarchie selon le critère de la force juridique des normes⁵.

Les termes de « déroger » et « d'ordre public » retiennent alors particulièrement l'attention. Le terme « déroger » a suscité de vives discussions doctrinales qui dépassent

¹ On retrouve alors l'esprit de l'article 6 CC. Reprenant les propos du Professeur G. LYON-CAEN, entre ces deux règles, « *il y a une certaine similitude de termes et une probable filiation conceptuelle* » (loc. cit., 1973, p. 89).

² Un autre secteur doctrinal adopte un prisme totalement opposé en reconnaissant l'autonomie collective et en retenant une vision pluraliste du droit, et considère l'autonomie collective comme la règle et l'ordre public comme l'exception (G. LYON-CAEN, loc. cit., 1973, p. 89).

³ Dès lors, la jurisprudence a très tôt affirmé qu'« *il est de principe que les conventions collectives conclues en application [d'une loi ancienne] doivent être considérées comme demeurées en vigueur lorsqu'elles n'ont pas été dénoncées et ne sont pas venues à expiration, sauf quant aux dispositions qui seraient contraires aux textes législatifs ou réglementaires intervenus depuis la signature de la convention* » (Cour d'Aix en Provence, 7 mars 1960, *Dr. ouv.* 1960, p. 321, citée par M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 320).

⁴ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 83.

⁵ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 45.

le cadre de ce développement¹. Attachons-nous ici au sens de la notion d' « ordre public » qui fonde la soumission de la convention à la loi².

Pour la doctrine civiliste, les lois d'ordre public sont des lois impératives³ qui possèdent une force juridique « *plus rigoureuse. Ceux qui se trouvent placés dans la situation qu'elle régit ne peuvent en écarter l'application* »⁴. Transposée en droit du travail, cette définition signifie que la convention ne peut écarter ou modifier les dispositions légales ou réglementaires.

362. « *La législation du travail est toute entière « baignée » par la notion d'ordre public qui reçoit une « coloration » particulière* »⁵ sur laquelle nous reviendrons plus loin. Ce qui nous intéresse ici est d'aborder le paradigme de la supériorité de la loi qui peut de manière radicale écarter toute intervention de la négociation collective dans certaines matières⁶. On parle, alors, d'ordre public « absolu » (OPA), ou « intangible » qui empêche toute dérogation, même en faveur des salariés⁷. La loi s'attribue la compétence exclusive en la matière et prévoit une régulation complète d'application directe⁸. Une controverse doctrinale est apparue quant au fondement textuel de cet ordre public absolu. Pour un courant doctrinal, il se fonde directement sur l'article 2251-1 *in fine* CT⁹. Au contraire, un auteur estime qu'aucune disposition ne permet de fonder l'OPA qui doit être par conséquent recherché par une démarche inductive, disposition par disposition¹⁰.

¹ Nous y reviendrons lorsque nous aborderons les accords dits dérogatoires (voir infra, n° 378). Considérons pour l'instant que le verbe déroger signifie qu'une convention peut écarter la loi et appliquer ses propres dispositions par nature distincts. Si la convention peut déroger à la loi, elle peut donc la modifier.

² M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 83. Sur la notion d'ordre public, F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2007.

³ J. CARBONNIER, *Droit Civil, Introduction*, Paris, PUF, 1994, p. 195, pour qui « *l'ordre public est le domaine des lois impératives, sa caractéristique principale est de s'imposer, sans dérogation possible* »

⁴ J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., p. 274 ; M. BONNECHERE, loc. cit., 1988, p. 172. Cependant, déjà en droit civil, « *on a contesté que toutes les lois impératives soient des lois d'ordre public* » (J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., p. 274).

⁵ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 83.

⁶ « *La loi se reconnaît compétence exclusive, proférant en quelque sorte des interdictions de négocier* » (voir G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 79).

⁷ T. REVET, « *L'ordre public dans les relations de travail* », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 46. Le Professeur DESPAX parle également des « *structures institutionnelles* » du droit du travail (op. cit. 1989, p. 87, 97).

⁸ C. FOURCADE, op. cit., n° 49 ; M.L MORIN, op. cit., p. 596.

⁹ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 83. Contre G. LYON-CAEN, loc. cit., 1973, p. 101, pour qui cet article se réfère uniquement au caractère impératif des lois, sans préjudice de leur amélioration.

¹⁰ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 177.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a repris cette notion d'OPA¹. On retrouvait toutefois la même idée dans le célèbre avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973. Celui-ci a de plus procédé à la définition de son domaine d'application². La convention ne peut déroger ni aux dispositions « *qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles de droit interne- ou les 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* »³.

A partir de cet avis, la doctrine a systématisé plusieurs matières. On peut citer notamment la compétence des agents publics⁴ et des juridictions⁵ et la détermination des incriminations pénales⁶, ou, de manière spécifique sur le plan économique, l'interdiction générale des clauses d'indexation fondées sur le SMIC ou sur le niveau général des prix⁷. Les contours de l'OPA sont plus diffus et mouvants lorsqu'il s'agit d'aborder la marge d'intervention des négociateurs en ce qui concerne les représentations du personnel⁸. Cette considération permet de souligner que le domaine de l'OPA reste fortement dépendant des juges ce qui le convertit, comme en droit espagnol, en une notion dynamique et vivante⁹.

¹ Cass. Soc. 8 nov. 1994, *Dr. soc.*, 1995, p. 68, obs. M. COHEN, relatif à la durée du mandat des délégués du personnel et l'impossibilité pour une convention de maintenir la durée d'un an.

² F. GAUDU, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, p. 367.

³ Cons. Etat 22 mars 1973, *Dr. soc.*, 1973, p. 514.

⁴ Une convention ne pourra donc prévoir, même si cela résulte plus favorable pour le salarié, la validité d'une procédure de licenciement à une autorisation administrative en dehors des cas où celle-ci est exigée par la loi. Les partenaires sociaux peuvent cependant limiter à des causes qu'ils définissent, sans recourir à l'intervention administrative, le pouvoir de licencier de l'employeur, Cass. Soc. 3 fév. 1993, *Bull. civ.* V, n° 33.

⁵ Une convention ne pourra également pas prévoir la renonciation des salariés à leur droit de saisir le Conseil des prud'hommes lors d'un conflit individuel de travail; Cass. Ass. Plén. 6 fév. 1976, déjà cité.

⁶ Certaines règles ne peuvent être définies que par l'Etat en raison de son pouvoir régalien correspondant à l'organisation générale du système juridique. Une convention ne peut établir des sanctions pénales en cas de violation d'une règle conventionnelle étant donné que l'autorité publique a le monopole des incriminations pénales. Voir P. CHAUVEL, « Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénal du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 684.

⁷ Cass. Soc. 8 avril 1976, *Dr. soc.*, 1977, p. 485, note J. SAVATIER ; Cass. Soc. 29 janv. 1983, *Dr. Soc.* 1983, p. 321, note J. SAVATIER.

⁸ Notons une évolution de la jurisprudence qui se montre plus libérale et qui a peu à peu ouvert ce domaine aux négociateurs (voir pour approfondir, G. BORENFREUND, loc. cit., 1992, p. 893 ; M.A. SOURIAU, loc. cit., 1996, p. 396). L'OPA vise ici à assurer le respect des principes du droit électoral et se réfère aux « nombreux textes particuliers par lesquels le législateur habilite ou non, point par point, les partenaires sociaux à négocier » (G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 79). Citons par exemple que la durée du mandat de la représentation du personnel est d'ordre public absolu, Cass. Soc. 19 oct. 1994, déjà cité.

⁹ La doctrine évoque ainsi le « flux et reflux de l'ordre public absolu » (M.A. SOURIAU, loc. cit., 1996, p. 396).

En définitive, reprenant les propos du Professeur GAUDU, l'ordre public absolu « traduirait des impératifs d'intérêt général qui dépasseraient ceux de la protection des salariés »¹. Il importe toutefois de souligner que la particularité du droit du travail s'apprécie par rapport au champ d'application réduit de l'OPA², dès lors qu'il s'agit de la détermination des conditions de travail.

363. En guise de conclusion, il convient de retenir que l'ordre public absolu ou le droit nécessaire absolu démontre, sans nul doute, la soumission de la convention collective à la loi. Dans les deux droits, son cadre d'application se trouve néanmoins réduit lorsqu'il s'agit de la détermination des conditions de travail. En effet, dans ce domaine, la convention collective peut, par principe, intervenir afin d'améliorer les dispositions légales. On parle alors d'impérativité relative de ces dispositions. Cette impérativité relative représente la notion caractéristique et consubstantielle au droit du travail et, particulièrement, aux relations entre la loi et la convention collective.

SECTION II : L'originalité du droit du travail : l'impérativité relative

364. La capacité d'autoconfiguration de la loi implique que, « dans tous les cas, c'est la norme étatique qui établit et signale la compétence et les facultés dérogatoires ou non de la convention et le sens de celles-ci (plus favorables ou non) par rapport à la norme étatique »³.

Les dispositifs légaux espagnol et français prévoient, dans ce sens, un mécanisme particulier qui donne substance au droit du travail : les dispositions conventionnelles peuvent déroger aux dispositions légales et réglementaires dès lors que la modification qui en découle s'avère plus favorable pour les salariés. Dans la lignée des développements antérieurs, soulignons que le droit français parle d'« ordre public social » (OPS)⁴ et le droit espagnol de « minimum de droit nécessaire » (MDN)⁵. En

¹ F. GAUDU, loc. cit., 2001, p. 368.

² T. REVET, loc. cit., p. 50.

³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 154.

⁴ La notion d'OPS est apparue doctrinalement à la fin des années 50 (F. GAUDU, loc. cit., 2001, p. 366). L'OPS a constitué le premier pan d'une catégorie plus générale, dénommée, ordre public de protection (pour approfondir, voir G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1978, p. 95).

⁵ L'option du droit espagnol de ne pas recourir à la notion d'ordre public s'avère pertinente. La doctrine espagnole souligne dans ce sens que l'utilisation de l'expression « d'ordre public social » produit une perturbation étant donné que l'ordre public se rapporte uniquement à « la notion d'intérêt général de l'intérêt protégé ce qui empêche sa segmentation » (M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p.

marge de cette différence terminologique, ces deux notions sont équivalentes. Elles fondent le caractère relatif puisqu'une dérogation est admise¹, et unilatéral, car la dérogation ne vise que les salariés, de l'impérativité de la loi en droit du travail². Ce mécanisme s'oriente incontestablement vers le progrès social³.

365. Une divergence apparaît cependant entre les deux dispositifs légaux. En effet, alors que le droit français prévoit explicitement cette règle lors de l'élaboration de la norme conventionnelle, le droit espagnol reste à ce moment plus neutre et n'évoque ce mécanisme qu'au moment applicatif. Cette divergence permettra de mettre en exergue que la question de l'impérativité relative oblige à se déplacer au moment applicatif. Nous y reviendrons en détail plus loin dans le travail. Cependant, il conviendra ici de démontrer que, dans les deux pays, l'impérativité relative s'inscrit dans une perspective plus globale qui renvoie au dénommé principe de faveur⁴ et qui conduit à revenir sur la question du rôle et de la place de la loi.

58). Il n'empêche qu'une passerelle entre la notion d'ordre public et celle de droit nécessaire peut être construite : « l'impérativité d'une norme du travail, absolue ou relative, s'établit pour des raisons d'ordre public, c'est-à-dire, en défense des intérêts généraux de la communauté, sauf que, dans certains cas, les intérêts généraux coïncident avec les intérêts patronaux (cas des normes maximums), dans d'autres, avec les intérêts des travailleurs (cas des normes minimales) et dans d'autres avec ceux de tous les citoyens (normes de droit nécessaire absolu) » (T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 14).

¹ Le Professeur G. LYON-CAEN parlait dans ce sens « d'indéroabilité relative » des lois (loc. cit., 1973, p. 90).

² M. BONNECHERE, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouv.*, 2008, p. 11.

³ M.L. MORIN, loc. cit., 1998, p. 425. Le Professeur DESPAX avait antérieurement affirmé que la l'amélioration par la convention des dispositions légales permet d'affirmer que « loin de s'opposer ces sources distinctes, droit étatique et droit conventionnel, concourent toutes deux à la réalisation du progrès social » (op. cit., 1989, p. 3). Pour F. GAUDU, « l'ordre public social désigne [...] une option métajuridique sur les caractères essentiels du droit du travail – étant tourné vers le progrès social, le droit du travail n'admettrait d'évolution que dans un sens favorable aux salariés » (loc. cit., 2001, p. 367).

⁴ La doctrine française érige le principe de faveur en « âme du droit du travail » (Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 243. Pour l'auteur, le principe du plus favorable représente « la finalité historique de protection » du droit du travail. En Espagne, le Professeur PALOMEQUE écrit que « l'expression « principe de faveur » [...] renvoie à la fonction essentielle que remplit l'ordre juridique du travail et qui se manifeste par un traitement normatif inégalitaire des sujets de la relation de travail salarié au bénéficiaire du travailleur » (« El principio de favor en el Derecho del Trabajo », in *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LOPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 17).

Ce principe n'a pas été proclamé aux mêmes périodes. En Espagne, les tribunaux y font référence dès le milieu des années 60 (STS du 30 juin 1966 Ar/3636 et STS du 29 sept. 1966, Ar/3916). En France, c'est au début des années 90 que la doctrine, suivie de la jurisprudence, dégage ce principe.

366. La faculté pour une convention collective d'élaborer des dispositions qui s'avèrent plus favorables pour les salariés que les dispositions prévues dans les textes légaux a incontestablement permis l'essor de la négociation collective et le renforcement de la perspective collective des relations de travail.

Il demeure alors intéressant de noter que ce mécanisme trouve en France un fondement légal explicite alors qu'en Espagne, il n'est envisagé qu'indirectement dans une disposition relative aux règles de conflits au moment applicatif.

A. L'article L. 2251-1 *in fine* CT

367. L'article L. 2251-1 *in fine* CT (anc. art. L. 132-4) prévoit, comme nous l'avons abordé antérieurement, que les conventions ne peuvent déroger aux lois et règlements. Il énonce cependant dans un premier temps que « *la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur [...]* ».

Reprenant les propos du Professeur G. LYON-CAEN, cet article « *célèbre mais complexe* », permet d'affirmer que « *si l'article 6 du Code Civil convient encore pour guider le juriste en matière de contrat individuel, ce n'est plus vrai en matière de convention collective* »¹. En effet, en droit du travail, la notion d'OPS qui se dégage de cet article, implique que la convention collective puisse déroger à la norme légale impérative lorsque cette dérogation est synonyme d'amélioration pour les salariés². Dès lors, « *les lois impératives dans lesquelles il se concrétise, constituent en règle générale au profit des salariés un minimum intangible auquel la négociation peut ajouter sans retrancher* »³. L'OPS implique en définitive « *une dérogation « par le haut »* »¹

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1985, p. 806.

² Dans ce sens un auteur écrit que « *la protection n'étant pas contrariée par les dispositions conventionnelles [...] plus favorables aux salariés que les normes favorables supérieures, les raisons d'interdire la dérogation disparaissent* » (T. REVET, loc. cit., p. 45). En effet, « *la dérogabilité est toujours possible mais dans le sens de l'amélioration de la condition des travailleurs* » (G. LYON-CAEN, loc. cit. 1973, p. 90). Formulé autrement, « *dans le système juridique français, l'article L. 132-4 CT « déroge » à l'article 6 du Code Civil, en indiquant un sens précis : « la dérogation de l'accord collectif à la loi doit être favorable au salarié »* (M. BONNECHERE, loc. cit., 2008, p. 13) .

³ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 84. Pour la Professeure BONNECHERE, la fonction de l'OPS est de convertir la loi en « *minimum commun* » des salariés (loc. cit., 2001, p. 419). D'autres auteurs parlent de la loi comme une « *norme plancher* » (G. BORENFREUND et M.A. SOURIAC, loc. cit., 2003, p. 72).

Dans le même sens, le Conseil d'Etat dans son important avis de 1973 affirme qu' « *il résulte des termes mêmes de l'article L.132-4 [nouvel art. 2251-1 CT] que, conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle* »².

368. La possibilité de déroger *in melius* constitue-t-elle alors une atteinte à la hiérarchie des sources permettant à la convention d'écarter la loi applicable ? Formulé autrement, l'amélioration d'une norme légale constitue-t-elle une dérogation ?

Un courant doctrinal évoque une « *déformation* » de la notion d'OP puisque la disposition conventionnelle qui s'écarte de la norme légale n'est pas sanctionnée³. Au sens strict, il est vrai que la dérogation existe dès lors que l'accord dispose autrement que la loi⁴. Néanmoins, la majorité de la doctrine considère que l'OPS ne porte pas atteinte à la hiérarchie des sources⁵. Deux arguments ont été avancés. Pour certains auteurs, l'impérativité de la loi est préservée, l'amélioration ne suppose pas de dérogation puisque le minimum du précepte légal est nécessairement rempli étant amélioré⁶. Pour d'autres auteurs, la supériorité de la loi est préservée puisque c'est la loi elle-même qui prévoit et autorise cette dérogation *in melius*¹.

¹ H. TISSANDIER, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 111.

² Ceil Etat 22 mars 1973, *Dr. soc.*, 1973, p. 514. Voir également Cons. Etat, 8 juill. 1994, *RJS*, 12/94, n° 1386 ; Cons. Etat 21 juill. 2001, *RJS*, 1/02, n° 107, note F. BOCQUILLON, p. 9 et *Dr. ouv.*, 2002, p. 211, note F. SARAMITO et A. de SENGA.

³ G. COUTURIER, loc. cit., 1978, p. 113 ; C. FOURCADE, op. cit., p. 58, parle de « *bouleversement de la hiérarchie « traditionnelle* » ».

⁴ Selon le droit commun, la dérogation vise « *l'opération juridique consistant, pour les sujets de droit, à mettre valablement à l'écart une règle normalement applicable en lui substituant une réglementation individuelle différente* » (C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, LGDJ, 2004, p. 254). Voir également H. TISSANDIER, loc. cit., 2005, p. 111 ; F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, Thèse, Strasbourg, 1999.

⁵ La doctrine a pertinemment souligné que la formule de l'article L. 2251-1 CT « *inaugure un fort discutable usage du verbe « déroger* » » (A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.*, 1999, p. 119). Nous verrons que ce terme est également utilisé lorsque la loi envisage les relations entre conventions collectives (voir infra, n° 694).

⁶ M. POIRIER, « La clause dérogatoire in pejus », *Dr. soc.*, 1995, p.894 ; H. TISSANDIER, loc. cit., 2005, p. 111. Dans ce sens, une auteure affirme qu' « *un accord plus favorable ne déroge pas au minimum d'ordre public, il le respecte. [...] Dans tous les cas la règle d'ordre public s'applique* » (M.L. MORIN, loc. cit., 1998, p. 423). L'ordre public social représente alors « *un plancher, un minimum, auquel les*

Comme l'ont souligné deux auteurs, cette controverse correspond en définitive à une « affaire de regard doctrinal et de fidélité plus ou moins prononcée à la conception classique de l'ordre public, inscrite à l'article 6 du Code civil »². Considérons que l'OPS est, d'une part, un mécanisme d'intégration de la norme conventionnelle dans l'ordre juridique étatique³ et, d'autre part, un mécanisme de hiérarchisation⁴, plus précisément un aménagement des critères de hiérarchisation aboutissant à une « une hiérarchie des dispositions applicables non en fonction de leur nature, mais de leur teneur »⁵. Notons dans tous les cas que le droit français envisage explicitement le mécanisme de l'OPS au moment de l'élaboration de la convention ce qui le distingue du dispositif espagnol.

B. Les minimums de droit nécessaire évoqués à l'article 3.3 ET

369. Lorsqu'il s'agit de fonder la capacité des négociateurs de conclure des conventions dont les dispositions améliorent le contenu de la loi, la majorité de la doctrine se réfère à l'article 3.3 ET, aux termes duquel « *les conflits qui se produisent entre les préceptes de deux ou plusieurs normes du travail, étatiques comme négociées, qui devront respecter dans tous les cas les minimums de droit nécessaire, seront résolus à travers de l'application du plus favorable pour le travailleur...* ».

La doctrine a très tôt admis que l'article 3.3 ET, « *par une très mauvaise technique normative* »⁶, évoque deux mécanismes : la norme minimale et la norme plus favorable. Ces derniers intègrent la catégorie plus générales des principes d'application du droit du travail⁷ et constituent des manifestations du dénommé principe de faveur⁸.

volontés privées ne peuvent déroger. Lorsque le contrat ou la convention collective prévoient plus que ce plancher, il n'y a donc pas la moindre dérogation à l'ordre public » (F. GAUDU, loc. cit., 2001, p. 367).

¹ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 45.

² G. BORENFREUND et M.A. SOURIAC, loc. cit., 2003, p. 73

³ M.L. MORIN op. cit., p. 601.

⁴ A. SUPIOT, op. cit., 2007, p. 30; N. ALIPRANTIS estime qu'il s'agit « *d'un principe d'attribution de pouvoir (une règle de compétence) [...accordant] le pouvoir à la « norme » chaque fois inférieure d'aller au-delà de la norme supérieure, c'est-à-dire d'améliorer la situation des salariés* » (« Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *Revue internationale de droit comparé*, 1987-1, p. 33).

⁵ M. BONNECHERE, loc. cit., 2001, p. 419.

⁶ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 235.

⁷ M^e.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2003, p. 340. Comme en droit français, la relation entre principes et règles légale alimente un débat doctrinal sur leur qualification.

⁸ La règle contenue dans l'article 3.3 ET est « *déterminée depuis le point de vue des intérêts des travailleurs et non des employeurs. De cette façon, le « principe de norme minimale » n'est autre qu'une manifestation concrète du principe général – et constitutif du droit du travail- pro operario* » (M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 237. Par rapport au principe « pro operario », du même

370. Cependant, alors que le moment d'application du principe de la norme plus favorable est explicite¹, celui de la norme minimale fait l'objet d'une controverse doctrinale. Un secteur doctrinal estime que cette disposition établit « avec une certaine clarté, la primauté et la supériorité hiérarchique des normes étatiques sur la convention collective »². Dans ce sens, « le principe de la norme minimale n'est en somme qu'une manifestation du principe de hiérarchie : les normes inférieures (et les contrats) doivent respecter les minimums établis par les normes impératives de rang supérieur »³. Dès lors, il est possible d'admettre que cette règle se situe dans le champ de la production normative. Incontestablement, la faculté de la loi de définir cette distribution de compétence implique, il est vrai, la supériorité hiérarchique entre la loi et la convention⁴.

Néanmoins, comme le démontre son intitulé l'article 3.3 ET a vocation à résoudre « les conflits entre les préceptes de deux ou plusieurs normes de travail », c'est-à-dire les cas de « concurrence normative conflictuelle »⁵. Par conséquent, il convient d'admettre qu'il s'applique uniquement lors du moment de l'application de la convention⁶. Ce principe de la norme minimale doit être mis en relation avec la notion de droit nécessaire qui, comme nous l'avons vu antérieurement, renvoie aux normes légales qui présentent un caractère impératif. Plus particulièrement, ce principe met en œuvre une catégorie spécifique de droit nécessaire qualifié de « minimums de droit nécessaire ». Les normes qui présentent ce caractère peuvent alors permettre la négociation collective sur les matières qu'elles régulent à partir du moment où sont respectés ces minimums⁷. « L'Etat impose des conditions minimales de caractère

auteur, « La vigencia del principio pro operario », in *Cuestiones actuales de derecho del trabajo, Estudios en homenaje del Profesor M. ALONSO OLEA*, Madrid, MTSS, 1990, p. 835).

¹ Voir infra, n° 374.

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 150; B. BLASCO SEGURA, loc. cit., p. 518. La jurisprudence va dans ce sens (STC 210/1990 qui affirme « la soumission hiérarchique exprimée à l'article 3.3 ET se connecte en dernier instance avec l'article 9.3 CE »).

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 252.

⁴ M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 247.

⁵ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 235. Pour approfondir, voir infra, n° 477.

⁶ Le Professeur ALARCÓN CARACUEL affirme ainsi que cette règle n'est pas isolée mais « s'incruste dans un précepte consacré au principe de la norme la plus favorable, sous la forme littéraire d'une proposition subordonnée entre deux virgules » (loc. cit., 1983, p. 55) et qu'il ne s'agit pas à proprement parlé d'« une règle d'application normative » mais plutôt d'une « technique de régulation » intervenant lors de l'application de la convention (loc. cit., 1998, p. 24) ; J.R. MERCADER UGUINA, « La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable », *REDT*, 2002, n° 109, p. 25.

⁷ T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., p. 15; T. SALA FRANCO, loc. cit., 1997, p. 123. « A l'évidence, l'Etat est intervenu en régulant les conditions de travail avec un caractère minimum indérogeable in pejus par l'autonomie collective » (B. BLASCO SEGURA, loc. cit., p. 515).

général applicables à toutes les relations juridiques de travail et, à partir de là, la régulation conventionnelle s'occupe d'améliorer ces conditions dans les divers cadres sectoriels, aussi bien professionnels que géographiques ou d'entreprises »¹. Cela suppose donc des règles légales de minimums que la convention peut améliorer². La doctrine parle alors d'une relation de « *suplementariedad* »³.

Cette amélioration des minimums s'opèrent seulement au bénéfice des travailleurs conformément à la finalité protectrice du droit du travail et à la conception d'Etat social de l'article 1 CE⁴.

La doctrine espagnole s'est, comme son homologue française, demandée dans quelle mesure cette faculté de la convention collective remettait-elle en cause l'application du principe de hiérarchie normative. Une réponse a été apportée au travers de l'abandon de la perspective hiérarchique et de l'adoption d'une perspective fonctionnelle qui présente, comme nous l'avons abordé antérieurement, une certaine pertinence en droit espagnol. Cette perspective permet alors d'expliquer la superposition des domaines d'intervention de la loi et de la convention en matière de relations de travail : la fonction de la négociation est l'amélioration des normes légales⁵.

371. Le droit espagnol présente ici une originalité puisque certaines normes légales de droit nécessaire fixent, non pas un minimum, mais un maximum. Ces normes de « *maximums de droit nécessaire* » permettent la négociation collective sur les matières qu'elles régulent à partir du moment où sont respectés ces maximums⁶. La loi

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 49; loc. cit., 1995, p. 55-56.

² M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, « El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo », in *La reforma del estatuto de los trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 248.

³ Selon la formulation classique de A. MARTÍN VALVERDE, « Concurrencia y articulación de normas laborales », *RPS*, 1978, n° 119, p. 8. Voir également I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987 ; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008.

⁴ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2003, p. 351-367.

Cet article justifie l'intervention de la loi pour prendre en compte « *un intérêt social qui se considère comme digne et nécessaire de l'attention de l'Etat* » (STC 31/1984 du 7 mars 1984. Voir également B. BLASCO SEGURA, loc. cit., p. 515).

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTSS, 1996, p. 63; M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 49.

⁶ T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., p. 15. Pour un secteur doctrinal, ces maximums de droit nécessaire entre dans la catégorie du droit nécessaire absolu (voir I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987).

établit alors « *un plafond qui est un maximum que la négociation ne peut pas dépasser* »¹.

Le droit français comporte également ce type de normes. L'originalité du droit espagnol réside néanmoins dans le fait que ces limitations peuvent, dans certains cas, se révéler préjudiciables aux intérêts ou à la situation des salariés. Afin d'éviter certaines confusions, il convient alors de différencier deux types de maximum. D'un côté, les « pseudos maximums » dont la finalité demeure la protection du travailleur² et les maximums qui « *manquent de finalité protectionniste et représentent des barrières à l'autonomie de la volonté en faveur de la défense des objectifs prioritaires des pouvoirs publics* »³. Aujourd'hui⁴, les limites à la prévision d'augmentation des salaires pour le personnel des Administrations fixées chaque année dans les lois générales budgétaires, constituent le paradigme de ce modèle de normes de droit nécessaire de maximum⁵.

372. En guise de conclusion, deux éléments peuvent être soulignés. D'une part, reprenant les propos du Professeur SALA, les normes impératives ou de droit nécessaire représentent « *les murs, le plafond et le plancher de la négociation collective qui devra se réaliser dans ces limites* »⁶.

¹ B. BLASCO SEGURA, loc. cit., p. 523. La convention peut donc établir des conditions égales ou inférieures aux prévisions légales qui constituent des maximums invulnérables (STS du 16 juin 1998, Ar/5397).

² Par exemple, l'article 35.2 ET limitent le nombre d'heures supplémentaires.

³ L.E. DE LA VILLA GIL, « El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 82; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 84 s.

⁴ Antérieurement à la réforme de 1994, le texte le plus illustratif était l'article 25.2 ET relatif au supplément pour ancienneté fixé par l'État que les partenaires sociaux ne pouvaient « *en aucun cas* » dépasser (pour approfondir, voir notamment T. SALA FRANCO et J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1984, p. 223).

⁵ Voir M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Leyes de presupuestos y sistemas complementarios de seguridad social de empresas publicas financiados con fondos públicos », *AL*, 1987- II, p. 601. L'auteur cite notamment la STCT du 15 juin 1984 selon laquelle « *la puissance normative que l'article 37.1 CE reconnaît aux forces sociales ne signifie pas l'abstention obligée des pouvoirs publics en matière d'engagements de dépenses en relation avec les travailleurs des entreprises incluses dans son domaine puisque cela impliquerait concevoir la convention comme une norme indépendante et autonome par rapport à la loi, s'écartant du principe de hiérarchie normative qui établit la suprématie de la loi, émanation de la souveraineté populaire, sur n'importe quelle autre norme* ». L'auteur estime que la fixation de maximum de droit nécessaire est alors justifiée par « *l'instrumentalisation d'une politique économique dirigée à contenir le déficit public réduisant les dépenses publiques* ».

⁶ T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 328. Formulé d'une autre manière, les normes impératives « *ne permettent pas, en principe, d'altération à ce qu'elles établissent, bien qu'elles puissent être impératives absolues, susceptibles d'aucune altération, impératives de maximums, susceptibles par conséquent d'altération à la baisse, c'est-à-dire, dans un sens défavorable au travailleur, ou, comme c'est habituel, impératives de minimums, susceptibles par conséquent, d'amélioration en faveur du travailleur* » (C.L ALFONSO MELLADO, loc. cit., Tirant lo Blanch, 2006, p. 276).

D'autre part, depuis une perspective comparée, il est intéressant de noter que la notion de droit nécessaire est envisagée dans un précepte relatif aux « *conflicts qui se produisent entre les préceptes de deux ou plusieurs normes du travail* ». Ce déplacement vers le moment applicatif est alors très illustratif des divergences entre les logiques des dispositifs français et espagnol.

§ 2 : *L'impérativité relative : une option légale parmi d'autres*

373. La réflexion a comme point de départ une divergence apparente entre les deux dispositifs. D'un côté, le droit espagnol ne prévoit, au moment de l'élaboration de la convention, aucun mécanisme permettant de déterminer ses relations avec la loi. Une règle s'impose toutefois de manière globale : l'article 85.1 ET prévoit en effet que la convention se déploie « *dans le respect des lois* ». D'un autre côté, le droit français énonce qu'au moment de l'élaboration de la convention, celle-ci ne peut déroger à la loi ou au règlement que dans un sens plus favorable aux salariés. On pourrait alors affirmer que le dispositif français n'envisage qu'une seule modalité de relation entre la loi et la convention. Nous verrons cependant que cette affirmation doit être écartée.

Quoi qu'il en soit, un regard croisé entre les deux dispositifs conduit à observer d'une part, une interdépendance entre le moment de l'élaboration de la convention et celui de son application lorsqu'il s'agit d'apprécier les mécanismes de relations entre la loi et la convention. D'autre part, ce regard permet de mettre en exergue que les rapports entre la loi et la convention sont bien plus complexes qu'il n'y paraît et que le dispositif espagnol s'avère particulièrement éclairant en la matière.

Afin de traiter l'ensemble de ces questions, nous aborderons donc tout d'abord la logique du dispositif espagnol puis celle du dispositif français.

A. Le jeu de l'article 3.3 ET au moment applicatif

374. Malgré la vigueur des controverses doctrinales, il est possible d'affirmer comme le Professeur ALFONSO MELLADO que « *peu d'interprétations sont conçues de cet article [article 3.3 ET] qui ne conviennent pas qu'à la vue des règles qu'il établit,*

les normes étatiques sont des minimums pour la négociation collective sauf que d'elles-mêmes se dégage clairement le contraire »¹.

Cette dernière précision représente en réalité un aspect fondamental pour comprendre les relations de la loi et de la convention lors de l'élaboration de cette dernière. En effet, la loi possède la capacité de s'autoconfigurer ce qui conduit à rendre variable le jeu des minimums de droit nécessaire et, par ricochet, de la règle de l'application du plus favorable².

A partir de cette précision, nous estimons que l'article 3.3 ET évoque « *implicitement la possibilité d'améliorer la normative étatique dans le respect à l'ordonnancement juridique* »³. Toutefois, il est important d'admettre qu'il joue en réalité au moment applicatif lors de conflits normatifs et qu'il n'envisage que partiellement les modes de relations entre la loi et la convention. Concrètement, il fait référence à l'application duale et interconnectée du principe de la norme minimale et de la règle de l'application du plus favorable, qui ne peut avoir lieu uniquement lorsque la norme légale opte pour la logique de l'impérativité relative. La doctrine souligne ainsi justement que l'impérativité relative « *fait entrer en jeu le principe appelé « de norme minimale »* »⁴.

Dés lors, même si « *les lois en matière de travail sont fréquemment dotées d'une « impérativité relative* »⁵, force est de constater que le précepte qui régit les relations entre la loi et la convention au moment de l'élaboration et de manière globale est l'article 85.1 ET qui, caractérisé par une neutralité absolue, énonce de manière générale que la convention doit être élaborée « *dans le respect des lois* ». L'idée de faveur pour le salarié n'intervient donc qu'au moment applicatif dans une hypothèse spécifique. Comme le souligne le Professeur MERCADER, en Espagne « *le critère de faveur n'a pas été développé, contrairement à d'autres réalités comparatives, depuis la perspective originarie de l'indérogeabilité relative, mais depuis la solution établie dans les hypothèses de concours normatifs* »⁶.

¹ C.L ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2006, p. 283.

² Nous verrons que le domaine d'application de la règle de la norme du plus favorable est limitée et consubstantiel au jeu du principe de la norme minimale (voir infra, n° 477).

³ L.M. CAMPS RUIZ, loc. cit., 2006, p. 277.

⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 235.

Si au contraire, on estime que la règle de la norme minimale s'applique quelque soit le caractère de la norme légale ce serait « *oublier qu'existent des normes légales et réglementaires absolument impératives, maximales et dispositives* » Voir T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., p. 16.

⁵ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 235.

⁶ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 21.

375. En guise de conclusion, retenons qu'il est révélateur et conforme à la reconnaissance de l'autonomie collective, que le dispositif statutaire ne s'incline pas de manière générale en faveur de la fonction d'amélioration des dispositions légales de la convention. Il s'agit ainsi d'une possibilité offerte à la loi parmi de nombreuses autres.

B. Le dogme évanescent de l'ordre public social en France

376. Conformément à la conception de la négociation collective comme un droit des salariés et au rôle protecteur attribué à la loi, l'OPS occupe une place centrale dans le droit du travail français. Néanmoins, l'analyse du sens exact de cette notion nous conduit à admettre que l'OPS demeure un mécanisme parmi d'autres permettant de régir les relations entre la loi et la convention collective.

1. La signification de l'OPS

377. Contrairement au droit espagnol, le dispositif français, à travers de la notion d'OPS, a de manière explicite évoquer les relations entre la loi et la convention collective lors de l'élaboration de cette dernière.

Deux questions intimement connectées surgissent alors afin de saisir la portée exacte de cette notion. Constitue-t-elle pour autant la réponse définitive permettant d'envisager l'ensemble des rapports entre la loi et la convention et ainsi circonscrire l'action de la négociation collective ? Garantit-elle pour autant que le salarié bénéficie de la disposition plus favorable ?

378. A la première question, il convient de répondre de forme négative. Il est certain que, par tradition, le domaine des règles d'OPS est très large à tel point que la doctrine affirme qu'il constitue la « *clé de voûte du droit du travail français* »¹. Plus loin, se référant à l'article L. 2251-1 *in fine* CT (anc. art. L. 132-4), un courant doctrinal souligne que « *la généralité de la formule atteste que cette possibilité d'amélioration n'exige pas une habilitation spéciale au cas par cas. Elle résulte, au contraire, de*

¹ A. SUPIOT, op. cit., 2007, p. 30.

Dans le même sens, d'autres auteurs affirment que « *l'impérativité de la majeure partie des dispositions législatives est acquise* » (G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 74).

manière remarquable, d'une habilitation de caractère global »¹. Dès lors, on pourrait estimer que cette formulation permet d'envisager de manière générale les relations entre la loi et la convention².

Deux arguments nous conduisent cependant à admettre que l'OPS constitue un principe réversible ou tout au moins non-exclusif.

Tout d'abord quant à sa nature, le Conseil d'Etat dans son célèbre avis de 1973 consacre cette règle et dégage un principe général du droit du travail qui « *pourrait s'énoncer de la manière suivante : une norme (y compris celle d'un contrat de travail) peut toujours être plus favorable au(x) salarié(s) qu'une norme de niveau supérieur, et ne peut y déroger que dans un sens plus favorable* »³. Centrons notre analyse sur la relation entre la loi et la convention cette qualité de principe général du droit conduit fondamentalement à délimiter les pouvoirs de la loi et du règlement. L'OPS est donc aux mains du législateur. Dès lors, le pouvoir réglementaire ne peut certes ouvrir la possibilité pour la convention de comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles des lois et règlements, mais la loi peut en revanche l'envisager et écarter cette règle légale.

Ensuite, l'OPS implique que la loi présente un caractère impératif⁴. Si tel n'est pas le cas, la faculté pour la convention de déroger à la norme conventionnelle dans un sens plus favorable pour les salariés n'a pas lieu d'être puisque la disposition conventionnelle peut par définition adopter des dispositions différentes à celles des lois.

379. La deuxième question nous conduit à déplacer le cadre de l'analyse au moment applicatif. Il ne s'agit pas ici d'aborder en détail ce point mais uniquement de souligner que l'OPS doit connaître une prolongation à ce moment pour remplir complètement sa fonction protectrice. La particularité du dispositif français réside dans l'absence de disposition légale régulant cette question⁵. C'est alors la Cour de cassation qui apporta un élément de réponse en dégageant un principe selon lequel « *en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* »⁶.

¹ G. BORENFREUND et M.A. SOURSIAC, loc. cit., 2003, p. 73. Les auteurs rappellent toutefois que cette affirmation doit être entendue sans préjudice de l'OPA.

² Voir les développements de N. ALIPRANTIS qui se prononce contre cette affirmation (op. cit., p. 176).

³ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 83.

⁴ C. FOURCADE, op. cit., p. 58 ; G. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. soc.*, 2001, p. 1031.

⁵ Du moins lorsqu'il s'agit des relations entre la loi et la convention.

⁶ Cass. Soc. 17 juill. 1996, Arrêts EDF et SNCF, *Dr. soc.*, 1996, p. 1049 note J. SAVATIER, concl. P. LYON-CAEN ; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, E. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 822.

Nous reviendrons en détail sur ce principe dont l'analyse excèderait ici l'objet du développement¹. Contentons-nous, à ce stade du raisonnement, de considérer que l'articulation entre la norme légale et la norme conventionnelle est régie, au stade de l'élaboration de la convention, par une règle légale et, au stade applicatif, par une solution jurisprudentielle. La logique poursuivie est la suivante : lorsque la convention a adopté une disposition plus favorable que la loi, cette disposition doit logiquement être appliquée aux salariés. Cette logique conduit alors à aborder le principe dénommé de faveur.

2. Le domaine de l'OPS

380. L'appréciation de l'OPS par rapport au principe de faveur fait l'objet d'une controverse doctrinale².

Afin d'éclaircir les termes du débat, nous considérons que l'OPS renvoie au principe de faveur et en constitue une manifestation au moment de l'élaboration des normes³. Au moment applicatif, le principe de faveur joue sans nul doute par le biais du principe de l'application du plus favorable dégagé par la Cour de cassation⁴. Il existe donc bien deux règles qui s'appliquent à des moments différents⁵. Néanmoins, il ressort de cette logique que ces deux règles fonctionnent ensemble et sont par nature interconnectées⁶. En effet, l'OPS perd de son sens si n'est pas, par la suite, appliquée la disposition plus favorable. Inversement, à quoi bon permettre d'adopter une disposition moins favorable si finalement est appliqué la plus favorable.

¹ Voir infra, n° 478.

² Le principe de faveur dépasse le seul cadre des relations entre la loi et la convention collective et se retrouve en matière de relations entre conventions collectives (voir infra, n° 638 s.) et entre conventions collectives et contrats de travail (voir infra, n° 531 s.).

³ La doctrine affirme dans ce sens que « l'examen des règles de droit positif montre que le principe du plus favorable intervient également au stade de l'élaboration des normes » (F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur », *Dr. soc.*, 2001, p. 255).

⁴ Plus loin, un courant doctrinal minoritaire affirme que le principe de faveur constitue une règle de solution de concours de normes qui joue donc au moment applicatif et « qui ne se confond pas avec les règles de création de normes » (Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 243 ; « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.*, 1998, p. 355).

⁵ Dans ce sens, voir J. PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail? », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 389 ; J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, op. cit., p. 134 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 80 ; M. BONNECHERE, loc. cit., 1988, p. 173 ; A. JEAMMAUD, loc. cit., 1999, p. 115 et G. BORENFREUND et M.A. SOURSIAC, loc. cit., 2003, p. 72.

⁶ L'OPS et le principe de l'application du plus favorable seraient « imbriqués et leur effectivité n'est possible que s'ils sont envisagés ensemble » (C. FOURCADE, op. cit., p. 63).

En définitive, l'OPS et le principe jurisprudentiel de l'application du plus favorable constituent une manifestation du principe de faveur qui joue dans les relations entre la loi et la convention collective dès lors, et c'est ce qu'il convient de souligner, que la loi s'autoattribue un caractère impératif. En effet, les tribunaux ont, dans leur compétence respective, abouti à la même conclusion. Qu'il s'agisse de l'OPS¹ ou du principe de l'application du plus favorable², leur application est soumise à la volonté du législateur. Finalement, au gré d'une jurisprudence hésitante et ambiguë, le Conseil constitutionnel s'est définitivement prononcé dans le même sens et a considéré que le principe de faveur correspond à un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 CF. Par conséquent, « *il appartient au législateur d'en déterminer le contenu et la portée* »³.

Conclusion SECTION II:

381. Il ressort de ces développements que l'OPS et les minimums de droit nécessaire illustrent la singularité du droit du travail selon laquelle les conventions collectives ont la faculté d'améliorer les normes légales. Ils renvoient sans nul doute plus largement au principe de faveur, indépendamment de la portée et de la réalité de ce dernier. Cette faculté de la convention, « *à l'évidence unilatéral et discriminatoire* », constitue en réalité « *la réplique des prérogatives unilatérales et discriminatoires qui sont conférées aux employeurs par le contrat individuel de travail* »⁴. L'essor de la figure conventionnelle est en effet totalement lié à sa faculté d'améliorer le dispositif légal.

Il importe cependant de souligner que si le droit français a opté pour prévoir explicitement cette logique à l'article L. 2251-1 *in fine* CT au risque de lui reconnaître une hégémonie générale pour envisager les relations entre la loi et la convention, le droit espagnol ne la contemple qu'indirectement à l'article 3.3 ET comme une condition préalable à l'application d'une règle de solutions de conflits de normes.

¹ Cons. Etat 22 mars 1973, *Dr. soc.*, 1973, p. 514. Voir également Cons. Etat, 8 juill. 1994, *RJS*, 12/94, n°1386, note X. PRETOT, p. 819 et Cons. Etat, 21 juill. 2001, déjà cité.

² Cass. Soc. 17 juill. 1996, déjà cité.

³ DC n° 2002-465 du 13 janv. 2003; B. MATHIEU, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », *D.*, 2003, chron., p. 638 ; X. PRETOT, loc. cit., 2003, p. 260 ; V. OGIER BERNAUD, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *SSL*, 2003, n° 1111, p. 6 ; C. FOURCADE, op. cit., p. 64. Voir également DC n° 2004-494 du 29 avril 2004.

⁴ A. SUPIOT, op. cit., 2007, p. 139.

Cette différence illustre une nouvelle fois la tradition française qui envisage la loi comme l'instrument de référence pour protéger le salarié¹. Plus loin, il a justement été souligné que les réticences pour reconnaître l'autonomie collective des interlocuteurs sociaux ont donc été dépassées dans la mesure où ses manifestations normatives ne pouvaient être que plus favorables pour les salariés que les normes légales.

¹ Dans ce sens, U. MÜCKENBERGER et A. SUPLOT, « Ordre public social et communauté », in *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et l'Allemagne*, Dir. C. DIDRY, 1999, Paris, MSH, p. 81.

CONCLUSION CHAPITRE I

382. Il est indiscutable que l'impérativité relative est la marque du droit du travail et la condition *sine qua non* à la fonction d'amélioration de la convention collective.

Néanmoins, ne nous méprenons-pas, la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention collective reconnue dans les deux dispositifs, nous conduit à relativiser d'un point de vue strictement juridique l'ampleur de ce mode de relation entre la loi et la convention collective et plus loin, les divergences entre les deux dispositifs. En effet, cette supériorité a comme corollaire la capacité de la loi de s'auto-configurer, c'est-à-dire, de définir elle-même l'intensité, la force obligatoire de son application par rapport à la convention. La distinction entre la force juridique et la force obligatoire des lois permet ainsi de clarifier les modalités de relations entre la loi et la convention collective. Dans ce cadre, il est possible de conclure que l'impérativité relative ne remet pas en cause la supériorité hiérarchique de la loi sur la convention et ne constitue qu'une des facettes, qu'une option de la loi qui reste dans tous les cas la seule juge pour définir la marge de liberté de la convention.

Si l'impérativité relative n'est pas « *un modèle unique* »¹, il importe alors de s'interroger sur les conditions de mise en œuvre de ces autres modèles de relation entre la loi et la convention collective et sur leurs finalités.

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La contractualización del convenio colectivo », *RL*, 1998- I, p. 3. Voir également A. BEJARANO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2008, p. 40.

CHAPITRE II : L'AUTOLIMITATION DE LA LOI COMME TENDANCE ACTUELLE ET LES FONCTIONS D'ADAPTATION ET DE GESTION DE LA CONVENTION COLLECTIVE

383. La capacité d'auto-configuration de la loi en raison de sa supériorité hiérarchique lui permet de définir les conditions dans lesquelles les dispositions conventionnelles peuvent ne pas aboutir à une amélioration des dispositions légales. Dans ce cadre, la fonction d'amélioration traditionnellement inhérente à la convention collective cède le pas devant d'autres fonctions nouvellement attribuées à la négociation collective qui parallèlement a vu son rôle croître. La loi a indubitablement joué un rôle décisif en la matière en promouvant et ou prenant acte de l'essor de la négociation collective.

Plusieurs motifs de natures différentes ont accompagné cette transformation.

Du point de vue social et politique, les pouvoirs publics ont peu à peu facilité l'association des interlocuteurs sociaux à la réglementation des relations de travail. Le contexte et les conditions dans lesquels cette association s'est effectuée, varient naturellement selon qu'il s'agisse du droit français ou du droit espagnol. Une constante peut toutefois être dégagée : l'association des interlocuteurs s'effectue aussi bien lors de l'élaboration de la loi que de sa mise en œuvre.

Du point de vue économique, l'essor de la négociation collective en marge de sa fonction d'amélioration renvoie au concept de « flexibilité » dont la teneur systématise le nécessaire recul de la rigidité légale et le bienfaiteur essor de la flexibilité contractuelle. On retrouve ici le phénomène de la contractualisation du droit et de la société. La loi doit alors s'effacer, « *céder sa place à la convention* »¹.

Enfin, d'un point de vue juridique, on pourrait penser que l'essor de la négociation collective s'est accompagné de la mise à l'écart de la loi de caractère impératif. Cette affirmation doit cependant être nuancée spécialement en droit français même si l'analyse du dispositif espagnol démontrera qu'en substance, il s'agit bel bien d'un recul de la loi impérative qui, en raison du dogme de l'OPS, a donné lieu à une sorte d'euphémisme juridique dénommé « accord dérogatoire ».

¹ A. SUPIOT, « La loi dévorée par la convention », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications de Facultés Universitaires St Louis, Bruxelles, 1996, p. 638.

Afin d'aborder l'ensemble de ces questions nous analyserons, dans un premier temps, les phénomènes juridiques permettant à la négociation collective de s'émanciper de la tutelle étatique, avant d'aborder, dans un deuxième temps, les motifs guidant cette évolution.

SECTION I: Les manifestations de l'émancipation de la négociation collective

384. La logique de l'impérativité relative des lois est totalement conforme à la fonction originare d'amélioration de la convention collective. Il est toutefois indéniable que la négociation collective a, au fil du temps, diversifié ses fonctions. Dès lors, cette multiplication des fonctions de la négociation s'est opérée par une diversification du caractère des dispositions légales et plus largement des modèles de relations entre les normes légales et conventionnelles. Les propos de cette section visent à s'attacher aux mécanismes adoptés dans les deux droits conduisant à l'essor de la négociation collective et à la parallèle diversification des fonctions de la convention collective.

Afin d'aborder cette problématique, il convient de distinguer les relations entre la loi et la convention en amont et en aval de l'élaboration de la norme légale.

§ 1: L'intervention de la négociation collective en amont de la loi : sa fonction législative

385. Il s'agit ici d'analyser une modalité de loi spécifique qui se caractérise par l'incorporation du contenu d'accords préalablement conclus par les interlocuteurs sociaux¹. Se produit ainsi une « *négociation préalable à la loi et sur les termes de la loi* »². On parle alors de législation négociée, de négociation législative ou de loi négociée. Ces termes renvoient tous à l'intervention des interlocuteurs sociaux qui préparent ou accompagnent les réformes législatives. Ils sont donc associés au processus d'élaboration de la loi.

Cette modalité de loi est le résultat d'un processus plus large qu'il convient rapidement de définir. En ce domaine, la terminologie s'avère complexe, confuse et ambiguë, revêtant une dimension plus politique et sociologique que juridique. La

¹ La conclusion d'un accord collectif est en effet une « *condition nécessaire pour qu'une norme étatique puisse rentrer dans la catégorie de la législation négociée* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, « La legislación laboral negociada », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 173).

² A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 633.

perspective comparée qui est la nôtre ajoute une dose de difficulté supplémentaire¹. En effet, alors que le droit français s'inscrit dans la lignée du droit communautaire et parle de dialogue social, le droit espagnol évoque toute à la fois les termes de concertation sociale et de dialogue social.

En France, le dialogue social « s'inscrit dans un processus normatif qui peut aboutir à la signature d'un accord ou à l'adoption d'un acte unilatéral. Il rend surtout compte de la volonté de réformer les relations sociales suivant un modèle, inspirée de la littérature « grise » de l'Union Européenne, qui accord une large place au consensus et à l'accompagnement, par les organisations syndicales notamment, des réformes »². Il permet « l'association des partenaires sociaux à la prise de décision » et peut revêtir différentes formes telles que l'information, la consultation, la concertation ou la négociation³. Deux éléments doivent alors être soulignés : d'une part, le dialogue social implique l'intervention de la puissance publique et des organisations syndicales et, d'autre part, il ne doit pas être confondu avec la négociation collective qui en constitue une des manifestations, certes dans la pratique, la plus importante.

En Espagne, la situation est plus complexe. L'association des interlocuteurs sociaux au processus d'élaboration des lois en matière de droit du travail a traditionnellement renvoyé au concept de concertation sociale. Une première observation conduit à souligner que la concertation sociale intègre une diversité d'expériences qui rend difficile la définition d'un cadre systématique et théorique définitif. La doctrine a proposé plusieurs critères permettant de définir ce processus. Pour certains auteurs, la concertation sociale renvoie au processus qui aboutit à un résultat dénommé législation négociée⁴. Elle implique la participation de l'Etat et la volonté de conclure un accord qui porte sur des matières relatives au travail, à l'emploi ou à la protection sociale⁵. Un autre courant doctrinal propose d'adopter uniquement une perspective subjective relative aux acteurs du processus (pouvoirs publics et interlocuteurs sociaux) afin de concevoir largement la concertation⁶. Les difficultés pour

¹ *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, (Dir. Ph. MARTIN), PU de Bordeaux, 2007.

² N. MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.*, 2007, p. 799.

³ A. MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. soc.*, 2003, p. 362 ; D.J. CHERTIER, *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation Française, 2006, p. 16.

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, « Legislación negociada y concertación social: una aproximación », *RL*, 1997-I, p. 12.

⁵ A. MARTÍN VALVERDE, « Concertación social y diálogo social », *RL*, 1994-II, p. 336.

⁶ Les autres éléments, tels que les matières abordées, les conditions de la rencontre ou les résultats visés, sont des éléments secondaires qui permettent d'affiner le concept sans atteindre sa nature (J. CRUZ

saisir le concept de concertation sociale se voient de plus amplifier par l'essor du terme de dialogue social. Sur ce point un consensus doctrinal se dégage pour considérer le dialogue social comme un concept plus large dans lequel la conclusion d'un accord n'est pas la finalité¹ et dans lequel l'intervention de l'Etat n'est pas automatique². En définitive, le dialogue social intègre le concept plus étroit de concertation sociale qui se réfère précisément à l'association des interlocuteurs sociaux au processus législatif³.

Gardant à l'esprit ces divergences terminologiques, nous utiliserons ici le terme de dialogue social pour se référer à la rencontre entre les organisations professionnelles et les pouvoirs publics pour échanger les positions sur des matières relatives au travail et qui peut aboutir à la conclusion d'un accord doté d'une dimension sociopolitique particulière constituant la base d'une norme légale⁴.

386. Les droits français et espagnol connaissent tous deux ce phénomène mais se différencient quant à sa reconnaissance en droit positif. En effet, alors qu'en France, le dialogue social est consacré par une loi de 2007⁵, le droit espagnol reste silencieux et conçoit le dialogue social comme une pratique apparue lors de la transition démocratique et depuis consolidée.

Cette observation peut alors choquer par rapport à la portée de l'autonomie collective reconnue dans les deux droits⁶. Les développements qui suivent permettront

VILLALÓN, « Caracterización general de la concertación social en España », *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, 2006 (b), n° 4, p. 343-346

¹ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1994, p. 338 pour qui le dialogue social, dans lequel participe les interlocuteurs sociaux et, éventuellement l'Etat, correspond à un simple échange d'informations et ne prétend pas aboutir à la conclusion d'un accord.

² On parle alors de dialogue social bipartite ou tripartite selon le cas (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « El diálogo social: reflexiones sobre sus significación y alcance, sus debilidades y riesgos », *RL*, 2008-I, p. 1045). Un secteur doctrinal propose de distinguer la négociation collective et le dialogue social par le fait que dans ce dernier les matières abordées visent les interlocuteurs sociaux et non pas les conditions individuelles de travail (J.L. MONEREO PÉREZ, *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, p. 19-22).

³ Selon le Professeur ESCUDERO, le dialogue social est un concept « générique » qui présente un caractère plus « flexible et élastique » et qui constitue une « figure aussi complexe et actuelle que versatile et évanescence » (loc. cit., 2008, p. 1056).

⁴ Nous adopterons donc le concept de dialogue social envisagé depuis la perspective française et communautaire (rappelons qu'en Espagne, le dialogue social ne suppose pas nécessairement la participation de l'Etat). Plus loin, nous estimons que l'usage du terme de concertation sociale en lieu et place du terme de dialogue social en Espagne s'explique fondamentalement par un décalage temporel de l'élaboration des concepts. Gageons que le droit espagnol se référera prochainement de manière générale au dialogue social.

⁵ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, dite Loi Larcher.

⁶ En effet, comment interpréter que le droit français, qui peine à reconnaître l'autonomie collective, prévoit légalement la participation des interlocuteurs sociaux au processus législatif et que le droit espagnol fasse l'impasse sur cette pratique tout en reconnaissant dans toute son ampleur l'autonomie collective (sur ces questions, voir supra, n° 23, 59).

toutefois de démontrer que cette divergence de droit positif demeure en réalité anecdotique puisque dans les deux pays, le pouvoir politique conserve le dernier mot¹. La vitalité et l'effectivité de la participation des interlocuteurs sociaux répondent en définitive à d'autres variables qui s'éloignent du strict cadre juridique et se déplacent vers des considérations historiques, politiques, sociologiques, économiques et culturelles.

A. La loi de 2007 et l'association des interlocuteurs sociaux au processus législatif en France

387. Bien avant la loi de 2007, les accords de Grenelle signés en 1968 à la suite des événements du mois de mai de la même année ont constitué une première manifestation de ce qui est aujourd'hui dénommé loi négociée². Dès lors, de manière informelle et volontaire, le gouvernement a consulté, à diverses occasions, les interlocuteurs sociaux préalablement à l'adoption de lois³. Cette association se fondait sur le principe de participation du Préambule de la Constitution de 1946⁴. Deux modalités étaient possibles⁵ : ou bien, en amont des délibérations parlementaires, le gouvernement renvoie à la négociation collective le traitement d'une question en vue de la conclusion d'un accord qui sera alors repris par une loi⁶, ou bien, « *le législateur*

¹ Cette considération sur laquelle nous reviendrons plus loin, constitue l'argument fondamental et, selon nous décisif, permettant d'écarter les dangers de dérives neocorporatistes. La doctrine parle dans ce cadre de « *neocorporatisme démocratique* » (pour approfondir sur cette question, J. LÓPEZ GANDÍA et F. LÓPEZ i MORA, « Legislación negociada y concertación social », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor SALA FRANCO, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 88; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc cit., 1997, G. LYON CAEN, loc. cit., 1986, p.742; M.A. SOLANS LATRE, *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Tecnos, 1995).

² Ph. LANGLOIS, J.M. VERDIER, « Aux confins de la théorie des sources, une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, 1972, chron., p. 253.

³ Par exemple, en 1970 préalablement à la législation sur le salaire minimum (1970). Citons également la loi du 16 juillet 1971 sur la formation professionnelle qui reprend les accords du 9 juillet 1970, la loi du 3 janvier 1975 qui découle des accords du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi et du 14 octobre 1974 sur l'indemnisation du chômage économique, ou encore la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation qui fait suite à l'accord du 10 décembre 1977. La législation sur les contrats temporaires (CDD, intérim), résulte elle aussi directement d'un accord national interprofessionnel du 24 mars 1990. Cette pratique s'est renforcée à partir du milieu des années 90 : sur les règles de la négociation collective elle-même, la loi du 12 novembre 1996 reprend l'ANI du 31 octobre 1995 et la loi du 4 mai 2004 reprenant la position commune de 2001; sur la formation professionnelle, la loi du 4 mai 2004 reprend l'ANI du 5 décembre 2003 ; sur les dispositifs d'assurance chômage, citons par exemple la loi du 17 juillet 2001 qui permet l'adoption de mesures nécessaires à la mise en oeuvre du Plan d'Aide au Retour à l'Emploi).

⁴ C. FOURCADE, op. cit., p. 107.

⁵ A. SUPLOT, loc. cit., 2003, p. 62.

⁶ Ph. LANGLOIS, J.M. VERDIER, loc. cit., p. 253 ; M. DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.*, 1987, p. 84.

commence par fixer dans une première loi un objectif général et à engager les partenaires sociaux à négocier les moyens d'atteindre cet objectif. Il adopte ensuite une seconde loi qui s'inspire des résultats des négociations intervenues »¹. Une constante apparaît dans tous les cas : la négociation tripartite est peu fréquente.

Les interlocuteurs sociaux ont également réclamé à travers de plusieurs textes leur association au processus législatif². Néanmoins, force est de constater que leur association demeurerait une pratique qui ne présentait aucun caractère obligatoire. Le Conseil constitutionnel affirmait dans ce sens que « *ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le gouvernement à faire précéder d'une négociation entre les partenaires sociaux la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail* »³.

A partir de 2004 s'est toutefois dessinée une nouvelle tendance qui visait à formaliser ce processus de loi négociée. Dans le préambule d'une loi de 2004, est énoncé que « *le gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail* »⁴. En 2006, le rapport Chertier⁵ et un avis du Conseil Economique et Social⁶ allaient dans le même sens et avançaient les mêmes propositions. Enfin, la regrettable expérience du contrat premier embauche a mis en exergue l'utilité pour les pouvoirs publics de compter sur un consensus social minimum pour mettre en place des réformes substantielles⁷.

¹ A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 62. La jurisprudence constitutionnelle a validé ce processus au motif que le renvoi soit prévu pour une période réduite d'expérimentation (DC n° 96-383 du 6 nov. 1996, déjà citée ; B. MATHIEU, loc. cit., 1997, p. 153 ; G. BORENFREUND, M.A. SOURSIAC, loc. cit., 2003, p. 72). Cette modalité a notamment été mise en oeuvre lors de la réduction du temps de travail des lois Aubry I et II de 1998 et 2000.

² Voir notamment, l'Accord National Interprofessionnel du 31 octobre 1995 et la Position commune de 2001.

³ Cons. Consti. déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social. Notons que quant à son contenu, cette loi s'inscrit en prolongement de la Position commune de 2001 (voir supra, n° 222 et infra, n° 647).

⁵ Op. cit. Sur ce rapport, voir M.A. SOURSIAC et Ph. LANGLOIS, « Que penser du rapport Chertier ? », *RDT*, 2006, p. 216 ; J.E. RAY, « 4 mai 2004 – mai 2008 : Le droit de la négociation collective entre deux lois. À propos du Rapport Chertier », *Dr. soc.*, 2006, p. 1.

⁶ J. GAUTIER et P. AURELLI, *Consolider le dialogue social*, Paris, Avis du Conseil Economique et Social, 2006.

⁷ P.H. ANTONMATTEI, « Négociation collective et CPE : le jour d'après », *Dr. soc.*, 2006, p. 650. Voir sur l'impact du CPE sur la loi de 2007, J.D. COMBEXELLE, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », *Dr. soc.*, 2010, p. 504.

Cette évolution a alors abouti en 2007 à la loi de modernisation du dialogue social qui consacre l'association des interlocuteurs sociaux au processus législatif. Il conviendra néanmoins de s'attacher en profondeur aux mécanismes de cette loi, fortement inspirée du droit communautaire, afin d'en mesurer l'exacte portée et de détecter la logique qui la sous-tend.

1. La procédure de la loi de 2007

388. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007, « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* ».

Cette disposition aujourd'hui codifiée à l'article L.1 intègre le Chapitre préliminaire du Code du travail intitulé « Dialogue social ». L'ensemble de la doctrine a mis en exergue « *la force symbolique de cette loi, inscrite au fronton du Code du travail (articles L.1 à L. 3)* »¹ qui oblige désormais le gouvernement à soumettre tout projet de réforme qui porte sur les relations de travail à une procédure de concertation préalable avec les syndicats et associations patronales reconnus représentatifs au niveau national pouvant éventuellement déboucher sur une procédure de négociation et ainsi sur un accord². Est ainsi mis en place ce qu'un auteur a qualifié de « *dialogue légiférant* »³.

389. Deux aspects doivent ici être relevés :

Premièrement, cette loi permet d'identifier une tendance actuelle du droit du travail français qui vise à la « *rénovation de la démocratie sociale* »⁴. La démocratie

¹ A. SUPIOT, « La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.*, 2010, p. 525 ; J.E. RAY, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.*, 2010, p. 496, note 4 ; N. MAGGI-GERMAIN, loc. cit., p. 798.

² La concertation implique des discussions préalables à l'adoption d'un acte unilatéral par la puissance publique (N. MAGGI-GERMAIN, loc. cit., p. 799). Aux termes de la loi, cette concertation correspond en réalité à une demande formulée aux interlocuteurs sociaux afin de savoir s'ils veulent négocier.

³ J.F. CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S*, 2007, n° 8, p. 117.

⁴ J.F. AMADIEU et D. BOISSARD, *La démocratie sociale en danger*, Paris, Ed. Liaisons, 2001 ; A. CHATRIOT, op. cit.

sociale est composée de deux piliers : le paritarisme et la négociation collective. Le dialogue social n'équivaut donc pas à la démocratie sociale, plus exactement, il en est qu'un instrument¹. Plus loin, il est justement souligné par la doctrine que la démocratie sociale n'est pas une sphère indépendante de la démocratie politique. D'une part, celle-ci influence fortement la démocratie sociale à travers de la notion de représentativité qui constitue de fait une condition *sine qua non* à l'efficacité et à l'opportunité de la loi de 2007². Il demeure dans tous les cas que cette loi opère une fusion, une interrelation entre démocratie politique et démocratie sociale inédite en droit français caractérisé par le poids de la tradition moniste³.

Deuxièmement, d'un point de vue plus technique, le processus issu de la loi de 2007 permet de distinguer trois étapes qui rappellent fortement le droit communautaire⁴. Aux termes de l'article L. 1 al. 2 CT, le gouvernement transmet aux organisations professionnelles « *un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options* ». Cette première étape informative ouvre ensuite la porte, si les organisations professionnelles le souhaitent, à une procédure de négociation⁵. Enfin, au regard des résultats de la négociation⁶, le gouvernement élabore un projet de texte et le soumet ensuite à consultation, selon le cas, à la Commission nationale de la négociation collective, au comité supérieur de l'emploi ou au Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie⁷.

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

² On conçoit alors la portée et l'intérêt de la réforme sur la représentativité syndicale adoptée en 2008. Force est cependant de constater que de nombreuses questions restent sans réponses, notamment la représentativité des organisations patronales au niveau national et interprofessionnel (voir supra, n° 160) ; J. BARTHELEMY, loc. cit., *Dr. soc.*, 2008, p. 566 ; C. RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.*, 2010 (a), p. 284.

³ A. SUPIOT, loc. cit., 2010, p. 529.

⁴ J.E. RAY, loc. cit., 2010, p. 496 ; art. 154.2 TFUE version consolidée. Nous reviendrons en détail sur l'état du droit communautaire en matière de droit du travail et de négociation collective plus loin dans le travail (voir infra, n° 462 s.).

⁵ Al. 3 « *Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation* ». Il ressort du texte légal que la décision de reprendre la main du processus de négociation doit faire l'objet d'un consensus entre les deux antagonismes sociaux.

⁶ Qui prend alors la forme d'un Accord National Interprofessionnel- ANI (voir J. BARTHELEMY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2008, p. 566).

⁷ Art. L.2 : « *Le Gouvernement soumet les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1, au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation, selon le cas, à la Commission nationale de la négociation collective, au Comité supérieur de l'emploi ou au Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, dans les conditions prévues respectivement aux articles L. 2271-1, L. 5112-1 et L. 6123-1* ».

2. Evaluation critique de la réforme: la mainmise étatique

390. Reprenant la formule du Professeur SUPIOT, la loi de 2007 a fait preuve d'une «*prudente audace*»¹. Audace, car comme nous l'avons déjà relevé, cette loi intègre la démocratie sociale à la démocratie politique. Son caractère prudent conduit néanmoins à relativiser l'ampleur de cette intégration. Trois aspects permettent en effet d'affirmer que la loi de 2007 revêt bien plus une portée politique que juridique.

391. En ce qui concerne son domaine d'application, il ressort de l'article L.1 CT que l'association des interlocuteurs sociaux est prévue lors d'une réforme interprofessionnelle en matière de droit du travail². Dès lors, sont exclues les réformes de cadre sectoriel et les réformes en matière de droit de la sécurité sociale, par exemple des retraites³. Il doit de plus s'agir d'un projet de loi gouvernemental ce qui semble exclure les réformes issues d'une proposition de loi formulée par le Parlement⁴. Quand bien même les dérives du système semi-présidentiel de la V^e République ont converti l'Assemblée Nationale en une simple chambre d'enregistrement, la possibilité de contourner l'application de la loi à travers de la voie parlementaire apparaissait pour le moins difficilement compréhensible. Les parlementaires ont ainsi été contraints de combler cette brèche et ont approuvé, tout d'abord au Sénat, un protocole conduisant à l'application du dispositif de la loi de 2007 aux propositions de loi à titre expérimental jusqu'au 30 septembre 2011⁵.

392. En ce qui concerne son efficacité juridique, le Conseil d'Etat a constaté qu'aucune sanction n'est expressément prévue. Il estime toutefois qu'il peut mettre à l'écart les règlements adoptés sans la nécessaire concertation⁶. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une loi, la question dévient «*épineuse et de réponse incertaine*»⁷. En effet, ce

¹ A. SUPIOT, loc. cit., 2010, p. 529.

² Sur la notion de réforme, voir *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, Conseil d'Etat, Rapport public 2008, p. 135.

³ P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2010 (b), p. 521.

⁴ Une conception large de la loi doit être entendue incluant ainsi les textes réglementaires (J.F. CESARO, loc. cit., 2007, p. 11).

⁵ Protocoles approuvés par le Sénat le 16 décembre 2009 et l'Assemblée Nationale le 16 fév. 2010. Pour approfondir, voir « questions-réponses », *Dr. soc.*, 2010, p. 509 ; J.E. RAY, loc. cit., 2010, p. 502.

⁶ *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit., p. 264.

⁷ A. SUPIOT, loc. cit., 2010, p. 529.

dispositif aborde la détermination des procédures d'adoption des lois et a pu être qualifié de « *dispositif « pré-constitutionnel »* »¹.

Pour certains auteurs, ce dispositif correspond à une pure déclaration d'intention, dépourvue de sanctions. Seule une modification de la Constitution ou l'adoption d'une loi organique pourrait lui conférer une véritable force obligatoire².

Pour d'autres auteurs, la force juridique de la loi de 2007 « *ne souffre que deux réponses : ou bien l'on considère que la loi est dénuée de portée normative, et alors elle est inconstitutionnelle, ou bien on la juge conforme à la Constitution et alors il faut lui reconnaître une portée normative* »³. Le refus de reconnaître une efficacité normative à cette disposition légale se heurte, il est vrai, à la jurisprudence constitutionnelle qui censure les dispositions législatives sans portée normative au motif que « *sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* »⁴. L'attribution d'une efficacité normative passerait alors par l'application de la notion de « *garantie légale d'une exigence constitutionnelle* » dégagée par le Conseil constitutionnel⁵. Considérant que la loi de 2007 constitue une garantie légale du principe de participation, il serait possible d'admettre que le gouvernement peut contourner la procédure de la loi de 2007 sans être sanctionné, dès lors que l'adoption de la loi se serait opérée « *dans des conditions garantissant une participation au moins équivalentes aux syndicats de salariés* »⁶.

393. Le dernier aspect vise à démontrer que le dispositif garantit, à plusieurs égards, la mainmise de l'Etat sur l'ensemble de la procédure.

Une première crainte a été formulée et consistait à voir l'urgence, prévue à l'alinéa 4 de l'article L.1, comme un motif permettant de mettre à l'écart la procédure

¹ J.M. SAUVE, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.*, 2010, p. 491.

² A. JEAMMAUD et H. MASSE DESSEN, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », *SSL*, 2006, n° 1257, p. 8 et J.F. AMADIEU, D. BOISSARD, *op. cit.*, p. 40. Pour une critique d'une éventuelle modification constitutionnelle, voir A. SUPIOT, *loc. cit.*, 2010, p. 529.

³ A. SUPIOT, *loc. cit.*, 2010, p. 529.

⁴ DC n° 2005-512 du 21 avril 2005, *D.*, 2005, p. 1372, note J.C. ZARKA.

⁵ A. SUPIOT, *loc. cit.*, 2010, p. 529.

Sur ce concept, voir G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005, n° 62, p. 258.

⁶ A. SUPIOT, *loc. cit.*, 2010, p. 530.

Comme le souligne l'auteur, si le fondement de la loi est le principe de participation, les associations d'employeurs ne peuvent agir. Dès lors, une procédure de concertation qui n'implique pas de négociation et dans laquelle les syndicats de salariés interviennent seuls, peut satisfaire ce principe.

de dialogue social¹. Quand bien même la détermination de l'urgence reste sans réponse définitive, son application semble toutefois difficile à invoquer². Sans toutefois se confondre avec la question de l'urgence mais directement connecté à une question temporelle, se pose également le problème du temps réservé aux négociateurs et au vide normatif relatif au délai durant lequel la négociation peut être menée³. Il ne fait pourtant aucun doute que la procédure de concertation ne présente une utilité qu'à la condition que les interlocuteurs sociaux disposent d'un temps raisonnable pour mener à bien des négociations qui d'un point de vue technique, politique ou social peuvent être extrêmement complexes.

Une deuxième question se réfère à la marge d'action de la loi qui transpose l'accord conclu en norme légale. Dans quelle mesure la loi peut-elle s'écarter de l'accord ? Conscients de l'importance de la question, les interlocuteurs sociaux avaient, antérieurement à la loi de 2007, inséré dans les ANI des clauses dites « d'autodestruction » qui visaient à subordonner la validité de ces accords à leur transposition fidèle dans la loi⁴. Sur ce point, il convient de distinguer l'intervention des parlementaires de celle du gouvernement. En effet, la jurisprudence constitutionnelle considère que les parlementaires conservent toujours leur droit d'amendement⁵ alors qu'elle restreint la capacité de modification du gouvernement en se fondant sur le respect de la liberté contractuelle qui ne peut être atteinte, pour des raisons de sécurité juridique, que par un motif d'intérêt général⁶. Dès lors, quand bien même l'action du gouvernement se trouve dans une certaine mesure limitée, les parlementaires conservent intactes leurs marges de manœuvre. Pour un courant doctrinal, une interprétation

¹ Art. 1 al. 4 CT : « *Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en oeuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence* ».

² P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2007 (b), p. 460 pour qui « *l'exception est légitime pour autant que sa pratique soit exceptionnelle* ». Il cite notamment des motifs tels que l'ordre public, une crise sanitaire, des phénomènes climatiques mentionnés lors des débats parlementaires. Pour une position plus nuancée, voir J.E. RAY, loc. cit., 2010, p. 502.

³ A titre d'exemple, l'ANI du 11 janvier 2008 repris par la loi du 25 janvier 2008 portant modernisation du marché du travail a été adopté après 4 mois de négociation.

⁴ A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 633.

⁵ Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 sur la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Dans le même sens, les juges avaient déjà affirmé en 2000 qu'« *il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation, en décidant au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier, dans un sens conforme, ou non, aux accords* » (DC n° 99-423 du 13 janv. 2000 ; X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures », *Dr. soc.*, 2000, p. 257. Dans le même sens, voir également DC n° 2002-465 du 13 janv. 2003 ; X. PRETOT, loc. cit., 2003, p. 260).

⁶ DC n° 98-401 du 10 juin 1998 ; DC n° 2007-556 du 16 août 2007 ; DC n° 2008 du 7 août 2008.

contraire aboutissant à réduire les pouvoirs de la loi en dernière instance, dépasserait l'esprit de la réforme de 2007¹. Nous adhérons à cette position. En effet, cette réforme vise fondamentalement à associer les interlocuteurs sociaux au processus d'élaboration des lois sans toutefois leur laisser un chèque en blanc. En définitive, aucune responsabilité juridique consécutive à la mise à l'écart des options conventionnelles ne peut être avancée contre le législateur². Celui-ci reste en revanche exposé à une responsabilité politique vis-à-vis des syndicats³ mais surtout des salariés. Apparaît ici une première approximation de la dimension politique de la réforme de 2007.

D'un point de vue strictement juridique, cette faculté de la loi de s'écarter des dispositions conventionnelles peut également poser des difficultés comme l'a démontré la reprise partielle par la loi du 25 janvier 2008 portant modernisation du marché du travail de l'ANI du 11 janvier 2008. En l'espèce, s'est produit un conflit entre les normes légales qui ont repris l'accord et les dispositions de l'accord entrées en vigueur mais non reprises par la loi⁴. Le principe de l'application de la disposition plus favorable permet-il, en l'espèce, de résoudre ce conflit⁵ ? Une disposition d'un ANI non-reprise par une loi dans le cadre d'une procédure de dialogue social, peut-elle jouer par elle-même ? Y-a-t-il un intérêt de voir perdurer la loi et l'accord ? Cette situation répond-elle à l'esprit de la loi de 2007 ? La réponse à ces questions est complexe et doit concilier la liberté offerte à la loi de s'écarter des dispositions conventionnelles et le respect de la liberté contractuelle. Elle s'inscrit de plus dans la délicate problématique des conditions d'application des conventions collectives⁶.

Enfin, le troisième point permettant de souligner la mainmise étatique renvoie au choix des thèmes puisque c'est au gouvernement qu'il incombe d'initier le processus sur les thèmes qu'il a par conséquent lui-même choisis. De manière générale, la doctrine souligne que la loi négociée peut se décliner selon deux modalités en fonction de l'initiateur du processus: ou bien le processus est engagé par le législateur, ou bien, il est engagé par les interlocuteurs sociaux⁷. Le dispositif légal français issu de la réforme

¹ Ph. LANGLOIS, « Une loi négociée », *Dr. soc.*, 2008, p. 347.

² En effet, pour que le Gouvernement et/ou le Parlement soient liés par un ANI, une réforme de la Constitution est nécessaire (concrètement de l'article 34 qui attribue la compétence de la loi pour définir les principes fondamentaux du droit du travail).

³ Reprenant les propos du Professeur SUPIOT, « *les syndicats perdent en liberté contractuelle ce qu'ils gagnent en responsabilité politique* » (loc. cit., 2010, p. 531).

⁴ P.H. ANTONMATTEL, « Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun », *Dr. soc.*, 2009 (a), p. 528.

⁵ Sur ce principe, voir infra, n° 641.

⁶ Voir infra, n° 638, 693.

⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, op. cit., 1999, p. 63; J. BARTHELEMY, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2008, p. 566.

de 2007 aboutit indubitablement à donner l'initiative au législateur qui peut ainsi satisfaire ses priorités. Or, il conviendrait de « *donner aux organisations la possibilité de faire valoir leurs propres priorités dans l'agenda des réformes du droit du travail, faute de quoi la démocratie sociale ne serait qu'une méthode d'instrumentalisation des syndicats par la puissance publique* »¹. Deux précisions permettent toutefois de nuancer cette considération. Tout d'abord, les acteurs sociaux restent libres de mettre en œuvre de leur propre initiative un processus de négociation aboutissant éventuellement à un ANI. Ensuite, l'article L. 3 CT prévoit l'élaboration d'un calendrier social entre les organisations professionnelles et le gouvernement². Espérons que cette procédure favorise la communication entre les différents acteurs pour mettre en place une gestion appropriée du temps, des rythmes et, spécialement des thèmes de négociation.

394. Pour conclure ce développement, nous estimons que la réforme de 2007 présente, du point de vue juridique, un caractère essentiellement procédural et dépend largement des comportements des interlocuteurs sociaux mais surtout du gouvernement³. Reprenant les propos du Professeur ANTONMATTEI, l'objectif de la loi de 2007 « *n'est pas tant de donner vie à un accord collectif que de légiférer à la lumière des résultats de la négociation* »⁴. En effet, il ne fait aucun doute que ce dispositif permet à la loi de garder le dernier mot sur le fond⁵. Dès lors, force est de

¹ A. SUPIOT, loc. cit., 2010, p. 531.

² Article L. 3 : « *Chaque année, les orientations de la politique du Gouvernement dans les domaines des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, ainsi que le calendrier envisagé pour leur mise en œuvre sont présentés pour l'année à venir devant la Commission nationale de la négociation collective. Les organisations mentionnées à l'article L.1 présentent, pour leur part, l'état d'avancement des négociations interprofessionnelles en cours ainsi que le calendrier de celles qu'elles entendent mener ou engager dans l'année à venir. Le compte rendu des débats est publié. Chaque année, le Gouvernement remet au Parlement un rapport faisant état de toutes les procédures de concertation et de consultation mises en œuvre pendant l'année écoulée en application des articles L. 1 et L. 2, des différents domaines dans lesquels ces procédures sont intervenues et des différentes phases de ces procédures* ».

Cette disposition reprend, sans toutefois aller au bout, l'idée d'un agenda partagé déjà évoquée par le Rapport CHERTIER (op. cit.)

³ La doctrine souligne dans ce sens que l'efficacité de la loi de 2007 appelle un « *contexte social où les décideurs politiques et les représentations patronales et salariales se comportent loyalement* » (P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2010 (b), p. 521-522). Dans la pratique, le Conseil d'Etat dans un rapport publié en 2008 a estimé que les pouvoirs publics ont fait une application satisfaisante de la loi (*Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Conseil d'Etat, Rapport public 2008). Nous avons cependant observé que la notion de bonne foi reste insaisissable et incapable d'offrir un cadre juridique sûr et suffisamment protecteur (voir supra).

⁴ P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2009 (a), p. 528.

⁵ Apparaît ici une différence substantielle avec le droit communautaire dans lequel est respectée la volonté des négociateurs (voir infra, n° 487).

La récente réforme législative de 2008 relative au temps de travail constitue un exemple révélateur de la suprématie de la loi. En effet, les importantes différences apparues entre la position commune de 2008 et

constater comme le Professeur SUPIOT, que les interlocuteurs sociaux disposent d'un pouvoir normatif qui demeure « *subordonné et dépendant* »¹. Pouvait-il par ailleurs en être autrement au regard de la jurisprudence constitutionnelle et, plus loin, de la tradition française caractérisée par l'hégémonie du paternalisme étatique et de la démocratie politique².

B. La concertation sociale en Espagne : une pratique conventionnelle et politique enracinée et malmenée

395. La première observation relative au dispositif espagnol conduit à relever qu'il n'existe aucune disposition relative à l'association des interlocuteurs sociaux au processus d'élaboration des lois. Néanmoins, d'un point de vue historique, l'instauration de la démocratie a été accompagnée et renforcée par l'intervention des interlocuteurs sociaux. La reconnaissance constitutionnelle, bien qu'implicite, de l'autonomie collective constitue alors une variable en prendre en compte. L'association des interlocuteurs sociaux à l'élaboration des lois est une réalité, une pratique bien ancrée de concertation sociale qui irrigue la culture politique et le système des relations de travail³. Force est cependant de constater que la crise économique amorcée en 2008 vient démontrer que les Pouvoirs publics restent maîtres et peuvent adopter, en marge de la volonté et du consensus entre les interlocuteurs sociaux, les mesures qu'ils estiment nécessaires.

En l'absence de cadre légal, les pratiques d'association entre les Pouvoirs publics et les interlocuteurs sociaux s'effectuent librement et dans un cadre flexible. Plusieurs aspects peuvent alors être relevés.

la loi de 2008 sur la rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail, spécialement en ce qui concerne le volet relatif au temps de travail, démontrent incontestablement que le gouvernement peut passer outre la volonté des interlocuteurs et adopter comme bon lui semble ses propres dispositions au mépris du dialogue social paradoxalement mis en avant politiquement. Comme le Secrétaire général de la CFDT, on se demande « *pourquoi le gouvernement traite-t-il le dialogue social avec mépris ?* » (*Challenges*, 5 juin 2008).

¹ Loc. cit., 2010, p. 531.

² Sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale, voir A. SUPIOT, loc. cit., 2010, p. 532. Basiquement, l'auteur met en exergue que la démocratie sociale se développe en France dans le carcan de la démocratie politique.

³ T. SALA FRANCO, « La concertación y el diálogo social durante el periodo 1990-2007 », in *30 años de libertad sindical*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2007, p. 148.

396. Tout d'abord, elle aboutit à une diversité de pratiques traditionnellement regroupées sous le terme de concertation sociale qui implique la participation des pouvoirs publics. Quatre modalités peuvent être dégagées¹ : 1) Les interlocuteurs sociaux négocient entre eux un accord qui est par la suite repris par le pouvoir étatique (cela peut aussi être une simple consultation de l'Etat aux interlocuteurs) ; 2) un accord est signé par l'Etat, les organisations patronales et les organisations syndicales. On parle alors d'accord tripartite dénommé pacte social ; 3) un accord bipartite entre syndicats et patronales est conclu. Cet accord, dénommé accord-cadre interprofessionnel et national ne fixe pas les conditions de travail applicables directement aux salariés mais définit le système de négociation collective. L'Etat est plus ou moins intervenu afin de favoriser le rapprochement des positions durant la procédure de négociation; 4) L'Etat organise des négociations séparées avec les organisations syndicales ou les organisations patronales sur les mêmes thèmes ou sur des thèmes différents qui peuvent, le cas échéant, aboutir sur des accords bilatéraux ou trilatéraux.

397. Ensuite, l'absence de cadre légal rend incontournable une volonté politique et un contexte économique-social favorable. Il est ainsi possible de détecter différentes périodes durant lesquelles la concertation a profité d'une plus ou moins grande vitalité.

La concertation sociale s'inaugure par les pactes de la Moncloa en 1977 conclus dans un contexte particulier dans lequel les syndicats apparaissent comme des instruments des parties politiques. L'objectif durant cette période de transition politique est d'asseoir le système économique et productif². Le premier véritable accord bipartite conclu entre organisations syndicales et patronales est intervenu en 1979. L'Accord Basique Interconfédéral (ABI) a par la suite été repris par la loi à l'occasion de la promulgation de l'ET et constitue un exemple de législation négociée. A partir de 1980 et jusqu'en 1984, plusieurs accords sont conclus selon diverses modalités de concertation sociale, excepté la procédure de négociation séparées³. Ce corps de textes

¹ T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 294.

² A. BAYLOS GRAU, « La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis », *REDT*, 1985, n° 21, p. 36; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y D. LEÓN BLANCO, op. cit., p. 177. Ces accords répondent à la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie collective qui fait du syndicat une « *institución casi-pública* » (J. L. MONEREO PÉREZ, op. cit., 1999, p. 35).

³ Comme exemple de pacte social : l'Accord National sur l'Emploi (ANE) du 9 juin 1981 ou l'Accord économique et Social (AES) du 9 octobre 1984.

Comme exemple d'accord-cadre : l'accord cadre interconfédéral (Acuerdo Marco Interconfederal-AMI) du 5 janvier 1980 ou l'accord interconfédéral de 1983.

Pour approfondir sur ces accords, voir OIT, *Situación Sindical y Relaciones Laborales en España*, Ginebra, ed. OIT, 1985, p. 67.

visé à consolider la politique économique et à sortir de la crise économique favorisant fondamentalement la paix sociale¹. Il s'agit de ce que la doctrine a pu qualifier de macroconcertation².

A partir de 1984, une fois la démocratie consolidée, les syndicats institutionnalisés procèdent à une rupture de la politique syndicale antérieure et s'émancipent de la tutelle étatique et partidiste qui, dans un contexte de crise économique, leur porte préjudice vis-à-vis des salariés³. Dans ce cadre, l'opposition entre les impératifs économiques défendus par l'Etat et les associations patronales et les exigences sociales défendues par les syndicats, freine la consolidation de ce modèle de concertation⁴ et aboutit à la promulgation de règles légales sans accord préalable et donc sans consensus⁵.

Au début des années 90 un nouveau cycle commence caractérisé par sa dimension bilatérale. Le gouvernement se réunit ou bien avec les syndicats ou bien avec les associations d'employeurs⁶ afin de conclure des accords sectoriels ou sur des aspects spécifiques des relations de travail⁷. On parle alors de microconcertation⁸. Cette légère amélioration des relations entre l'Etat et les interlocuteurs sociaux est toutefois mise en échec par le désaccord des organisations patronales et l'opposition des syndicats aux grandes lignes de la politique économique du gouvernement. Les conditions d'adoption

¹ La doctrine souligne que la relation entre l'autonomie collective et l'Etat se base sur une politique d'échanges mutuels : alors que les pouvoirs publics voient garantis la paix sociale et le processus de transition, les organisations professionnelles et notamment les syndicats se voient institutionnalisés dans le système politique et juridique (pour approfondir, *La concertación social tras la crisis*, Dir. A. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990; F. VALDÉS DAL-RÉ, « La legislación laboral negociada », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 179; du même auteur « Representación y representatividad sindicales en España », *RL*, 1988-II, p. 148; H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., Universidad de León, 2006, p. 121.

² Par exemple, J.L. MONEREO PÉREZ, op. cit., 1999, p. 65.

³ A. MONTOYA MELGAR, « El diálogo social en el Derecho del Trabajo », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 146. Cette rupture peut être mise en relation avec le processus de construction du régime légal de représentativité syndicale (voir supra, n° 105).

⁴ M^a.E. CASAS BAAMONDE et A. BAYLOS GRAU, « Las relaciones laborales en 1989, del conflicto a la renovación de la concertación social. ¿Un modelo distinto de concertación social? », *RT*, 1990, n° 98, p. 10.

⁵ Pour approfondir, voir M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 1995, p. 122; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « Consenso social y concertación », *RL*, 1990-II, p. 10.

⁶ A. OJEDA AVILÉS, « El bilateralismo como repuesta (impropia) a la crisis de concertación », in *La concertación social tras la crisis*, Dir. A. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990, p. 175. Notons toutefois qu'est institué en 1991, le Conseil Economique et Social qui constitue un lieu de rencontre permanent entre l'Etat et les acteurs sociaux (pour approfondir, F. DURÁN LÓPEZ, « El Consejo Económico y Social, instrumento del diálogo social », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 185).

⁷ Par exemple l'accord national de formation professionnelle continue du 16 décembre 1992 ; voir A. MARTÍN VALVERDE, « Concertación y diálogo social en 1996 », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 156; H. ÁLVAREZ CUESTA, op. cit., 2006, p. 125.

⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1997, p. 179.

de la réforme de 1994, en dehors de tout consensus social, en constituent la parfaite illustration.

Le changement de gouvernement en 1996 marque une nouvelle dynamique dans laquelle la concertation sociale sert à renforcer la légitimité des réformes légales et dans laquelle un enrichissement du contenu et des objectifs de la négociation collective est observé¹. L'impulsion de cette revitalisation de la négociation interconfédérale revient largement aux propres acteurs sociaux² comme le démontre la conclusion en 1997 de trois accords interconfédéraux. Citons notamment l'accord interconfédéral pour la stabilité dans l'emploi qui, de par son caractère global, illustre parfaitement l'interaction entre les acteurs sociaux et l'Etat³. Se trouve ici ouverte une dynamique positive qui fortifie le dialogue social et la négociation au niveau interconfédéral permettant aux acteurs sociaux de s'appropriier le système des relations professionnelles. Cette dynamique inaugure également un nouveau modèle de relations entre la loi et la négociation collective puisque plusieurs dispositions de ces accords appellent à une modification de certaines dispositions légales (notamment l'AIEE). Cette dynamique est cependant rompue à partir des années 2000⁴ comme le démontre la réforme de 2001 en matière d'emploi qui est adoptée sans accord préalable des interlocuteurs sociaux⁵.

Le changement politique amorcé en 2004 qui voit l'entrée en scène d'un gouvernement socialiste, va être l'occasion d'une nouvelle dynamisation du dialogue social comme le démontre la signature le 8 juillet 2004 de la Déclaration pour le

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Las reformas del Derecho del Trabajo español en el Gobierno Popular (1996 a 2002) », *Revista Trabajista*, 2003-II, p. 186.

² A. BAYLOS GRAU, « Diálogo social y negociación colectiva: una narración », *RDS*, 2002, n° 17, p. 211.

³ Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo (AIEE). Pour approfondir sur cet accord, voir infra, n° 448.

Outre l'AIEE, cette réforme a conduit à la conclusion en avril 1997 de deux autres accords fondamentaux (ces trois accords ont été signés et présentés simultanément le 28 avril 1997 ; A. BAYLOS GRAU, « Los acuerdos de abril de 1997 sobre negociación colectiva : algunas impresiones », *REDT*, 1997, n° 85, p. 656 ; *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Valladolid, Lex Nova, 1997). Il s'agit de l'Accord Interconfédéral sur la Couverture des Vides (« sobre Cobertura de Vacíos »-AICV ; pour approfondir, voir infra, n° 507) et de l'Accord Interconfédéral sur la Négociation Collective (AINC-97). Sur cet accord, voir infra, n° 448, 676, 728.

⁴ Cette rupture peut être mise en relation, au niveau politique, avec l'obtention de la majorité absolue des conservateurs.

⁵ RD-Loi 12/2001 du 9 juillet de mesures urgentes de réforme du marché du travail pour l'augmentation de l'emploi et l'amélioration de sa qualité (voir M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, « La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad », *RL*, 2001-I, p. 67 ; *La Reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para 2002 (la Ley 12/2001 y el ANC-2002)*, Coord. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Valladolid, Lex Nova, 2002). Certains accords spécifiques sur des matières concrètes sont cependant conclus, notamment en matière de prévention des risques au travail (accord du 30 déc. 2003).

Dialogue Social qui énonce que « *le dialogue social constitue un des actifs les plus importants dans le processus de construction et de consolidation de l'Espagne comme un Etat social et démocratique de droit* ». Ce texte, sans portée normative, manifeste une volonté d'institutionnalisation du dialogue social et de la participation des interlocuteurs sociaux à l'élaboration des lois, notamment par la création d'une commission de suivi et d'évaluation de l'accord. Cette période d'échanges continus aboutit en 2006 à la conclusion de l'Accord pour l'Amélioration de la Croissance et de l'Emploi signé le 9 mai et repris par le Real Decreto Ley 5/2006 et par la loi 43/2006 du 29 décembre pour l'amélioration de la croissance et de l'emploi. Dans cette lignée et suite à la réélection du gouvernement socialiste, est conclue le 29 juillet 2008, une Déclaration pour l'Impulsion de l'Economie, de l'Emploi, de la Compétitivité et du Progrès Social. Notons que ces différents textes sont signés par le gouvernement et les principales organisations professionnelles et démontrent une volonté non-équivoque de développer et garantir le dialogue social, sans nécessairement aboutir à un texte légal ou conventionnel contraignant.

Suite à l'entrée dans la crise économique amorcée en 2008 et « l'impérieuse nécessité de réformes », les interlocuteurs sociaux ont de manière formelle engagé plusieurs processus de rencontres et d'échanges qui ont tous eu en commun d'aboutir à un constat d'échec et à l'impossibilité de rapprocher les positions syndicales et patronales, tout du moins en matière de droit du travail. Dans ce cadre, les pouvoirs publics qui avaient appelé de leurs vœux la conclusion d'accords, ont adopté eux-mêmes les réformes tant demandées en 2010, 2011 et surtout 2012. Cette dernière réforme constitue cependant un point de rupture important¹. En effet, alors que les réformes antérieures prennent en compte l'absence de consensus entre les interlocuteurs sociaux et adoptent une position relativement équilibrée² permettant à l'autonomie collective de décider en ultime recours des règles régissant le système de négociation collective³, la réforme de 2012 se réalise en marge de toute procédure de concertation

¹ Dans ce sens, J. CRUZ VILLALÓN, « Hacia una nueva concepción de la legislación laboral », *TL*, 2012, n° 115, p. 18 s.

² Voir J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2011, p. 23; J.M^a GOERLICH PESET, « El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general », in *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 15, pour qui les pouvoirs publics jouent un rôle d'arbitre permettant de dépasser l'absence d'accord.

³ L'importance de l'intervention des interlocuteurs sociaux présente toutefois un danger en l'absence de consensus en amont. En effet, les effets de la réforme peuvent être réduits par une position des négociateurs favorable au statu quo (J.R. MERCADER UGUINA, « Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el real decreto-ley 7/2011 », in *La reforma de la negociación*

et prend une option décidée, favorable aux intérêts patronaux. Dans le même sens, il est frappant de voir les discordances entre le texte légal adopté et le contenu de l'Accord sur l'Emploi et la Négociation Collective conclu au début de l'année 2012¹.

Cette intervention en dernière instance de l'Etat permet dans tous les cas de mettre en évidence les limites du dialogue social qui reste conditionné par un contexte économique-social favorable et par une répartition des pouvoirs équilibrée. Plus loin, cet état de fait conduit à garder à l'esprit la responsabilité centrale et incontournable des pouvoirs publics.

398. Enfin, l'absence de cadre légal nous amène à envisager, d'un point de vue strictement juridique, deux questions.

D'une part, les pouvoirs publics peuvent-ils faire l'impasse d'une procédure de dialogue social avec les interlocuteurs sociaux avant de mettre en marche une réforme relative au travail ? La réforme de 2012 le laisse supposer. La majorité de la doctrine semble, quant à elle, se fondant sur l'article 7 CE², estimer que les syndicats et les organisations patronales jouent un rôle politique et intègrent le système politique défini par la Constitution³ ce qui rend nécessaire, tout au moins sur le plan de la convenance politique, leur association aux processus de réformes⁴. Cette question demeure toutefois sans réponse définitive et certaine au regard de la jurisprudence constitutionnelle qui n'a pas apporté d'éléments décisifs, bien au contraire. Le Tribunal Constitutionnel, sans se prononcer directement sur la matière et lors d'une question relative à la discrimination syndicale, estime que la concertation sociale intègre le contenu additionnel de la liberté

colectiva, Real decreto-ley 7/2011 de 10 de junio, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 70.

¹ Voir infra, n° 737.

² Aux termes duquel « *Les syndicats de travailleurs et les associations patronales contribuent à la défense et à la promotion des intérêts économiques et sociaux qui leur sont propres. Ils se constituent et exercent leur activité librement dans le respect de la Constitution et de la loi. Leur structure interne et leur fonctionnement doivent être démocratiques* ».

³ La doctrine a souligné qu'au-delà de ses termes, c'est l'emplacement de l'article 7 CE dans le Titre Préliminaire de la Constitution qui attribue une portée symbolique au rôle des syndicats (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2006 (b), p. 368 qui souligne de plus que « *la défense et à la promotion des intérêts économiques et sociaux qui leur sont propres* » dépassent sans aucun doute la seule détermination des conditions de travail à travers de la négociation collective). Dans le même sens, voir J.L. MONEREO PÉREZ, op. cit., 1999, p. 65 qui insiste sur le rôle attribué aux syndicats plus représentatifs.

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2008, p. 1056. Considérant que la concertation sociale renvoie à un procédé indépendamment du résultat éventuel, un auteur considère que la concertation est nécessaire dès lors que les réformes portent sur des questions centrales affectant les relations de travail (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2006 (b), p. 369).

syndicale et reste ainsi dans la sphère légale¹. Dans tous les cas, il ne fait aucun doute que la concertation sociale est une composante de la liberté syndicale et correspond à l'action externe des syndicats qui peuvent ainsi dialoguer avec des agents publics ou privés².

D'autre part, quelle est la force juridique de l'accord conclu, spécialement lorsque la négociation est tripartite ? Constitue-t-il une manifestation de négociation collective au sens de l'article 37.1 CE ? La nature des pactes sociaux a ainsi fait l'objet d'une controverse doctrinale. Trois positions s'affrontaient. Pour un premier secteur doctrinal, ces pactes sociaux ont une nature juridique et déploient une force obligatoire³. Pour d'autres auteurs, ces accords peuvent constituer une manifestation d'économie ou d'administration concertée exigible par la voie du contentieux administratif⁴. Enfin, une dernière position majoritaire reconnaît uniquement une nature politique à ces accords qui ne déploient aucune efficacité juridique⁵. La jurisprudence s'est également positionnée en faveur de cette dernière interprétation⁶. Dés lors, comme en droit français, les pouvoirs publics restent libres d'en transposer de manière totale ou partielle le contenu. Il est toutefois incontestable que la mise à l'écart du contenu de l'accord ou

¹ Les juges estiment que les accords tripartites constituent « une manifestation très particulière du droit consacré à l'article 37.1 de la Constitution » mais qu'ils ne peuvent être considérés comme « une véritable convention collective » (STC 39/1986 du 31 mars) Pour approfondir, M. PÉREZ PÉREZ, « La concertación social ante el Tribunal Constitucional : « ¿Una cuestión jurídica ? », in *La concertación social tras la crisis*, Dir. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990, p. 67).

Sans remettre en cause cette décision, il convient toutefois de relever, d'une part, son ancienneté et, d'autre part, que le contenu essentiel est une notion dynamique qui pourrait aujourd'hui inclure la concertation sociale.

Sur le plan légal, il a été souligné que l'article 6.3 LOLS relatif à la représentation institutionnelle qui énonce que les syndicats plus représentatifs remplissent « n'importe quelle fonction représentative qui s'établira », permettrait de fonder la concertation sociale (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2006 (b), p. 369).

² STC 9/1988 du 25 janvier ; 51/1988 du 22 mars ; 127/1989 du 13 juill. ; 121/2001 du 4 juin ; 238/2005 du 26 septembre citées par J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2006 (b), p. 369).

³ Concrètement, il s'agit d'une obligation de faire exigible devant les Tribunaux sur le fondement de l'article 1098 C. civ. (J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, « Apuntes breves sobre el Acuerdo Económico y Social (1985-1986) », *Papeles de Economía Española*, 1984, n° 21, p. 237).

⁴ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ y M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Participación de los sindicatos representativos, no firmantes del AES, en las comisiones establecidas por el acuerdo », *RL*, 1985-I, p. 350; A. BAYLOS GRAU, « La intrincada frondosidad de los acuerdos tripartitos », *RL*, 1985-I, p. 1172.

⁵ E. BORRAJO DACRUZ, « Eficacia jurídica del AES », *AL*, 1985, n° 14, p. 723; T. SALA FRANCO y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « Problemas jurídicos en la aplicación del AES », *AL*, 1985-I, p. 744; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, « Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AA.VV, Madrid, ACARL, 1989, p. 18; M.A. SOLANS LATRE, loc. cit., 1995, p. 118; M^a.N. MORENO VIDA, « La naturaleza jurídica de los pactos sociales », in *La concertación social tras la crisis*, Dir. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990, p. 67. p. 80; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., p. 1062.

⁶ STCT du 17 mars 1986, Ar/2001 qui parle de « *pacte politique social* ».

l'absence de toute concertation engage la responsabilité politique des pouvoirs publics¹ qui peut, par exemple, aboutir à une grève générale.

Conclusion § 1:

399. D'un point de vue comparatif et sur le fond, les deux dispositifs ont permis de mettre en exergue la dimension politique du phénomène de la loi négociée. Celle-ci ressort avec plus de clarté en droit espagnol en l'absence de norme légale qui en régit le déroulement. Néanmoins, en droit français, les incertitudes relatives à la force juridique du dispositif, la conception large du dialogue social et la liberté de la loi de s'écarter des dispositions conventionnelles conduisent selon nous à affirmer que la juridification du phénomène n'a pas fait disparaître son caractère essentiellement politique.

Plus loin, il est intéressant de relever les conditions et le moment d'intervention des pouvoirs publics. En effet, en Espagne, malgré le vide normatif, l'Etat semble se placer dans une position d'égalité avec les interlocuteurs sociaux en participant à de nombreuses occasions comme un négociateur supplémentaire. Dans ce cadre, l'accord conclu ne peut être transposé que fidèlement dans la loi. Au contraire, en droit français, l'Etat reste en marge du processus de négociation et intervient a posteriori, telle une entité suprême pour sanctionner, contrôler ou intégrer les accords des interlocuteurs sociaux. On retrouve incontestablement les divergences déjà abordées quant à la portée de la reconnaissance de l'autonomie collective.

400. En marge de ces questions, le phénomène de loi négociée doit toutefois nous amener à la prudence traitant d'aspects tant importants comme les relations entre les pouvoirs publics et l'autonomie collective, les relations entre la loi et la convention ou les rapports entre l'intérêt général et les intérêts collectifs². Incontestablement, ce phénomène présente deux avantages importants. Il permet de donner plus de légitimité à

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ loc. cit., p. 1061.

² Dans tous les cas, la loi négociée « constitue le processus normatif de synthèse dans lequel se fondent les deux voies historiques de juridification des relations de travail, dans le quel convergent, en somme, la souveraineté politique et l'autonomie privée » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1997, p. 172).

Dans le même ordre d'idée, le droit du travail demeure une branche du droit extrêmement particulière et originale de part ses sources. Le Professeur G. LYON-CAEN rappelait que « la plupart des institutions du droit du travail ont été d'abord conventionnelles avant d'être consacrées par le législateur. Et cette observation est évidemment capitale ; il ne faut pas voir la loi comme étant la première et la convention comme seulement invitée à compléter ses lacunes ou ses oublis, dans des limites étroites et fixées d'avance. Il faut voir les interlocuteurs sociaux frayant le chemin et la loi venant derrière eux, pour poser quelques panneaux indicateurs, ou compléter l'ouvrage » (loc. cit., 1973, p. 90).

la loi finalement adoptée et favorise un cadre juridique, social et économique plus stable, notamment la paix sociale et une meilleure efficacité des règles légales¹.

Néanmoins, il ne devrait pas conduire la loi à s'acquitter de sa responsabilité originaires. Dès lors, outre l'existence de difficultés pratiques et conjoncturelles², la suprématie de la loi doit être toujours garantie pour éviter l'hégémonie de la variable économique qui constitue incontestablement le cœur des rapports entre interlocuteurs sociaux³. La fonction protectrice du droit du travail incarnée par la loi doit aujourd'hui, et plus que jamais, être garantie. Force est pourtant de constater que la tendance est inverse tant les pouvoirs publics cherchent la caution et l'assentiment des interlocuteurs sociaux pour adopter des réformes régressives pour les salariés.

§ 2: *Les modes d'articulations en aval de la loi distincts à l'impérativité relative*

401. L'association des interlocuteurs sociaux à l'élaboration des règles applicables aux relations de travail s'opère également en aval de la loi. Dans ce cadre, les interlocuteurs sociaux se voient confier une fonction « *de mise en œuvre de la loi* »⁴ qui se différencie donc de la fonction traditionnelle d'amélioration des normes légales. Dès lors, parallèlement aux lois impératives, peut être envisagé un autre bloc de lois dites « *dispositives* ». Etablir une typologie de ces lois en matière de droit du travail constitue, sans aucun doute, une opération périlleuse et difficile à laquelle les doctrines française et espagnole les plus éminentes se sont attachées⁵. En effet, elles offrent « *une physionomie très variée qui donnent lieu à divers types de relations loi-convention*

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., p. 1056. Se référant plus généralement au dialogue social, la doctrine espagnole a dégagé 10 fonctions remplies par ce phénomène (voir J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2006 (b), p. 343-346)

² L'hypothèse du désaccord entre interlocuteurs sociaux doit en effet permettre à la loi de toujours pouvoir intervenir afin d'éviter tout blocage.

³ Considérant que les rapports entre les organisations syndicales et patronales restent fondamentalement guidés par la seule variable économique, la présence de l'Etat permet la prise en compte d'autres variables. Dans ce sens, le Professeur SUPIOT affirme avec justesse que « *le dialogue social, comme tout lien de parole, n'est pas un rapport binaire car il implique un langage commun, une référence tierce sans laquelle il ne peut se nouer ; vouloir effacer ce tiers, incarné ici par la figure du Législateur, condamne ce dialogue à dégénérer en relation « ami/ennemi », c'est-à-dire en rapport de guerre ou de domination* » (loc. cit., 2010, p. 531).

⁴ A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63. L'auteur écrit que dans ce cas, « *l'application de la loi passera par le filtre de dispositions conventionnelles* ».

⁵ A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63. La doctrine espagnole s'est fortement attachée à cette question. Voir notamment, A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1978, p. 8; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 1994, p. 248; T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008.

collective »¹. L'exercice de comparaison qui est le nôtre, devra de plus nous amener à prêter une attention non pas aux termes employés mais plutôt aux objectifs poursuivis.

Les alternatives à l'impérativité relative de la loi peuvent prendre différentes formes et attribuer à la norme conventionnelle différentes fonctions.

Trois alternatives peuvent être dégagées² : tout d'abord, la loi qui établit les principes et le cadre général, peut renvoyer à la convention leur mise en œuvre. Parlons alors d'une relation de complémentarité au sens strict. Dans cette hypothèse, la loi n'est ni impérative, ni dispositives mais prend une configuration spécifique qui n'est pas exclusive au droit du travail. Ensuite, la loi établit un dispositif complet mais prévoit son application dans le cas où la convention collective ne prévoit aucune disposition sur cette matière. Dans ce cas, on peut évoquer une relation de supplétivité ou de subsidiarité. Enfin, la loi renvoie purement et simplement à la convention la mission de définir un aspect des relations de travail sans en définir les éléments basiques ni a fortiori, sans prévoir des dispositions applicables en défaut de traitement conventionnel. Dénommons cette modalité de relation comme une relation de pure dispositivité ou de délégalisation.

402. Cette typologie demeure confrontée à plusieurs difficultés. En effet, outre les difficultés terminologiques résultantes de la perspective comparée de notre travail, les frontières et les critères de différenciation entre ces trois alternatives font l'objet de discussions doctrinales. La détermination de la nature juridique d'une disposition légale peut, il est vrai, s'avérer difficile et poser des problèmes de sécurité juridique. Nous optons cependant pour conserver ce cadre méthodologique sans préjudice des nécessaires éclaircissements et nuances qu'il conviendra apporter.

Avant d'aborder la mise en œuvre de ces différentes modalités de relations entre la loi et la convention, une dernière précision doit être formulée. La loi entretient des relations avec d'autres sources applicables aux relations de travail telles que le contrat de travail, la décision unilatérale de l'employeur ou, dans le cas espagnol, les accords d'entreprises. Nous renvoyons à d'autres développements du travail les options légales relatives à la coordination des ces sources avec les conventions collectives, centrant ici notre analyse uniquement aux relations entre la loi et la convention collective.

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 240.

² M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 240; A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63.

A. La relation de complémentarité au sens strict : la convention comme règlement d'application

403. La complémentarité correspond à une « *relation de collaboration normative en vertu de laquelle une disposition renvoie à une autre pour compléter des aspects déterminés de sa régulation, conservant chacune d'elles son rang et sa nature* »¹. Certains auteurs parlent également de « *relations d'articulation* »². Le paradigme de ce modèle de relation est représenté par la relation classique entre la loi et le règlement.

L'originalité du droit du travail se retrouve alors en ce domaine et conduit à la substitution du règlement par la convention collective³. Les pouvoirs publics procèdent à un transfert de l'exercice du pouvoir réglementaire aux partenaires sociaux. Reprenant les propos du Professeur A. SUPIOT, « *la puissance publique se décharge alors sur les partenaires sociaux de sa mission réglementaire, infra-législative* »⁴.

Nous aborderons tout d'abord le droit espagnol dans lequel, conformément à la consécration de l'autonomie collective, la relation de complémentarité est largement mise en œuvre offrant toutefois plusieurs déclinaisons. Par la suite, nous nous attacherons au droit français dans lequel la relation de complémentarité a permis de fonder le pouvoir normatif des organisations professionnelles conformément à la théorie de la délégation et aux réticences à la reconnaissance de l'autonomie collective.

1. Une relation consubstantielle à la place de la négociation collective en droit espagnol

404. La notion de « *complémentarité* » entre la loi et la convention collective est envisagée en droit espagnol au travers de son instrument juridique : le renvoi de la loi à la convention collective⁵. Il importe toutefois de souligner que la loi peut par principe faire l'objet de compléments conventionnels⁶. La doctrine évoque notamment les hypothèses de renvois tacites ou implicites⁷. Plus généralement, en marge de l'existence de renvois exprès ou tacites, il est admis qu'en vertu du cadre constitutionnel qui

¹ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 450.

² T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 15.

³ Sur la place du règlement en droit du travail, voir infra, n° 495 s.

⁴ A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 635.

⁵ F. FUENTES RODRÍGUEZ, *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 48; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 451.

⁶ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 452, 456.

⁷ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 250.

reconnaît l'autonomie collective¹, une convention collective peut toujours intervenir afin de compléter des dispositions légales si les négociateurs l'estiment nécessaire².

Dans les hypothèses dans lesquelles la loi se réfère explicitement à la convention collective, force est de constater que l'ampleur du renvoi de la loi et la consécutive marge de liberté de la convention peuvent varier. En effet, la technique du renvoi est fortement hétérogène et prend en compte des hypothèses qui s'écartent de la complémentarité entendue strictement qui nous intéresse ici. Trois hypothèses de renvois sont envisagées par la loi.

En premier lieu, la loi renvoie à la convention collective la mise en œuvre des principes et des bases énoncés par elle dans une matière considérée. Il s'agit de la relation de complémentarité classique, entendue strictement³. Celle-ci se caractérise par deux aspects. D'une part, elle suppose l'intervention simultanée des deux normes⁴. D'autre part, la loi attribue de manière explicite à la négociation collective la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre d'un droit qu'elle reconnaît⁵. La disposition légale configure les aspects basiques d'un droit auquel vient se greffer les compléments de la convention collective⁶. Une répartition fonctionnelle entre les deux normes peut donc être détectée⁷. Alors que la loi fixe les critères et les bases régissant la matière, la convention les développe⁸. Dans ce cadre, la loi est en raison de son caractère général difficilement applicable et doit faire l'objet d'une intervention de la convention pour que la matière visée soit complètement réglementée⁹. On parle alors de complémentarité nécessaire ou indispensable¹⁰. On décèle la volonté de la loi de

¹ Voir supra, n° 23 s.

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 228; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 453 qui parle, dans ces deux hypothèses où il n'y a pas de renvoi exprès, « *de complémentarité additionnelle « auto-attribuée* ». La convention ne peut toutefois pas contredire ou dénaturer les dispositions légales.

³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 233.

⁴ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1978, p. 11.

⁵ Ce type de relation permet d'envisager la situation dans laquelle « *pour une hypothèse déterminée, s'applique un précepte contenu dans une norme (basique) complété par un autre précepte d'une autre norme distincte (complémentaire)* » (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1978, p. 10).

⁶ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 1994, p. 248.

⁷ F. FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., 1995, p. 48.

⁸ Par exemple, l'article 22 ET, tout en renvoyant à la convention l'établissement du système de classification, définit la notion de groupes professionnels qui constitue le critère de composition du système. L'article 26.3 ET renvoie à la convention la détermination de la structure du salaire et la consolidation ou non des compléments de salaires ayant fixé antérieurement une structure légale de base. Voir également l'article 31 ET relatif au montant et à la périodicité des deux payes extraordinaires.

⁹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 249.

¹⁰ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 453. Il s'agit de rendre opératifs et applicables les droits énoncés dans la loi qui nécessite l'appui de la convention collective (I. GARCÍA-PERROTE

s'exonérer de la tâche de définir précisément la mise en œuvre du droit et d'opter pour une régulation conventionnelle. Si la convention ne met pas en œuvre ce droit, la loi peut prévoir l'intervention d'autres instruments¹ ou aboutir à l'intervention des juges².

En deuxième lieu, la loi renvoie à la convention collective l'adaptation de ces préceptes à un cadre spécifique. L'intervention de la convention ne vise donc pas ici au complément de la norme légale qui peut être appliquée en raison de son degré de définition³, mais à son adaptation⁴. Dès lors, les dispositions légales peuvent être mises à l'écart. L'idée d'adaptation implique que la convention puisse établir une réglementation distincte, par nature, plus adaptée. Dès lors, cette modalité de renvois se distingue de la relation de complémentarité stricte qui implique quant à elle, l'application des deux normes. Dans tous les cas, la loi a la faculté d'encadrer la capacité d'adaptation et posait des limites concrètes. La loi continue donc de trouver application en fixant les limites de l'adaptation⁵. En raison du maintien de l'impérativité de la loi, la complémentarité dite d'adaptation se rapproche de la relation dite de suppléativité limitée entre la loi et la convention⁶.

En troisième lieu, la loi peut renvoyer « en bloc » à la négociation collective la mission de réglementer de forme complète une matière déterminée. Cette complémentarité au sens large, qualifiée d'impropre, vise l'hypothèse dans laquelle la loi ne prévoit aucune règle basique et renvoie purement et simplement à la convention la mission d'encadrer une matière ou un point concret. On parle alors de « *délégalisation* » de certaines matières au profit de la négociation collective⁷. Ce modèle de

ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 229-237). L'action de la loi se cantonne « à établir une règle et à appeler la convention à en fixer les détails » (M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 241).

¹ Par exemple, les accords d'entreprises, le contrat de travail, le pouvoir de décision de l'employeur.

² Pour approfondir sur cette question, voir infra, n° 415.

³ Dans cette hypothèse, le dispositif légal présente généralement un caractère auto-suffisant et peut s'appliquer sans le recours de la convention (A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 453 et CASAS BAAMONDE, « Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva », *REDT*, 1983, n° 13, p. 51).

⁴ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1983, p. 51; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 454; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 251.

⁵ On peut citer dans ce sens, l'article 69.2 ET relatif aux conditions pour être éligibles aux élections professionnelles. La convention peut, dans les limites fixées par la loi, modifier les délais permettant de s'adapter aux caractéristiques de la mobilité du personnel dans le cadre considéré. Dans le même sens, l'article 11.1 a) ET relatif au contrat en stage prévoit, d'un côté, que le poste de travail devra permettre l'adéquation de la pratique professionnelle avec le niveau d'étude considéré et renvoie, d'un autre côté, à la convention sectorielle la détermination des postes de travail, groupes, niveaux ou catégories professionnelles qui peuvent faire l'objet de tels contrats.

⁶ Voir infra, n° 411.

⁷ T. SALA FRANCO, A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 15. Ce phénomène de « *délégalisation* » s'inscrit plus loin dans le discours relatif à la flexibilité du droit du travail et pose de nombreuses difficultés juridiques et sociales (voir infra, n 422).

complémentarité s'écarte de la complémentarité entendue strictement ou de la complémentarité d'adaptation¹. En effet, dans la délégalisation, la loi ne détermine aucun élément et se limite à établir le renvoi. Aucun contenu légal ne s'applique ce qui laisse exclusivement à la convention le soin de régler la matière considérée².

405. En guise de conclusion, le recours à la technique normative du renvoi afin d'aborder la relation de complémentarité strictement entendue est une importante source de confusion. Or, ce modèle de relation dans lequel s'applique une norme basique et une norme complémentaire doit clairement être identifié constituant un mécanisme important et généralisé de détermination des conditions de travail. Dans tous les cas, soulignons qu'au regard de la reconnaissance de l'autonomie collective, le recours à cette modalité de relation loi-convention est totalement conforme à la logique du droit espagnol³.

2. La fonction réglementaire de la convention collective comme voie de reconnaissance du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux en droit français

406. L'analyse de la relation de complémentarité en droit français doit être replacée dans un cadre global et faire référence à l'intégration de l'autonomie collective dans l'ordre juridique étatique. En effet, face à l'hégémonie de la notion d'ordre public social (OPS) et de la fonction d'amélioration traditionnellement reconnue à la convention collective qui ont fondé l'intervention de la négociation collective, la mise en œuvre d'une relation de complémentarité a constitué l'étape inaugurale de la multiplication des fonctions de la négociation collective.

Un aparté spécifique doit cependant être consacré à une matière centrale dans l'évolution du droit du travail français contemporain : la réglementation du temps de travail.

¹ Pour approfondir sur ce modèle, voir infra, n° 415.

² Voir par exemple, l'article 36.2 ET relatif à la détermination de la rétribution spécifique en cas de travail nocturne.

³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *op. cit.*, 1987, p. 222 s.

407. Se fondant sur l'article 34 de la Constitution¹ et sur le principe de participation, le Conseil constitutionnel a énoncé pour la première fois en 1989 qu'« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations représentatives le soin de préciser, après concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* »². En d'autres termes, la loi peut renvoyer à la convention collective « *le soin de déterminer les modalités d'application des principes fondamentaux* »³.

Dans cette hypothèse, les fonctions de la négociation collective se confondent avec celles du règlement, « *l'accord collectif pouvant donc faire fonction de décret d'application de la loi* »⁴. L'article 34 de la Constitution est, par conséquent, réaménagé au profit de la négociation collective.

Il est intéressant de relever que cette modalité de relations a constitué la voie par laquelle a été consacré le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux⁵ qui se substituent « *non seulement au pouvoir réglementaire normalement dévolu au gouvernement, mais encore, au bénéfice des mécanismes de l'ordre public social* »⁶. En effet, la fonction réglementaire de la convention collective constitue une alternative à la seule application du jeu de l'OPS qui n'est plus le seul principe d'articulation entre la loi et la convention collective.

Dans ce schéma, la norme étatique, en l'occurrence la loi, délègue à la convention une fonction réglementaire. Le Conseil constitutionnel rappelle dans tous les cas que la fonction de la convention en la matière « *n'est pas de droit, le législateur demeure parfaitement libre [...] d'opter en faveur du renvoi aux partenaires sociaux ou bien de s'en remettre au pouvoir réglementaire* »⁷.

Par ailleurs, les juges constitutionnels ont veillé à ce que cette délégation n'outrepasse pas la répartition qui découle de l'article 34 de la Constitution. Dans ce sens, si le législateur est libre de renvoyer aux interlocuteurs sociaux cette fonction réglementaire, il ne peut toutefois pas s'exonérer de déterminer les principes

¹ Relatif à la répartition des compétences entre la loi et le règlement et selon lequel la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale (voir supra, n° 31).

² DC n° 89-257 du 25 juill. 1989, *Dr. soc.*, 1989, p. 627.

³ X. PRETOT, loc. cit., 1989, p. 704.

⁴ M. BONNECHERE, loc. cit., 2001, p. 415.

⁵ X. PRETOT, loc. cit., 1998, p. 161.

⁶ X. PRETOT, loc. cit., 1989, p. 704.

⁷ X. PRETOT, loc. cit., 1989, p. 706.

fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale en vertu de l'article 34 de la Constitution¹.

408. La récente loi de 2008 relative à la durée du travail a franchi un pas supplémentaire dans ce modèle de complémentarité² mais a également permis au Conseil constitutionnel de rappeler les limites de la délégation et les compétences de la loi.

Le franchissement d'un pas supplémentaire apparaît au travers des conditions de détermination du contingent d'heures supplémentaires. Aux termes de l'article L. 3121-11 CT « : *Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* ». Si ce contingent n'est pas fixé par une convention applicable, le dispositif français recourt alors au pouvoir réglementaire³. Aucune limite de contingent n'étant fixée, les négociateurs n'ont qu'à respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires qui sont d'ordre public⁴.

En matière de temps partiel, on retrouve la même logique avec cependant une différence puisque si la loi renvoie à la convention « *les conditions de mise en place d'horaires à temps partiel à la demande des salariés* »⁵, elle encadre, de manière impérative, le contenu de ces conventions⁶. On retrouve toutefois la prévision du

¹ Dans une décision rendue en 1996, les juges ont admis que le pouvoir législatif puisse « *sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination* » des principes fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution, en l'espèce la détermination des seuils relatifs à l'ouverture de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. En l'espèce, les juges se sont fondés sur le caractère expérimental de la mesure pour valider ce dispositif (DC n° 96-383 du 6 nov. 1996, déjà citée. Voir également X. PRETOT, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *Travail et protection sociale*, 1997, p. 4 ; B. MATHIEU, loc. cit., 1997, p. 152).

² Pour la Professeur FAVENNEC, « *la progression franchit ici un cran supplémentaire : à la négociation de dérogation dont l'espace était limité et la mise en oeuvre entourée de garanties, se substitue une négociation de délégation du législateur aux partenaires sociaux, voie déjà empruntée par la loi du 17 janvier 2003. La loi délègue aux partenaires sociaux le pouvoir d'organiser le régime des heures supplémentaires (contingent et majoration), la répartition du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine, les modalités de son décompte et de sa forfaitisation....* » (« Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », *Dr. soc.*, 2009 (a), p. 255).

³ Art. L. 3121-11 CT : « [...] *A défaut d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel [...]* » (voir Décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 relatif au contingent annuel d'heures supplémentaires et à l'aménagement du temps de travail et portant diverses mesures relatives au temps de travail).

⁴ M. VERICEL, « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », *RDT*, 2008, p. 576.

⁵ Art. L. 3123-5 CT.

⁶ Article L. 3123-5, al. 2 CT : « *Cette convention ou cet accord prévoit :*

recours au pouvoir réglementaire en cas de défaut de convention collective¹. Ce recours constitue un élément différenciateur fondamental entre le droit français et le droit espagnol qui rappelle la divergence entre les deux droits quant aux rapports entre les pouvoirs publics et l'autonomie collective.

L'empressement du législateur pour renvoyer aux interlocuteurs sociaux la réglementation de la durée du travail a néanmoins été adouci par les juges constitutionnels qui ont ainsi rappelé que « *s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail et de prévoir qu'en l'absence de convention collective ces modalités d'application seront déterminées par décret, il lui appartient d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* »². En l'occurrence, la durée minimale de la contrepartie obligatoire en repos ainsi que la détermination de son seuil de déclenchement ne sauraient relever du droit conventionnel à la différence de ses modalités pratiques³. Le droit au repos correspond à une prescription d'ordre public qui relève des principes fondamentaux.

En définitive, il convient de retenir que « *la délégation de pouvoirs n'est pas sans bornes* »⁴ et ne peut concerner, a priori, la détermination des principes fondamentaux⁵.

409. Pour conclure ce développement sur la relation de complémentarité dans un sens strict, deux aspects doivent être relevés d'un point de vue comparatif. Tout d'abord, alors que le droit espagnol envisage cette relation de manière structurelle et consubstantielle à la reconnaissance de l'autonomie collective et au nécessaire espace vital de la convention collective, le droit français a tardé à contempler cette fonction qui, conçue comme une délégation de la loi, a constitué le fondement de la reconnaissance du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux.

¹ Les modalités selon lesquelles les salariés à temps complet peuvent occuper un emploi à temps partiel et les salariés à temps partiel occuper un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise ;

² La procédure à suivre par les salariés pour faire part de leur demande à leur employeur ;

³ Le délai laissé à l'employeur pour y apporter une réponse motivée. En particulier, en cas de refus, celui-ci explique les raisons objectives qui le conduisent à ne pas donner suite à la demande ».

⁴ Art. L. 3123-6 : « En l'absence de convention ou d'accord collectif de travail, le salarié peut demander à bénéficier d'un horaire à temps partiel dans des conditions fixées par voie réglementaire ».

⁵ DC n° 2008-568 du 7 août 2008.

⁶ M. VERICEL, loc. cit., p. 577.

⁷ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 255.

⁸ F. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.*, 2010, p. 382.

Ensuite, dans la continuité de la réflexion antérieure, il est intéressant de noter comment le dispositif français prévoit l'intervention subsidiaire du règlement dans les cas où la convention collective ne remplit pas la fonction qui lui est attribuée. Cette méfiance à l'égard de la négociation collective contraste avec le droit espagnol qui renvoie en toute confiance à la négociation collective la mise en œuvre des dispositions de l'ET. Nous verrons plus loin que cette intervention réglementaire peut toutefois constituer un mécanisme pertinent et protecteur des salariés et, à la fois, respectueux de l'autonomie collective.

B. La relation de supplétivité

410. Une relation est supplétive lorsqu'une norme s'applique seulement en défaut de régulation dans une autre norme. Pour ce qui nous intéresse, la loi a un caractère supplétif lorsqu'elle prévoit son application seulement en cas de défaut ou d'absence de régulation conventionnelle.

En droit espagnol, cette modalité de relation a très tôt été envisagée par la doctrine. Elle est conforme à la conception de la négociation collective et à la place attribuée à l'autonomie collective. En droit français, cette modalité de relation entre la loi et la convention peut entrer en conflit avec le dogme de l'OPS. Dès lors, un instrument spécifique, dénommé accord dérogatoire, a été créé et permet de donner une préférence d'application à la convention collective sans remettre en cause le caractère impératif de la norme légale.

1. Une relation conforme à la place de la négociation collective en droit espagnol

411. Les caractéristiques de la relation de supplétivité ont été dégagées par la doctrine espagnole sans difficultés majeures¹.

Dans ce modèle de relation, est donnée une préférence à la convention pour encadrer une matière déterminée. Celle-ci demeure néanmoins réglementée par des dispositions légales qui ne trouvent à s'appliquer uniquement en cas d'absence de dispositions conventionnelles. Les lois supplétives permettent donc à la convention

¹ Certains auteurs se réfèrent à cette modalité de relations évoquant les « *lois absolument dispositives* » (T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 15) ou parlent de « *relation de subsidiarité* » (M.A. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 240).

collective de s'affranchir du contenu des normes légales, en d'autres termes de s'y substituer purement et simplement. Comme le souligne le Professeur GARCÍA-ESCARTÍN, dans ce modèle de convention, « *le contenu de la loi est disponible pour l'autonomie collective* »¹. La loi de caractère supplétif est donc disponible pour les négociateurs. Dans ce modèle, la convention peut par conséquent établir un dispositif plus ou moins favorable que la loi². Le principe de la norme minimale et plus généralement, le principe de faveur, ne joue pas dans cette modalité de relation. Plusieurs auteurs ont alors souligné que l'éventuelle disposition *in peius* devrait viser certains objectifs comme par exemple le maintien de postes de travail, l'insertion dans le marché du travail de personnes en difficultés ou la viabilité de l'entreprise facilitant sa compétitivité sur le marché³. Force est cependant de constater qu'il ne ressort aucun caractère obligatoire à l'existence de contreparties, du moins de contreparties réellement et effectivement mesurables.

On retrouve certaines expressions qui permettent d'identifier clairement ce type de dispositions légales. La loi prévoit par exemple que son dispositif s'appliquera « à défaut de ... »⁴ ou « *sauf accord contraire* »⁵ ou « *en l'absence d'accord* »⁶.

Quoi qu'il en soit ces formules démontrent que le caractère supplétif d'une norme légale reste toujours défini par la loi elle-même⁷. En effet, c'est la norme de rang supérieur qui donne une préférence d'application à une autre norme de rang hiérarchique inférieur. On retrouve donc ici la supériorité hiérarchique de la loi.

¹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 325. « *Selon la perspective adoptée, nous nous trouvons devant une relation de suppléativité (de la norme supérieure) ou de disponibilité (pour la norme inférieure)* » (A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 489).

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 326.

³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 343; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 491.

⁴ Art. 14.1 ET : « *En défaut d'accord dans une convention, la durée de la période d'essai ne pourra pas excéder 6 mois pour les techniciens et 2 mois pour les autres travailleurs* ».

Antérieurement à la réforme de 2012, en matière de dénonciation, l'article 86.3 ET relatif à la survie de la convention dénoncée prévoyait qu'en défaut d'accord, serait maintenu en vigueur son contenu normatif (pour approfondir, voir infra, n° 609).

⁵ Art. 34.3 ET relatif au nombre d'heures de travail quotidiennes : « *le nombre d'heures ordinaires de travail effectif ne pourra être supérieure à neuf heures par jour, sauf si par convention collective [...], s'établit une autre distribution du temps de travail journalier, dans le respect, dans tous les cas, du repos journalier* » ; art. 84 ET relatif aux règles de concurrence entre conventions collectives qui prévoit la règle de non-affectation sauf « *accord contraire* » (pour approfondir sur les règles de concurrence, voir infra, n° 657, 718) ; Art. 86.2 ET : « *Sauf accord contraire, les conventions collectives se prorogeront chaque année si n'intercède pas la dénonciation expresse des parties* »

⁶ Art. 35.1 ET qui prévoit qu'en l'absence d'accord, les heures supplémentaires donne lieu à un repos compensateur.

⁷ « *C'est toujours la norme légale qui s'auto-attribue le caractère de dispositive et qui marque les limites exactes de cette disponibilité* » (M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 240). Dans le même sens, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 328.

Dés lors, le maintien de cette supériorité a une conséquence : la loi peut restreindre l'action des acteurs sociaux en imposant des exigences de forme ou de fond¹.

En ce qui concerne les exigences de formes, nous avons jusqu'à présent évoqué de manière générique la mise à l'écart de la loi par les conventions collectives statutaires. Il convient alors de préciser que la loi peut, d'un côté, restreindre cette faculté à des conventions collectives déterminées ou établir une hiérarchisation des différentes conventions² et, d'un autre côté, permettre l'intervention d'instruments collectifs distincts tels que les accords d'entreprise³ et même opter pour le recours à l'accord individuel entre employeur et salarié⁴.

En ce qui concerne les exigences de fond, la loi peut se déclarer pleinement disponible et ne fixer aucune limite à la convention collective⁵. Elle peut également établir des limites dans lesquelles son contenu est disponible pour les parties à la négociation⁶. Ce cadre minimum et/ou maximum doit, dans tous les cas, être respecté par la convention⁷. Le Professeur ALARCÓN parle ainsi de « *renvoi conditionné* »⁸. Cette supplévitivité limitée se rapproche, nous l'avons déjà souligné, de l'hypothèse de complémentarité d'adaptation dans laquelle la loi demeure en partie impérative⁹.

2. L'accord dérogatoire en droit français

412. Contrairement au droit espagnol, l'identification de la relation de supplévitivité entre la loi et la convention collective pose plusieurs difficultés en droit français. Celles-ci s'expliquent, selon nous, par la réticence historique de l'ordre juridique étatique pour reconnaître une capacité normative propre à l'autonomie collective et par le rôle protecteur traditionnellement attribué à la loi. D'un point de vue

¹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 329.

² Voir infra, n° 686 s.

³ Voir infra, n° 743 s.

⁴ Voir infra, n° 543 s.

⁵ Par exemple, art. 11.1 d) ET relatif à la durée de la période d'essai des stagiaires qui relève des conventions collective, la loi prévoyant à titre supplétif qu'elle ne peut être supérieure à 1 mois ou à 2 mois selon le niveau académique. Citons également l'article 86.2 ET et les articles 84.1, et 86.3 ET antérieurement à la réforme de 2012 (cités supra).

⁶ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 240.

⁷ Par exemple, l'article 11.2 b) ET relatif au contrat en apprentissage renvoie à la convention collective sectorielle la détermination de sa durée qui peut osciller entre 6 mois et trois ans.

⁸ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 241. Dés lors, dans les hypothèses de complémentarité, « *la norme légale est mixte : elle régule impérativement le basique de la matière en question mais rend disponible pour la convention collective les détails de ladite régulation : en ce qui concerne ces détails, la norme légale est dispositiva* »

⁹ Voir supra, n° 404.

strictement juridique, cette réticence se traduit par la volonté, la croyance ou l'illusion de considérer que les règles légales en matière de droit du travail sont d'ordre public relatif ou dotées d'impérativité, généralement, relative.

Dans ce cadre, la mise à l'écart de la loi et l'émancipation de la convention collective du fait de son application préférentielle, se sont opérées à travers d'un instrument particulier, caractéristique du dispositif français, dénommé accord dérogatoire¹.

Un exemple révélateur de ce type d'accords se retrouve par exemple en matière de consultation des représentants du personnel en cas de licenciements collectifs². Aux termes de l'article L. 1233-21 CT, « *un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours* »³.

Le commentateur attentif ne peut qu'observer la nouvelle utilisation du terme de dérogation ou d'un de ses dérivés. En effet, nous avons vu antérieurement que si les conventions et accords collectifs « [...] *ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public* » des lois et règlements, ils peuvent toutefois « *comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur [...]* »⁴. Une controverse doctrinale portait alors sur le fait de savoir si cette disposition prévoyait ou non une dérogation au sens traditionnel ou si la logique de l'OPS empêchait la mise à l'écart de la loi puisque la convention ne pouvait uniquement procéder à son amélioration⁵. Sans se prononcer définitivement, nous avons admis que cet article, fondement de l'OPS, implique que la convention collective puisse déroger à la norme

¹ Définitivement introduit par les lois Auroux de 1982 (Ordonnance n° 82-41 du 16 janv. 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, on retrouve cependant, dans une plus faible mesure, cet instrument dans une ordonnance du 23 septembre 1967 qui permettait déjà à un accord étendu de déroger aux modalités de répartition des horaires collectifs.

² On retrouve également la possibilité de conclure ce type d'accords en matière de contrats à durée déterminée, spécialement quant à la fixation des indemnités de fin de contrat (art. 1243-9 CT). En marge de ces matières, la réglementation de la durée de travail constitue le terrain de prédilection de ce type d'accords (voir infra, n° 646).

³ Anc. art. L.320-3 CT. Pour approfondir, voir P.H. ANTONMATTEI, « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », *Dr. soc.*, 2003 (c), p. 486 et « Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude » », *Dr. soc.*, 2005, p. 399 ; F. FAVENNEC-HERY, « Restructurations : le rôle de la négociation collective », *Dr. Soc.*, 2004, p. 279 ; F. GAUDU, « Les accords de méthode », *Dr. soc.*, 2008, p. 915.

⁴ Art. L. 2251-1 CT.

⁵ Voir supra, n° 368.

légale impérative lorsque cette dérogation est synonyme d'amélioration pour les salariés. Dans la logique de l'OPS, la dérogation est donc synonyme d'amélioration pour les salariés.

Comment alors aborder le sens de ces accords dérogatoires ?

L'existence même de tels accords a tout d'abord posé une difficulté au regard de la portée de la règle de l'OPS qui permettait d'envisager la relation traditionnelle entre la loi et la convention. Pour le Conseil constitutionnel, ces accords dérogatoires sont possibles puisque conformément à la qualification du principe de faveur comme un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 CF, « *il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée* » de ce principe¹. Une triple conclusion peut alors se dégager de cette jurisprudence. Tout d'abord, la dérogation suppose une habilitation législative expresse, le règlement ne peut ouvrir une telle faculté². Ensuite, cette compétence législative permet d'affirmer que l'accord dérogatoire ne contredit pas la hiérarchie des normes³. Enfin, la loi doit, comme l'énoncent les juges, « *définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation* »⁴.

413. Cette mise à l'écart du jeu de l'OPS signifie-t-il pour autant que l'accord dérogatoire soit moins favorable pour les salariés que les dispositions légales ?

Certains auteurs considèrent que les accords dérogatoires supposent une disposition conventionnelle moins favorable. En effet, si les dérogations dans un sens plus favorables sont par définition permises en vertu de l'OPS, la prévision expresse de

¹ Cons. const. du 29 avril 2004, DC 2004-494. Il est alors intéressant de noter que la consécration du principe majoritaire a constitué pour les juges une garantie suffisante pour justifier la multiplication des accords dérogatoires.

² Cons. Etat 8 juill. 1994, *RJS*, 12/94, n° 1386 et Cons. Etat 27 juill. 2001, *RJS*, 1/02, n° 107. Ces avis sont conformes à la répartition des compétences qui résulte de la combinaison des articles 34 et 37 de la Constitution. Le pouvoir législatif est le seul compétent pour définir les principes fondamentaux du droit du travail.

³ Il apparaît ici intéressant de reprendre les propos du Professeur BOCQUILLON qui évoquant la distinction classique entre norme de conduite et norme de structure du système juridique développée par H. KELSEN (op. cit., p. 96), conçoit la dérogation comme une technique respectant le principe de non-contrariété puisque « *la norme supérieure subordonne les normes inférieures au respect de ses prescriptions de structure, qu'elle leur interdise de s'éloigner de ses dispositions de conduite ou, qu'au contraire, elle les y autorise* ». Par conséquent, « *la règle dérogatoire est créée dans le respect des prescriptions d'une norme de structure qui, précisément, autorise les dérogations. Elle déroge, en revanche, à une norme de conduite supérieure dont elle emporte la mise à l'écart. Ainsi entendue, [...], la hiérarchie des normes n'est pas renversée par l'opération de dérogation* » (loc. cit., 2003, p. 31-33). Dans le même sens, voir J.E. RAY, « Mutation économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 23.

Pour une opinion contraire qui évoque un renversement ou une contradiction de la hiérarchie des normes, voir T. REVET, loc. cit., p. 46 ; M. BONNECHERE, loc. cit., 1988, p. 180 pour qui « *la technique de l'accord dérogatoire contredit la hiérarchie des sources du droit du travail* ».

⁴ Cons. const. du 29 avril 2004, DC 2004-494.

la faculté de déroger implique l'adoption de mesures moins favorables. Lorsqu'on parle d'accords dérogatoires, on envisage donc des accords qui permettent une dégradation des conditions légales de travail¹. Précisons toutefois que les accords dérogatoires restent dans tous les cas, soumis aux principes de valeur constitutionnelle, aux libertés individuelles et collectives des travailleurs considérées comme droits fondamentaux liés à la personne du salarié².

La majorité de la doctrine adopte cependant une position plus neutre et estime que la négociation dérogatoire ne présume pas du caractère plus ou moins favorable de la disposition qui s'avère « *invérifiable et en tout cas indifférent* »³. C'est donc parce que la loi est mise à l'écart qu'il y a dérogation et non en raison du caractère des dispositions adoptées⁴. Dés lors, « *la dérogation peut être moins favorable, mais pas nécessairement. Il s'agit avant tout de permettre d'adopter des règles différentes* »⁵. Le terme de « dérogation » adopte donc un sens « *moderne* » qui s'éloigne de son acceptation traditionnelle liée à l'OPS⁶. Le refus d'assimiler l'accord dérogatoire à une dégradation des conditions de travail mais plutôt de le lier à la possibilité d'adopter des dispositions différentes en marge de leur caractère plus ou moins favorable, conduit alors un courant doctrinal a parlé d'équivalence considérant que la dérogation « *donne naissance à des règles porteuses d'une protection supposée équivalente pour le salarié* »⁷.

Nous estimons que la position doctrinale refusant d'assimiler automatiquement l'accord dérogatoire à une dégradation des conditions de travail est, d'un point de vue

¹ F. SARAMITO, « Le droit du travail en question », *Dr. ouv.*, 1986, p. 39. Cet auteur écrit que les accords dérogatoires « *seront donc ceux qui seront en retrait des dispositions légales ou réglementaires. Ils ne correspondent plus à une amélioration mais à la péjoration de la situation salariale* » (« Les accords dérogatoires », *Dr. ouv.*, 1990, p. 253).

² G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 81.

³ Y. CHALARON, loc. cit., 1998, p. 360. Dans le même sens, G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU loc. cit., 2003, p. 75 pour qui « *on ne saurait affirmer pour autant que la dérogation sera, à tous les coups, moins favorable aux salariés* ».

⁴ A. JEAMMAUD, « Droit du travail en 1988 : des retournements, plus qu'une crise », *Dr. soc.*, 1988, p. 587. Dans ce sens, un auteur affirme « *qu'il n'est pas exact d'assimiler le caractère dérogatoire d'un accord à son contenu* » (F. BOCQUILLON, loc. cit., 2001, p. 257 ; du même auteur, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.*, 2005, chron., p. 803. L'auteur distingue l'opération juridique par laquelle une règle se substitue à une autre règle et le résultat de cette opération, la naissance d'une règle dérogatoire. L'appréciation du caractère défavorable présente alors l'inconvénient de se centrer uniquement sur le deuxième aspect).

⁵ M.L. MORIN, op. cit., p. 475 ; H. TISSANDIER, loc. cit., 2005, p. 112. Dans le même sens, voir J.E. RAY, loc. cit., 1988, p. 108 qui parle de disposition distincte.

⁶ G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 75. Ces auteurs écrivent dans ce sens que la convention a « *la faculté de faire autrement* ».

⁷ T. REVET, loc. cit., p. 62 ; G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2001, p. 185 et loc. cit., 2003, p. 83 ; M.L. MORIN, loc. cit., 1997, p. 30.

juridique, la position la plus satisfaisante. L'accord dérogatoire peut adopter des dispositions différentes indépendamment de leur caractère plus ou moins favorable. Néanmoins, il est indéniable que la faculté de dérogation constitue une remise en cause de « *l'objectif d'un progrès permanent et essentiellement orchestré par la loi : si le progrès advient, ce sera, de plus en plus par le truchement de la négociation collective, ou des initiatives patronales* »¹.

Cette considération relative à la remise en cause de l'objectif de progrès social poursuivi par la loi trouve un argument supplémentaire lorsque nous abordons le caractère de la loi dans ces hypothèses². Cette question fait toutefois l'objet d'une controverse doctrinale³.

Pour certains auteurs, la loi qui ouvre la faculté de dérogation demeure impérative. Plusieurs arguments vont dans ce sens. Tout d'abord, F. BOCQUILLON affirme qu'« *il n'est de dérogation au sens juridique du terme, qu'aux normes impératives ou d'ordre public* »⁴. Ensuite, la disposition légale ouvrant la dérogation demeure impérative à plusieurs égards. Vis-à-vis de l'accord collectif, les facultés de dérogation ne laissent pas totalement libres les négociateurs qui devront respecter certaines exigences expressément prévues par la loi⁵. Celle-ci peut par exemple prévoir que les accords dérogatoires doivent respecter un contenu obligatoire⁶ ou qu'ils doivent être accompagnés de contreparties pour les salariés⁷. La loi peut également opter pour

¹ T. REVET, loc. cit., p. 62.

² Antérieurement à 2008, un des enjeux pratiques de la distinction entre dérogeabilité et supplétivité de la norme étatique tenait à ce que seuls les accords dérogatoires bénéficiaient en vertu de l'article R. 3124-1 CT d'un transfert de la sanction pénale. En revanche les accords conclus en cas de lois supplétives ne pouvaient pas conduire à des sanctions pénales en cas de violation (F. BOCQUILLON, loc. cit., 2005, p. 807). Cette question a toutefois perdu tout intérêt depuis un décret du 3 nov. 2008 qui modifie cet article (Décret n° 2008-1131 portant diverses mesures relatives au temps de travail) et permet de sanctionner pénalement un accord quel que soit son cadre d'élaboration (voir F. CANUT, loc. cit., p. 380).

³ S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 83.

⁴ Loc. cit., 2003, p. 36. Une autre auteure considère que la loi est par essence impérative. Dès lors c'est l'existence d'un accord dérogatoire qui transforme le caractère de la loi qui devient alors supplétive (M.L. MORIN, op. cit., p. 473 ; M.L. MORIN, « loc. cit., CNRS, 2000, p. 88).

⁵ Soulignons qu'initialement, la validité d'un accord dérogatoire était conditionnée à l'absence d'opposition des syndicats majoritaires (M. BONNECHERE, loc. cit., 1988, p. 179 ; F. SARAMITO, « Les accords dérogatoires », *Dr. ouv.*, 1990, p. 259). Concrètement, ces accords sont le motif de la création du droit d'opposition (pour approfondir sur le droit d'opposition, voir supra, n° 307). Aujourd'hui, les conditions de validité des accords dérogatoires sont identiques aux accords de droit commun.

⁶ Par exemple, les articles L. 1233-23 CT s. relatifs aux accords dérogatoires en matière de consultation en cas de licenciements collectifs, fixent les limites à la dérogation et prévoient le contenu obligatoire des accords.

⁷ Art. L. 1243-9 CT qui permet de réduire l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée de 10 à 6 % : « *Une convention ou un accord collectif de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut également prévoir de limiter le montant de l'indemnité de fin de contrat à hauteur*

un niveau de négociation particulier et hiérarchiser l'intervention des interlocuteurs sociaux¹. Vis-à-vis du contrat de travail, il est vrai que la loi demeure totalement impérative et continue de s'y appliquer dans la logique de l'impérativité relative². Ces contraintes exercées sur la norme dérogatoire par la norme dérogee conduisent alors à affirmer que la dérogation est d'interprétation stricte puisque la norme dérogeable demeure la règle³. Il semble enfin que le Conseil constitutionnel s'allie à cette conception lorsqu'il affirme que « *le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édicté et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public* »⁴.

Une autre vision doctrinale s'incline en revanche pour intégrer l'accord dérogatoire dans le jeu de la supplétivité⁵. Pour ce qui se réfère aux limites posées aux négociateurs à l'heure de déterminer des mesures dérogatoires, la doctrine évoque alors une « *supplétivité conditionnelle* »⁶, d'ordre public conditionnel ou de troisième type dans lequel la loi demeure en partie impérative⁷.

Reprenant les propos du Professeur SUPIOT, nous estimons qu'il s'agit de lois supplétives qui « *ouvrent la possibilité de conclure des accords dérogatoires [...]. La loi est applicable seulement en l'absence d'alternative conventionnelle. Par ce mécanisme, le législateur habilite les partenaires sociaux à substituer à l'application de la loi de la République celle de la « loi » de la profession ou de l'entreprise* »⁸. Une loi supplétive « *remplace, s'applique à défaut de, se dit d'une règle applicable à défaut d'autre disposition* »⁹. Or en l'espèce, la disposition légale s'applique uniquement en l'absence d'accord dérogatoire.

de 6 %, dès lors que des contreparties sont offertes à ces salariés, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle ».

Quoi qu'il en soit, de manière générale, l'existence de contreparties n'est pas une condition générale de validité de la dérogation puisque la loi peut ou non en établir la nécessité. Plus loin, l'existence de contreparties dans une convention constitue une question délicate sur laquelle nous reviendrons lors de l'analyse des accords de concessions, dits accords « donnant-donnant » (voir infra, n° 431).

¹ Il s'agit alors d'analyser à quel niveau de négociation la loi habilite un accord collectif à déroger aux dispositions édictées par elle. Nous reviendrons en détail sur cette question (voir infra, n° 704).

² La disposition légale écartée « *résiste face au contrat de travail* » (F. BOCQUILLON, loc. cit., 2003, p. 36 ; Voir également A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 638).

³ En revanche, si la loi est supplétive, l'accord devient la règle (dans ce sens, voir M.A. SOURIAU, « *L'articulation des niveaux de négociation* », *Dr. soc.*, 2004, p. 579).

⁴ DC n° 2004-494 du 29 avril 2004.

⁵ Voir J. BARTHELEMY, « *Durée du travail* », *J. Cl. Travail*, 1995, Fasc. 21-10, n° 1, p. 3 ; A. MAZEAUD, op. cit., p. 57 ; F. PETIT, « *L'ordre public dérogatoire* », *RJS*, 5/07, p. 391.

⁶ G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 82.

⁷ T. REVET, loc. cit., p. 62.

⁸ A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63.

⁹ *Vocabulaire juridique*, op. cit.

Les développements relatifs au droit espagnol appuient de plus cette position. En effet, le caractère supplétif de la loi n'empêche en aucune manière celle-ci de prévoir un cadre et des limites dans lesquels la liberté contractuelle des négociateurs peut se déployer. C'est surtout par l'option décidée et non-équivoque d'envisager d'autres modèles de relations entre la loi et la convention que celui de l'impérativité relative, que le droit espagnol s'avère fort instructif. Dans ce cadre, plus qu'une « *atteinte à l'ordre public social* »¹, nous estimons que la dérogation intervient en marge de cette logique. Alors que l'OPS implique le caractère d'impérativité relative de la loi, l'accord dérogatoire s'accompagne du caractère supplétif de la loi. Ces questions se référant à la force obligatoire des lois, ne remettent nullement en cause la force juridique de la loi par rapport à la convention collective ; la loi demeure hiérarchiquement supérieure et l'application préférentielle de la convention est le fruit d'un choix du législateur².

En définitive, il est possible d'estimer que les divergences doctrinales se rapportent à la même réalité et que les différences s'expliquent par le choix du point de vue adopté³. Certains auteurs partent du dogme de l'OPS et de l'impérativité de la loi alors que d'autres prennent en compte, dans une meilleure mesure, la diversité du caractère des lois⁴.

C. La « pure dispositivité » ou la délégalisation

414. La perspective comparée de notre étude nous conduit tout d'abord à formuler une remarque terminologique. La doctrine française se réfère à la loi dispositive qui « *ouvre une faculté qui ne pourra être mise en œuvre que par la voie conventionnelle. A la différence de la loi supplétive, la loi dispositive ne fixe aucune règle subsidiaire applicable au cas où la norme conventionnelle ferait défaut* »⁵.

En droit espagnol, en revanche, la dispositivité reste entendue par rapport à son opposition didactique avec l'impérativité. La notion de dispositivité est alors entendue largement se référant à toutes les lois qui ne sont pas impératives absolues ou

¹ Comme l'affirment J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, op. cit., p. 1303 ; G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 83.

² G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 75 ; A. JEAMMAUD, loc. cit., 1988, p. 585.

³ L'accord dérogatoire et la loi supplétive constituent ainsi des mécanismes qui restent « *très proches* » (M.L. MORIN, loc. cit., 1998, p. 426). Similitude également soulignée par H. TISSANDIER, loc. cit., 2005, p. 111.

⁴ Cette discussion rejoint en définitive celle relative à l'article L. 2251-1 CT et à la proclamation ou non du caractère impératif de toutes les lois (voir supra, n° 367).

⁵ A. SUPLOT, loc. cit., 2003, p. 63.

impératives relatives. Nous avons également opté pour maintenir la distinction classique entre norme impérative et norme dispositive afin d'illustrer les mouvements du droit du travail. Dans ce cadre, il est possible d'évoquer le concept de « *pure dispositivité* » afin d'envisager l'hypothèse objet de ce développement. Le terme de « *délégalisation* » semble dans tous les cas recevoir une définition commune dans les deux droits et permet d'éviter certaines confusions.

1. Le paradigme de la reconnaissance de l'autonomie collective en droit espagnol

415. Ce modèle de relation a été envisagé plus haut lors de l'analyse de la relation de complémentarité. Le point commun de la relation de complémentarité strictement entendue et de l'hypothèse de délégalisation réside sans nul doute dans l'existence d'un renvoi de la loi et de la nécessaire intervention conventionnelle¹. Un aspect fondamental permet toutefois de distinguer l'hypothèse de délégalisation : la loi ne prévoit aucune règle basique, aucun critère ou principe fixant un cadre à la convention collective². A fortiori, cette hypothèse se distingue de la loi supplétive, indépendamment des limites qu'elle peut fixer, en raison de l'absence de dispositions applicables en défaut de convention collective.

Il est donc possible d'affirmer que la délégalisation permet à la négociation collective d'agir librement sans aucune contrainte quant à l'orientation à adopter ou au contenu des dispositions concrètes³. La loi cède en bloc sa compétence à la négociation collective. Ce « *renvoi pur et simple* »⁴, « *en bloc* »⁵ à l'autonomie collective peut alors s'assimiler à une répartition de compétences ou de matières déguisée⁶.

Ce modèle de relation pose néanmoins deux problèmes juridiques soulevés par la doctrine espagnole.

Le renvoi entraîne-t-il une obligation pour la convention collective de réguler la matière renvoyée ? La doctrine n'est pas unanime. Trois interprétations ont été

¹ Voir supra, n° 404.

² Un exemple peut se trouver à l'article 36.2 ET qui renvoie à la négociation collective la fixation de la rétribution spécifique du travail nocturne.

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 241; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 229; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. DEL REY GUANTER, loc. cit., p. 38.

⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 241.

⁵ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 229.

⁶ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 229; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 455.

avancées. Selon la première, les parties à la négociation seraient obligées de négocier sur cette matière¹. Un deuxième secteur reconnaissant cette obligation de négocier, considère que le texte n'établit cependant qu'une obligation de moyens et non de résultats². Enfin une dernière position doctrinale estime que, en dehors du contenu minimum de l'article 85 ET, les parties restent totalement libres de négocier sur ces matières en vertu de l'article 85.1 ET établissant le principe de la liberté du contenu conventionnel³ et que, par conséquent, le renvoi n'emporte aucune obligation de négocier. Elles attribuent ainsi aux négociateurs la faculté et non l'obligation de négocier un ensemble de matières. La loi montre « *son désir* » de voir un thème traité par la convention « *mais rien de plus* »⁴. Cette position se rapproche des propos du Professeur SUPIOT qui estime que la loi « *ouvre une faculté qui ne pourra être mise en œuvre que par la voie conventionnelle* » revêtant alors un caractère essentiellement incitatif⁵. Cette dernière position semble, selon nous, la plus pertinente. En effet, lorsque le droit espagnol établit des obligations de négocier, il le fait de manière explicite⁶. La technique du renvoi constitue alors fondamentalement une mesure incitative à partir de laquelle il apparaît difficile de déduire une quelconque obligation pour les acteurs sociaux.

Dans ce cadre, l'existence d'une norme légale de renvoi emporte-t-elle la reconnaissance directe d'un droit pour les salariés ou l'effectivité de celui-ci reste-t-elle conditionnée par sa mise en œuvre conventionnelle ?

Deux modèles de rédactions doivent ici être analysés : d'un côté, en matière de droits de promotion et formation professionnel, l'article 23.2 ET prévoit que « *dans les conventions collectives seront convenus les termes d'exercice de ces droits* »⁷. D'un

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa », in *La reforma del mercado de trabajo*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 49. L'auteur attache une grande importance à la rédaction de l'article. Il cite par exemple la modification de l'ancien article 22.3 ET aujourd'hui, article 23.2 ET. Antérieurement à la réforme de 1994, l'ancien article 22.3 ET prévoyait que « *dans les conventions collectives pourront être convenus les termes d'exercice de ces droits* ». Aujourd'hui prévue à l'article 23 ET, cette disposition prévoit que « *dans les conventions collectives seront convenus les termes d'exercice de ces droits* ». Ce changement terminologique lui permet d'affirmer que « *les droits sur la promotion et la formation professionnelle seront obligatoirement pactés dans les conventions collectives* ».

² M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, « Clasificación profesional y movilidad funcional », in *La reforma del mercado de trabajo*, Dir. F. VALDÉS, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 214.

³ T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 20.

⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 241

⁵ A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63.

⁶ Voir supra, n° 37.

⁷ Dans le même sens, l'article 36.2 ET prévoit que « *le travail de nuit aura une rétribution spécifique qui sera déterminée dans la négociation collective...* ». Le droit à une rétribution spécifique est-il issu de la loi ou d'une éventuelle convention collective ? Si la convention ne prévoit rien, comment sera alors

autre côté, l'article 25 ET relatif à la promotion économique ou au plus d'ancienneté, dispose que « *le travailleur, en fonction du travail effectué, pourra avoir droit à une promotion économique dans les termes fixés dans la convention collective ou le contrat individuel* »¹. En ce qui concerne l'article 23 ET, la doctrine se montre divisée quant à l'appréciation de cette disposition. Il convient toutefois d'admettre que cet article possède une efficacité juridique directe et immédiate². Dans le silence de la convention, outre l'intervention des parties individuelles au contrat, il appartient au juge de garantir le bénéfice de ces droits reconnus aux travailleurs³. De fait, la jurisprudence semble se rallier à cette position doctrinale⁴. L'article 25 ET en utilisant l'expression « *pourra convenir* » prévoit quant à lui, de manière définitive⁵, que le travailleur ne bénéficie pas d'un droit d'origine légal à une promotion économique qui revient donc à la négociation collective de déterminer⁶.

Les incertitudes quant à la détermination du droit et la variabilité consécutive à l'action des tribunaux sont certainement regrettables⁷. Il est alors intéressant de formuler deux remarques : d'un point de vue comparatif tout d'abord, le droit français recourt au règlement afin de permettre dans tous les cas aux salariés d'invoquer un droit en cas de carence conventionnelle⁸. Ensuite, le droit espagnol connaissait une logique similaire permettant l'application des Ordonnances du Travail en cas de carence de la convention

déterminé cette rétribution?, Voir *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva, El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Dir. T. SALA FRANCO, Madrid, MTAS, 2001, p. 104.

¹ Antérieurement à la réforme de 1994, cet article prévoyait que « *le travailleur a droit à une promotion économique dans les termes fixés dans la convention collective ou le contrat individuel* ».

² L.M. CAMPS RUIZ, *La nueva regulación del mercado del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 285; M^a E. CASAS BAAMONDE, « Formación y estabilidad en el empleo », *RL*, 1992, n° 24, p. 7.

³ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 461.

⁴ STSJ de Galicia du 6 nov. 1997 Ar/3797

⁵ Avant la réforme de 1994, l'article disposait que « *le travailleur a droit...* » et faisait déjà l'objet d'une controverse doctrinale (voir L.M. CAMPS RUIZ, *Los complementos salariales por antigüedad: el régimen jurídico actual y su proyectada reforma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 58). Le Professeur PALOMEQUE soulignait le passage d'un « *droit certain d'origine légale* » (« *le travailleur a droit à une promotion économique dans les termes fixés dans la convention collective ou le contrat individuel* ») « *à un droit éventuel d'origine conventionnelle* » (« *le travailleur pourra avoir droit...* ») (loc. cit., 1994, p. 249).

⁶ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008, p. 482; STS du 31 oct. 1997, Ar/7687.

⁷ De manière générale, le Professeur SALA estima cependant que la majorité de ces renvois étaient « *parfaitement raisonnables depuis une perspective d'organisation minimale de l'entreprise* ». D'autres étaient « *inoffensifs* » voire même « *plus favorables pour les travailleurs* ». Seule une faible minorité d'entre eux présentait des doutes quant à leur opportunité (op. cit., 1994, p. 253).

⁸ Voir infra, n° 510. Le juge français est également intervenu afin de garantir un droit légalement reconnu. En l'espèce, l'article L. 3121-3 CT se réfère aux contreparties dues aux salariés pour le temps nécessaire à l'habillage et au déshabillage. Il s'agit donc d'un droit dont la détermination est renvoyée à la négociation collective ou au contrat de travail. Dans leur silence, la Cour de cassation a estimé qu'il revenait aux juges de déterminer les contreparties en fonctions des éléments fournis par les parties (Cass. Soc. 16 janv. 2008, n° 96-42.983, *Bull. civ. V*, n° 11).

collective dont l'application était préférentielle¹. Sans toutefois se confondre avec ce dispositif, il pourrait être envisagé que le règlement de caractère supplétif puisse intervenir dans ces hypothèses de délégalisation et ainsi offrir une sécurité juridique nécessaire tout en laissant une priorité d'application à la norme conventionnelle.

2. Les réticences du droit français

416. Cette modalité de relation entre la loi et la convention reste marginale en droit français. Elle est utilisée en matière d'emploi notamment quant à l'accès aux aides de l'Etat², en matière de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes³, d'épargne salariale⁴ ou lors de la réduction du temps de travail prévue dans les lois Aubry⁵. Le Professeur SUPIOT parle dans ces hypothèses de « *norme incitative* »⁶.

Si aucun accord n'est conclu, le dispositif légal permet généralement à l'employeur d'adopter seul des mesures afin de ne pas paralyser leur mise en œuvre⁷.

La faible utilisation de ce modèle de relation et le recours en dernier ressort à la décision unilatérale de l'employeur sont encore une fois révélateurs de la conception française de la négociation collective.

¹ I. GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 338.

² A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63.

³ Art. L. 1143-1 CT : « *Pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les mesures visant à établir l'égalité des chances prévues à l'article L. 1142-4 peuvent faire l'objet d'un plan pour l'égalité professionnelle négocié dans l'entreprise* ».

⁴ Sur les Plans d'Epargne d'entreprise, voir art. L. 3332-1 CT s. et sur les Plan d'Epargne pour la retraite collectif (PERCO), voir art. L. 3334-1 s.

⁵ Afin de faciliter leur conclusion, certains accords s'accompagnaient de mécanismes financiers incitatifs pour les employeurs, notamment des exonérations de charges sociales et l'attribution d'aides destinées à compenser la hausse du coût du travail consécutive à la réduction de la durée du travail, au maintien des rémunérations et à l'augmentation des effectifs (G. AUZERO, « Le dispositif d'allègement des cotisations sociales », *Dr. Soc.*, 1999, p. 1026 ; A. EUZEBY, « L'allègement des cotisations sociales patronales : quels espoirs pour l'emploi ? », *Dr. Soc.*, 2000, p. 368 ; J. SAVATIER, loc. cit., 2000, p. 478).

⁶ A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 63.

⁷ Citons par exemple l'article L. 1143-2 relatif au plan pour l'égalité professionnelle qui dispose que « *si, au terme de la négociation, aucun accord n'est intervenu, l'employeur peut mettre en oeuvre le plan pour l'égalité professionnelle, sous réserve d'avoir préalablement consulté et recueilli l'avis du comité d'entreprise, ou, à défaut, des délégués du personnel* ».

Conclusion § 2:

417. Ce développement relatif aux modèles de relations entre la convention collective et la loi en aval de celle-ci permet de dégager trois aspects :

Tout d'abord, malgré l'élaboration d'un cadre théorique satisfaisant, l'analyse des deux dispositifs démontre la grande diversité de relations que peuvent entretenir la loi et la convention. Il s'agit là d'une conséquence directe de la suprématie de la loi et de sa compétence pour prévoir ses relations avec l'autonomie collective. Gageons de plus qu'il s'agit de modèles dynamiques qui peuvent évoluer au fil du temps et des exigences sociales, politiques et économiques.

Ensuite, il est important de souligner que la détermination du caractère de la loi demeure une opération délicate dès lors que celle-ci ne le prévoit pas explicitement. Cet état de fait est peu satisfaisant notamment au regard de l'importance de la sécurité juridique¹. En effet, il serait souhaitable que la négociation collective puisse exercer ses prérogatives dans un cadre juridique stable. La détermination du caractère des lois permettrait surtout de délimiter avec exactitude le rôle de la loi dans le futur des relations de travail².

Enfin, d'un point de vue comparatif, l'analyse des deux dispositifs permet d'affirmer que les accords dérogatoires et la supplétivité de la loi poursuivent une même finalité qui est l'augmentation de la marge de manœuvre de la négociation collective. La divergence entre les deux dispositifs s'explique alors par des traditions juridiques différentes. En effet, en France, l'accord dérogatoire répond à la logique de l'OPS et à l'impérativité relative des lois. Il permet alors d'alimenter l'idée que la législation du travail est une législation d'ordre public social qui souffre, dans certaines matières, d'une exception, l'accord dérogatoire. Nous estimons qu'il s'agit cependant d'une illusion et qu'il serait bon de prendre conscience de la décadence de cette logique pour tenter de faire face à ses conséquences sociales³. En Espagne, la perspective est plus ouverte comme le démontre la prise en compte de la diversité des lois aussi bien au niveau légal qu'au niveau doctrinal. Incontestablement, la reconnaissance de

¹ Les problèmes relatifs à la sécurité juridique ont été soulignés avec force par la doctrine (voir notamment, T. SALA FRANCO, loc. cit., 1997, p. 129 ; T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 16 ; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 165 ; G. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. soc.*, 2001, p. 1031 ; N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 179.

² C.L ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2006, p. 282.

³ Dans ce sens, la doctrine souligne qu'« *il y a aujourd'hui de multiples formes d'imbrication entre la loi et la négociation qui n'obéissent plus à la grammaire de l'ordre public social, telle qu'elle a été systématisée par l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973* » (M.L. MORIN, loc. cit., 1998, p. 419).

l'autonomie collective et la conception de la négociation collective expliquent le rôle originellement plus important attribué à la négociation collective dans l'élaboration des règles applicables aux relations de travail.

Conclusion SECTION I

418. Un rapport émis en France en 2006 soulignait que « *peu de lois récentes en matière de droit du travail n'entretiennent aucun lien, en amont ou en aval, avec la négociation collective* »¹. La même conclusion peut être extrapolée en Espagne sans grande difficulté.

La généralité de l'interaction entre la loi et la négociation collective ne pouvait alors se restreindre à la seule fonction d'amélioration de la négociation collective. En effet, la multiplication des fonctions de la négociation collective a conduit à multiplier les modèles de relations entre la norme légale et la norme conventionnelle. Il est alors intéressant de noter que ces modèles tendent à l'essor de la négociation collective du carcan légal. Juridiquement, cela se traduit par une réduction de la logique de l'impérativité relative, socialement, par une réduction de la protection des salariés et économiquement, par une prise en compte majeure des intérêts patronaux.

Il convient toutefois de rappeler que la loi demeure hiérarchiquement supérieure à la convention collective. La réduction de sa force obligatoire correspond ainsi à sa capacité d'auto-configuration qui découle de cette supériorité. Dès lors, l'ensemble de ce phénomène correspond à une politique législative par essence réversible qui répond à une logique politico-économique déterminée.

Le recul de la loi et l'essor de la négociation a jusqu'à présent était envisagé d'un point de vue strictement juridique. Attachons-nous donc maintenant à l'esprit et aux arguments qui guident cette évolution pour en mesurer la portée et l'objectif.

SECTION II: Les nouveaux cadres de la négociation collective

419. Selon les propos de M.L. MORIN, « *alors que l'interventionnisme et la tutelle de l'Etat dans les rapports sociaux ont été longtemps dominants, d'avantage de liberté a été reconnue à la négociation collective, mais aussi revendiquée par elle, à*

¹ R. HADAS-LEBEL, op. cit.

différents niveaux, non que sa fonction juridique change [...]. Sa fonction est désormais autant l'adaptation des règles légales à la variété des situations de branche ou d'entreprises, que l'amélioration des règles légales»¹.

Au cœur de cette évolution, la notion de flexibilité représente une sorte d'eldorado que le droit du travail devrait absolument atteindre. Trop rigide, trop contraignant, le droit du travail réduit les marges d'action de l'entreprise et pénalise le développement économique. L'argument de la flexibilité a connu au début des années 90 un regain d'intérêt considérable qui n'a pas depuis perdu en intensité. Pour ses partisans, la flexibilité possède l'avantage incontestable de présenter un caractère permanent et une dimension structurelle par rapport au dispositif légal, contrairement aux discours patronaux antérieurs du milieu des années 80 qui s'appuyaient sur la crise économique.

Une deuxième tendance influence également de forme décisive l'évolution de la négociation collective et, plus généralement celle du droit du travail en général. Les nouvelles données économiques mondiales, les transformations des modes de production, l'essor des nouvelles technologies ont conduit à considérer l'emploi et les conditions d'emploi comme les enjeux fondamentaux du droit du travail contemporain. La négociation collective et, spécialement la convention collective, se sont alors converties en instrument de prédilection pour traiter ce thème. Ce phénomène est d'une importance fondamentale. La convention collective ne porte plus uniquement sur les conditions de travail des salariés mais se focalise sur l'emploi dans l'entreprise. Il a été alors très justement constaté que « *l'objet de la négociation se déplace du travailleur au travail* »².

Ces deux aspects sont toutefois intimement liés car le thème de l'emploi constitue un exemple révélateur du phénomène de contractualisation du droit du travail entendue comme le phénomène combinant le recul de la loi et l'essor de la négociation collective.

¹ M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 79.

² *Trabajo y empleo*, op. cit., 1999, p. 155.

§ 1: Le mythe de la flexibilité

420. La flexibilité demeure une notion équivoque¹ et fait l'objet de discussions ouvertes et dynamiques qui évoluent selon le contexte historique et géographique².

Une définition historique de la notion de flexibilité a été formulée par le Professeur SALA : « *la flexibilité a été historiquement une revendication patronale identifiable par la demande explicite de réductions des coûts sociaux et d'une plus grande gouvernabilité du facteur travail et pour cela, en matière du droit du travail, d'une plus grande flexibilité normative qui se matérialise par une réduction des garanties légales, réglementaires et conventionnelles* »³. Sans nul doute, cette considération charge le débat de « *jugements de valeur* »⁴. Toutefois, il est selon nous important de la garder à l'esprit.

Le cadre comparé qui est le nôtre nous oblige toutefois à identifier le contenu de la notion de flexibilité à laquelle nous nous référerons. Admettons que la flexibilité vise à aborder « *la relation entre les diverses pièces du système juridique* »⁵ et pour ce qui nous intéresse, entre la loi et la convention collective⁶. La flexibilité consiste alors à promouvoir la négociation collective au détriment de la loi⁷. Pour un auteur, la

¹ « *C'est un débat aux mille visages [...], un de ses mots magiques qui suscite la peur ou l'attraction selon le collectif devant lequel il est prononcé* » (T. SALA FRANCO, « El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo », *Revista de Treball*, 1988, n° 7, p. 9). La notion de flexibilité est « *susceptible de présenter une diversité de contenus qui ne sont pas toujours homogènes et compatibles entre eux* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1999, p. 119. Selon l'auteur, la flexibilité peut se référer à « *l'adaptabilité de l'organisation productive ; à l'aptitude des travailleurs pour changer de poste de travail ; à l'intensité de la réglementation juridique ; à la sensibilité des salaires* »).

² Comme le souligne le Professeur SUPIOT, les conceptions de la flexibilité « *varient d'un pays à l'autre, en fonction de ce qui était, dans chacun de ces pays, la manière traditionnelle de régir les relations de travail, c'est-à-dire la culture juridique propre à chacun d'eux* » (loc. cit., 1989, p. 195). Pour le Professeur JAVILLIER, « *sa signification diffère profondément selon les ordres juridiques et les systèmes de relations professionnelles* » (« *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales* ». *Dr. soc.*, 1986, p. 56).

³ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 10. Nous estimons comme l'auteur, qu'il s'agit « *d'un fait certain et sans controverse possible* ».

La doctrine française releva, bien que plus implicitement, les mêmes caractéristiques considérant la flexibilité comme une revendication patronale visant à « *la modification des conditions légales ou conventionnelles d'acquisition ou d'usage de la main d'œuvre* » (A. JEAMMAUD, « *Le droit du travail en changement. Essai de mesure* », *Dr. soc.*, 1998, p. 217).

⁴ A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 631.

⁵ J.C. JAVILLIER, loc. cit., 1986, p. 56.

⁶ La notion de flexibilité présente une autre dimension, spécialement en Espagne, relative aux relations entre conventions collectives et accords d'entreprises (voir infra, n° 743).

⁷ La doctrine espagnole a détaché quatre paramètres permettant de mesurer le degré de flexibilité ou de rigidité d'un système de relations de travail : 1) l'existence ou non d'une norme étatique ; 2) la nature de cette norme : impérative ou dispositive ; 3) la portée et le contenu de cette norme ; 4) le régime des sanctions prévues en cas de manquement à ces normes (T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 13).

flexibilité est une facette d'un phénomène plus large de contractualisation du droit¹. Néanmoins, derrière ce discours purement juridique, se cache une logique spécifique qui remet en cause, selon nous, la nature du droit du travail et sa mission de veiller au rééquilibrage des pouvoirs.

A. La mise en œuvre de la flexibilité

421. Afin de se référer à la mise en route de la flexibilité dans les relations entre la loi et la convention collective, la doctrine évoque concrètement le phénomène de la « *dérégulation normative* »², de la « *délégalisation* » ou de la « *déréglementation* »³ dans lequel la loi, comme expression de l'intervention des pouvoirs publics, passe au second plan et laisse libre le jeu de la négociation collective, comme expression de l'autonomie collective privée.

La doctrine a justement remarqué que ce recul de la loi s'opère uniquement d'un point de vue qualitatif. En effet, « *les politiques déréglementation n'ont jamais conduit à une réduction quantitative du nombre de règles* ». Dès lors, « *déréglementer, ce n'est pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement* »⁴.

Les propos qui suivent visent alors à mettre en parallèle les manifestations juridiques du recul de la loi au profit de la négociation vues antérieurement avec ce discours sur la flexibilité

1. L'essor de la négociation à partir de la réforme de 1994 en droit espagnol

422. La flexibilité du droit du travail constitue indéniablement une notion qui a imprégné le droit du travail espagnol depuis l'ère démocratique. Son influence s'inscrit comme une réaction à la dictature franquiste qui se caractérisait par « *une énorme masse de législation du travail [...], une espèce de totalitarisme normatif dont la meilleure expression furent les ordonnances de travail* »⁵.

¹ Sur le concept de contractualisation, voir A. SUPIOT, loc. cit., 2003, p. 59 et la bibliographie citée.

² T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 12. Voir également S. DEL REY GUANTER, « Desregulación, juridificación y flexibilidad en el derecho del trabajo: notas para la caracterización de un debate », in *La flexibilidad laboral en España*, Dir. J. RIVERO LAMAS, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales-Universidad de Zaragoza, 1993, p. 52

³ A. SUPIOT, loc. cit., 1989, p. 195 qui tout en considérant la délégalisation et la déréglementation comme synonyme se réfère plus volontiers à la notion de déréglementation.

⁴ A. SUPIOT, loc. cit., 1989, p. 195

⁵ A. OJEDA AVILÉS, loc. cit., 1998, p. 287.

Cependant, les débats autour de la notion de flexibilité n'ont pas toujours représenté les mêmes enjeux. L'évolution du contexte économique, social et politique du début des années 80 à nos jours a profondément marqué le sens de la notion de flexibilité. Distinguant la « *flexibilité néolibérale* »¹, la « *flexibilité inspirée du libéralisme collectif* »² et la « *flexibilité d'adaptation* »³, le Professeur VALDÉS estime que le dispositif espagnol a tout d'abord connu une flexibilité d'adaptation pour, à partir du milieu des années 90, s'orienter vers une flexibilité de libéralisme collectif, voire de flexibilité néolibérale⁴.

Au lendemain de la fin de la dictature franquiste, l'élaboration du droit du travail démocratique intervient en pleine période de crise économique. L'esprit de consensus caractéristique de ce moment historique a permis la signature d'importants accords tripartites⁵. Ils constituèrent la voie par laquelle employeurs, syndicats et Etat opérèrent la transformation du modèle économique et de relations professionnelles. Cette période, caractérisée par une conjoncture économique exceptionnelle et temporaire⁶, transforma profondément la normative étatique et s'inscrit dans une flexibilité d'adaptation⁷.

La réforme de 1994 a constitué une étape supplémentaire dans ce processus de renforcement et d'émancipation de la négociation collective⁸. S'inscrivant « *dans la ligne de l'accroissement des facultés de disposition de la négociation collective* »⁹, cette réforme aboutit à ce qu'un auteur a qualifié de « *triomphe du dispositif* »¹⁰. D'un côté,

¹ « *Qui défend une dérégulation radicale du marché du travail à travers de la suppression de la législation étatique qui fixe les conditions de travail de caractère minimum* »

² Ou du « *laissez-faire colectivo* » qui se différencie de la flexibilité néo-libérale par la compensation de la perte des minimums légaux par le renforcement des instruments de représentation collective des travailleurs.

³ Qui se caractérise « *par l'introduction de réformes ou de corrections normatives qui réduisent le carcan de la législation sans toutefois altérer de manière sensible, ses fondements théoriques ou ses structures normatives* ».

⁴ Loc. cit., 1999, p. 123.

⁵ Par exemple, l'Acuerdo Nacional sobre el empleo du 9 juin 1981 qui constitua une véritable feuille de route en matière de salaires, de protection sociale ou de politiques de restructurations industrielles. Ces grands pactes démontrent la volonté consensuelle des syndicats laissant les revendications salariales en sommeil dans un contexte de grande inflation et optant pour une politique de cogestion de la crise. La doctrine a ainsi qualifié ces accords « *d'accords néocorporatifs de crise* » (F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, « *La flexibilidad y la doctrina, la extraña pareja* », *RL*, 1991-I, p. 85). Sur ces accords, voir supra, n° 23, 395.

⁶ F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit. 1991, p. 76.

⁷ F. VALDÉS DAL-RÉ, « *La flexibilidad del mercado de trabajo: Teoría e ideología* », in *El trabajo del futuro*, Editorial Complutense, 1999, p. 126.

⁸ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 1994, p. 246.

⁹ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 1997-I, p. 34.

¹⁰ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « *Norma estatal y convenio colectivo* », in *Democracia representativa y parlamentarismo*, Dir. A. LÓPEZ PINA, Madrid, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, 1994, p. 127.

elle multiplia les lois de caractère supplétif¹. D'un autre côté, bien qu'il s'agisse d'hypothèses exceptionnelles², cette réforme a également procédé à la délégalisation de certaines matières³.

Dans tous les cas, la flexibilité poursuivie par cette réforme visait à permettre à la négociation collective de se développer et conduisait ainsi à un certain recul de la loi. Les dernières réformes légales et notamment celle de 2012, ont sans nul doute transformé le sens de la notion de « flexibilité » qui se caractérise désormais et de manière paradoxale par un retour de la loi au détriment de la négociation collective et en faveur des pouvoirs de l'employeur⁴.

2. Un processus lent mais certain en droit français

423. Le droit français est, comme nous l'avons vu, caractérisé par la prédominance de la loi dans la régulation des conditions de travail. Le concept d'autonomie collective y est, par conséquent, entendu de manière restrictive. La loi y recouvre également une conception particulière garantissant la protection des salariés qui s'illustre par le rôle central de la notion d'ordre public social. La loi est ainsi synonyme de progrès social.

Procéder à la flexibilisation du droit du travail par une réduction de la protection prévue dans les dispositions légales pouvait ainsi apparaître antinomique à la philosophie du droit du travail français. L'aspect hautement politique de cette option rend également difficile sa mise en œuvre. C'est donc naturellement sur la voie d'une déréglementation que le système français s'est engagé afin de flexibiliser le droit du travail. Le Professeur SUPIOT souligna que ce mouvement « *s'est donc identifié à une volonté de rupture avec cette tradition d'interventionnisme politique. Visant à diminuer le poids des règles d'origine étatique, au profit des règles que les opérateurs économiques se fixent à eux-mêmes, la déréglementation s'y présente comme un déplacement du droit du travail, de l'hétéronomie ver l'autonomie* »⁵. Cette démarche

¹ Cette réforme a ouvert 10 nouvelles hypothèses de lois supplétives (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1994, p. 48). Plusieurs matières sont visées. Citons notamment les salaires, l'aménagement du temps de travail, la gestion des classifications professionnelles, la formation professionnelle et la sécurité et hygiène du travail (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1998, p. 4).

² T. SALA FRANCO, loc. cit., 1997, p. 129.

³ Voir supra, n° 415. Antérieurement, l'ET ne prévoyait que rarement ce modèle de relation (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1978, p. 15).

⁴ Voir infra, n° 743.

⁵ A. SUPIOT, loc. cit., 1989, p. 196.

s'inscrit alors dans une redéfinition de l'autonomie collective qui « *deviendrait la source essentielle du droit du travail, éventuellement même contre la loi* »¹. Le Professeur G. LYON-CAEN soulignait alors justement en 2003 que « *depuis plus de vingt ans, on assiste sans que cela soit jamais dit franchement, à une remise en cause de ce qui constitue une des originalités foncières de cette branche du Droit qu'est le droit du travail : la norme y est impérative. Plus : elle est impérative en ce sens qu'elle établit et garantit un minimum de droits ; et elle n'est impérative qu'en ce sens précis, en sorte que la négociation collective y est toujours libre, mais en vue d'accroître ces droits, les améliorer, les renforcer* »².

C'est alors la figure de l'accord dérogatoire qui a constitué « *un instrument essentiel de ce qu'on a appelé la « flexibilisation »* »³. Par conséquent, celle-ci ne se traduit pas par l'élimination des règles étatiques mais plutôt par une « *flexibilisation du droit étatique* »⁴.

424. La loi de 2008 inaugure toutefois un nouveau mode de relation entre la loi et la convention collective dans lequel la convention s'émancipe définitivement de tout carcan légal.

En ce qui concerne l'accord dérogatoire, si l'on a pu dire que « *le succès de cette technique vient de ce qu'elle favorise la conciliation entre aspirations sociales et objectifs économiques* »⁵, il semblerait plutôt aboutir à une transformation du rôle protecteur de la convention, garante des aspirations sociales, vers un rôle de gestion au bénéfice des objectifs économiques⁶. L'accord dérogatoire, plus qu'allait dans un sens défavorable aux salariés, va alors simplement « *dans un sens utile à l'entreprise* »⁷.

¹ F. SARAMITO, loc. cit., 1986, p. 39.

² G. LYON-CAEN, loc. cit., 2003, p. 358.

³ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1303. Dans le même sens s'est prononcé M. DESPAX estimant que la faculté de dérogation est « *assurément un élément de flexibilité de la norme de droit du travail* » (op. cit., 1989, p. 103).

⁴ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1998, p. 218.

Selon un auteur, la logique de la dérogation est « *celle qui implique non le remplacement des lois actuelles par d'autres lois mais la possibilité de mettre en place des « ordres juridiques locaux » diversifiés. Cette conception est aussi intelligente [...], elle évite les problèmes de face qui apparaissent, dès lors que l'on aborde le thème des flexibilités. Si celles-ci sont nécessaires, il est plus facile de les introduire de manière décentralisée que par un combat politique, forcément idéologique et brutal* » (R. SOUBIE, « Quelques observations sur les accords « donnant-donnant » », *Dr. soc.*, 1985, p. 615).

⁵ J. BARTHELEMY, loc. cit., 2003, p. 832.

⁶ « *La figure juridique de l'accord dérogatoire cristallise une évolution nettement plus gestionnaire du cours de la négociation* » (G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 76).

⁷ G. LYON-CAEN, « Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », *Dr. soc.*, 1988, p. 551.

Certains auteurs ont alors remarqué que le recours à la dérogation peut constituer une technique méconnaissant la compétence du pouvoir législatif¹. « *Dans cet optique, l'article 34 de la Constitution peut être envisagé comme faisant obstacle à une mise à l'écart trop systématique du premier modèle d'articulation fondé sur la règle du plus favorable, dont la notion moderne d'accord dérogatoire permet de se détacher* »². D'un point de vue quantitatif, le pouvoir législatif ne peut donc pas recourir à la technique de la dérogation de forme trop fréquente ou exagérée. Dans la pratique, une auteure affirme ainsi se référant aux facultés de dérogation que « *seule une déviance idéologique peut faire croire qu'en droit du travail les exceptions, parce qu'elles se répètent, ont une valeur égale à la règle de principe* »³.

Force est alors de constater qu'une nouvelle tendance poursuit l'œuvre de flexibilisation et offre une alternative aux accords dérogatoires permettant d'en contourner les limites. Cette nouvelle tendance est issue de la loi de 2008 et se déploie essentiellement en matière de réglementation de la durée du travail qui représente un « *terrain d'expérimentation d'une nouvelle hiérarchie des sources du droit* »⁴. Une auteure souligne alors justement qu'« *il est assez paradoxal de constater que si le temps de travail a historiquement constitué le premier thème de la réglementation sociale, il incarne aujourd'hui la figure de la déréglementation* »⁵.

425. L'analyse de l'évolution de la réglementation relative au temps de travail se révèle dans tous les cas pertinente permettant de retracer l'évolution des rapports entre la loi et la convention collective⁶.

Une première période initiée par les lois Auroux de 1982 répond au schéma classique de l'accord dérogatoire⁷. A partir de 1998 et de la loi Aubry I sur la réduction du temps de travail, l'Etat cherche à impulser la négociation collective et lui attribue

¹ « *La multiplication indistincte de dispositions dispositives et de dispositions dérogatoires, sans jamais redéfinir les règles générales d'ordre public, constitue une forme de déréglementation par la surréglementation qui évite de poser la question de la responsabilité du législateur sur la détermination des principes fondamentaux qui lui appartient pourtant en vertu de l'article 34 de la Constitution* » M.L. MORIN, loc. cit., 1998, p. 427.

² G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 81.

³ M. BONNECHERE, loc. cit., 2008, p. 13.

⁴ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 255.

⁵ F. CANUT, loc. cit., p. 379.

⁶ Pour une vision d'ensemble de l'évolution du dispositif légal en la matière, voir A. JOBERT, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.*, 2010, p. 367.

En Espagne, en matière de temps de travail, voir B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Flexibilidad de la jornada laboral: mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

⁷ Ordonnance n° 82-41 du 16 janv. 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

une fonction légiférante. Dans le même temps sont largement maintenues et mêmes augmentées les facultés de dérogation¹. Depuis 2003, les successives politiques gouvernementales ont de manière constante visé à remettre en cause les 35 heures au travers d'une prolifération de règles étatiques². Plus loin, ces différentes lois « *et plus particulièrement celle du 20 août 2008 participent d'un démantèlement du Code du travail sur l'un de ses chapitres les plus importants* »³, la réglementation du temps de travail.

Concrètement, la loi de 2008 propose dans son exposé des motifs de « *revoir l'articulation des rôles entre une loi, recentrée notamment sur la définition des règles nécessaires à la protection de la santé et la sécurité des salariés, et une négociation collective aux prérogatives étendues, notamment en matière de fixation du contingent et du repos compensateur* ». Cette loi est alors guidée par un état d'esprit : « *il convient de favoriser la négociation, l'adaptation, la souplesse, les possibilités d'augmentation de la durée du travail* »⁴. De manière abrupte mais non moins réelle, il s'agit d'augmenter la flexibilité et de réduire les coûts.

Depuis la perspective des relations entre la loi et la négociation collective, cette réforme, « *très inspirée des thèses néolibérales sur la nécessité d'une déréglementation législative des relations de travail* », « *organise une subsidiarité généralisée des dispositions légales et confère le rôle prioritaire aux accords employeurs-salariés* » en

¹ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (voir notamment M. MINE, *Négocier la réduction du temps du travail*, Ivry sur Seine, Les éditions de l'atelier, 1998 ; Ph. LANGLOIS, « La réduction du temps du travail et la rémunération », *Dr. Soc.*, 1998, p. 785 ; Ch. RADE, « Smic et réduction du temps de travail : la politique des petits pas », *Dr. Soc.*, 1999, p. 986 ; J. PELISSIER, « La loi dite « des 35 heures » : constats et perspectives », *Dr. Soc.*, 1998, p. 794 ; J.E. RAY, « Quelques questions autour de la loi Aubry I », *Dr. Soc.*, 1998 (c), p. 766 ; G. BELIER, loc. cit., 1999, p. 1015) et Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (voir *35 heures. Négocier les conditions de travail*, Dir. T. GRUMBACH et L. PINA, Ivry sur Seine, Les éditions de l'atelier, 2000 et J.E. RAY, « De temps...en temps », *Dr. soc.*, 2000, p. 241).

² Depuis la loi Aubry II de 2000, huit lois relatives au temps de travail : Loi n° 2003-47 du 17 janv. 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; 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° 2004-626 du 30 juin relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées ; Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise ; Loi n°2007-1223 du 21 Août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite loi TEPA, qui incite par des allègements le recours aux heures supplémentaires ; Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; 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.

³ A. JOBERT, loc. cit., 2010, p. 372.

⁴ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 253 ; « Conserver la durée légale, mais simplifier son adaptation », *RDT*, 2008, p. 282.

matière d'organisation du temps de travail¹. La doctrine a en effet estimé que « *le trait saillant de la réforme fait apparaître un mouvement allant de la dérogation vers la supplétivité [...] un passage de l'ordre public dérogeable vers la supplétivité de la règle étatique* »².

Une première matière particulière affectée est la détermination des heures supplémentaires et leur rémunération. L'accord collectif peut sous certaines conditions mettre à l'écart l'intervention de l'inspecteur du travail pour instaurer des heures supplémentaires qui dépassent le contingent annuel et réduire les obligations de contreparties à la charge de l'employeur. En ce qui concerne leur rémunération, le principe légal est le paiement majoré des heures supplémentaires. Néanmoins, la loi permet à la convention d'opter pour le remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur équivalent³. Si finalement est procédé au paiement, la négociation collective peut, naturellement, prévoir une compensation financière supérieure mais également inférieure à la loi⁴.

Le recul de la loi se manifeste également quant aux conditions de répartition du temps de travail de chaque salarié sur une période supérieure à la semaine et qui peut atteindre l'année⁵. Conformément à la logique de l'accord dérogatoire, la loi permet à la convention collective de mettre à l'écart le principe selon lequel la répartition se fait sur la semaine civile⁶. Cet accord peut alors définir les modalités d'aménagement du temps de travail et en organiser la répartition. En défaut d'accord, s'appliqueront les dispositions d'un décret. Cet accord doit être accompagné du respect de plusieurs

¹ M. VERICEL, loc. cit., p. 575. Pour une position plus modérée, voir J. BARTHELEMY, « La révolution annoncée n'aura pas lieu », *SSL*, 2008, n° 1360 ; du même auteur, « Evitez les mauvais procès », in *Controverse : étendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ?*, *RDT*, 2008, p. 427 ; M. MORAND, « Une réforme inachevée », *SSL*, 2008, n° 1364, p. 6.

² F. CANUT, loc. cit., p. 380. Cette affirmation renvoie à la controverse juridique entre accord dérogatoire et supplétivité (voir supra, n° 412). Selon l'auteur, les accords dérogatoires sont ceux « *qui écartent une règle étatique en principe applicable [...]. Il est en effet différent d'édicter une règle étatique qui supporte la dérogation par voie d'accord collectif et de prévoir qu'une règle étatique ne s'appliquera qu'à défaut d'accord collectif* ».

³ Art. L. 3121-24 CT.

⁴ Art. L. 3121-22 CT.

⁵ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 253. La loi remodèle également les conventions de forfaits conclues entre un employeur et un salarié, généralement cadre (voir P.Y VERKINDT, « Les conventions de forfait », *Dr. soc.*, 2010 (a), p. 397, et infra, n° 544).

⁶ Art. L. 3121.20 et art. L. 3122-2 CT aux termes duquel, « *Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année* ».

exigences prévues par la loi¹. Notons toutefois que la loi de 2008 les a considérablement réduites libérant ainsi l'employeur de certaines contraintes².

Enfin, les règles relatives au travail à temps partiel permettent à la convention collective de s'écarter des règles légales relatives aux interruptions d'activité³.

426. Pour conclure sur cette loi et plus généralement sur ce développement, il est possible d'affirmer que si l'accord dérogatoire a constitué l'élément moteur de la flexibilisation, une tendance nouvelle de déréglementation plus poussée qui se rapproche de l'esprit du droit espagnol sans toutefois s'y assimiler, est amorcé. Même si la loi de 2008 concerne uniquement la réglementation du temps de travail, il ne fait aucun doute que « *le champ de cette organisation nouvelle des rapports entre sources s'étendra sûrement. L'histoire du droit de la durée du travail permet de le supposer. C'est l'ordonnance du 16 janvier 1982 sur les 39 heures qui a inventé la technique de dérogation ; depuis, le champ de celle-ci et le degré d'autonomie à l'intérieur de chaque domaine concerné n'ont cessé de croître* »⁴.

Plus loin, la flexibilisation du droit du travail passe nécessairement par la diminution de la logique de l'OPS. Or, le pouvoir normatif et l'intervention des acteurs sociaux en matière de négociation collective se sont largement fondés sur la base de cette logique qui délimitait ainsi les fonctions de la convention collective. Le discours sur la flexibilité qui implique la possibilité pour les négociateurs de prévoir des règles en dehors des limites légales remet en cause la conception traditionnelle de la négociation collective et conduit surtout à s'interroger sur la pertinence d'invoquer un droit des salariés à la négociation collective qui finalement peut aboutir à une convention régressive.

¹ Art. L. 3122-2 al. 2 CT : l'accord « prévoit : 1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ; 2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ».

² Par exemple, les négociateurs n'ont plus à justifier des données économiques et sociales à l'origine de la modulation des horaires (F. CANUT, loc. cit., p. 381).

³ Article L3123-16 CT. Notons qu'en l'espèce, certaines exigences sont expressément prévues par la loi. Concrètement, l'accord doit définir « les amplitudes horaires pendant lesquelles les salariés doivent exercer leur activité et leur répartition dans la journée de travail, moyennant des contreparties spécifiques et en tenant compte des exigences propres à l'activité exercée » (art. L. 3123-16 CT in fine).

⁴ J. BARTHELEMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2009, p. 908.

B. La flexibilité : « une vieille rengaine »¹

427. Très tôt, le Professeur SUPIOT avait souligné que « *les termes de « déréglementation » ou de « délégalisation » ne sont pas des concepts juridiques mais plutôt des notions à la mode, issues du vocabulaire économique et politique, et qui doivent une part de leur succès à leur imprécision* »².

Une idée claire guide néanmoins les partisans de ce mouvement : la volonté de flexibiliser le droit du travail et la négociation collective, notamment à travers de l'émancipation du pouvoir normatif des acteurs sociaux, se base sur un postulat de départ, une hypothèse centrale qui est l'incapacité et la rigidité du droit étatique de prendre en compte la variété des situations économiques et de production de l'ensemble des entreprises. Dans ce sens, « *seul l'accord collectif peut concilier la mission de protection du salarié confiée au droit du travail et l'efficacité économique qui exige la diminution des contraintes* »³. Le discours de la flexibilité implique alors que « *la convention se charge d'une valeur positive (l'autonomie, c'est la liberté) et la loi d'une valeur négative (l'hétéronomie, c'est la contrainte)* »⁴. En 1988, la doctrine française avertissait déjà que « *prendre la défense des rigidités et des contraintes fait un peu « retro* »⁵. En Espagne, on soulignait également, la même année, que le débat opposait « *le moderne (la flexibilité) à l'ancien (la rigidité), convertissant le progressiste en conservateur et le conservateur en progressiste* »⁶. Le caractère paradoxal de la discussion était posé.

428. Ce discours peut, de plus, être dans sa substance même remis en question. La rigidité du droit du travail résulte extrêmement difficile à mesurer et à plus fortes raisons difficile à prouver. Inversement, l'impact sur l'économie, l'emploi et la production des réformes favorisant la flexibilisation du droit, n'a jamais pu être réellement mesuré⁷.

Les réticences pour adhérer à ce discours dépassent toutefois son inconsistance matérielle et renvoie à la logique qu'il sous-tend. En effet, comme le souligne le

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1985, p. 810.

² A. SUPIOT, loc. cit., 1989, p. 195.

³ J. BARTHELEMY, « La négociation collective, rapport général », *Dr. Soc.*, 1986, p. 597.

⁴ A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 631.

⁵ M. BONNECHERE, loc. cit., 1988, p. 186.

⁶ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 12.

⁷ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 10 et A. JEAMMAUD, loc. cit., 1998, p. 214.

Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, le discours sur la flexibilité et sa mise en œuvre au travers de la déréglementation conduit à savoir si l'intervention de l'Etat entrave ou non la capacité des acteurs sociaux d'adapter leurs systèmes de production¹. On retrouve alors, dans le discours de la flexibilité, une profonde influence libérale². La notion de flexibilité s'est, en effet, réduite à « *la projection sur les relations de travail des exigences posées par un néolibéralisme qui prétend être hégémonique dans ses approches sociales et économiques* »³. Le principe de liberté contractuelle se place, par conséquent, au centre du discours en faveur de la flexibilité.

Celle-ci connaît toutefois des limites. Dans ce sens, le principe de subsidiarité n'a pas encore fait ses preuves sur des sujets non consensuels. Les pouvoirs publics ont dû et devront prendre leur responsabilité lorsque pour divers motifs les représentants des employeurs et des salariés ne se mettent pas d'accord.

En marge de cette question d'ordre essentiellement politique, les partisans de la flexibilité par la contractualisation du droit du travail considèrent que la négociation des conditions de travail au niveau collectif permettrait d'éliminer cette condition de subordination. La flexibilité influencée par le libéralisme collectif en constitue le paradigme⁴. On décèle ici un courant doctrinal qui plaide avec ferveur pour le développement du contrat collectif qui concilie économique et social en permettant l'adaptation des règles à chaque entreprise, la prévision des risques et l'acceptation de décisions concertées et non pas imposées⁵.

La prédominance de la norme négociée, encadrée selon les règles de droit commun des contrats, permettrait alors en amont, à la norme étatique de se centrer

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado? », *RL*, 1987-I, p.1.

² Bien que poussée à l'extrême, la pensée de F-A. HAYEK est particulièrement révélatrice de cette théorie ; voir notamment, *Droit, législation et liberté ; Le mirage de la justice sociale ; L'ordre politique d'un peuple libre* ; Traduction de R. AUDOUIN, Paris, PUF, 1995. Pour une brève mais pertinente critique de la thèse de HAYEK, voir A. SUPLOT, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.*, 1984, p. 303. L'auteur estime, justement que « *tant que le droit du travail ne vise pas à fixer la situation matérielle de chaque travailleur, mais seulement à fournir les instruments juridiques d'une libre détermination de cette situation, les critiques libérales qui lui sont adressées sont dénuées de tout fondement juridique* ».

³ M. CORREA CARRASCO, loc. cit., 2001, p. 77. Le Professeur VALDÉS souligne également qu'elle tend alors essentiellement à « *la recherche de formules d'adaptabilité du marché aux exigences variables de la demande et de la production* » (op. cit., 1999, p. 120).

⁴ L'essor de la norme négociée permettrait ainsi la diversification des fonctions des syndicats. Ces derniers feraient de la « *collaboration et la participation un axe basique de l'action syndicale* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1998, p.7). L'accroissement de la responsabilité sociale et économique des syndicats peut cependant, à terme, conduire à l'instauration d'« *un système social néocorporatif* » (T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 15).

⁵ J. BARTHELEMY, loc. cit., 2009, p. 907. Nous reviendrons plus loin dans le travail sur ce courant qui connaît aujourd'hui un écho important (voir infra, n° 686 s.).

essentiellement sur l'élaboration d'un véritable droit de la négociation collective et concrètement à sa procéduralisation. Ce renforcement des techniques contractuelles permettrait alors d'assurer un équilibre entre les deux parties qui sur le plan collectif est supposé existé¹. En aval, il s'agit alors de renforcer, « *de revaloriser* » la partie obligatoire de la convention afin de discipliner l'attitude des parties et d' « *assurer une application raisonnable et flexible de la convention, permettant l'adaptation des normes collectives aux diverses circonstances habituelles et normales* »². La contractualisation de la convention ne serait donc pas « *une reconsidération de sa nature mais plutôt un retour à ses origines* »³.

Dans cette logique, l'équilibre des forces est une condition *sine qua non* du développement de la négociation collective. Puisque la « *la flexibilité demande, avant tout, une négociation entre les parties sociales* »⁴, il est indispensable de permettre un engagement dénué de toute contrainte. L'essor de la négociation collective ne doit donc pas intervenir « *sans avoir à l'esprit la réalité sociologique des rapports de travail, l'importance des rapports de force dans la négociation et la réalité du marché du travail* »⁵. L'équilibre des forces lors du processus de négociation est-il assuré ? Il est permis d'en douter. On pourrait même se demander s'il a, par ailleurs, déjà existé. Or, une chose est sûre, la liberté contractuelle « *ne peut se déployer pleinement que si la loi prend en charge tout ce qui n'est pas réductible à un échange de biens et services, c'est-à-dire tout ce qui excède la négociation de biens mesurables* »⁶. Les conditions de travail des salariés correspondent à ce type de biens immatériels directement connectés à la personne. Si sont oubliés ces éléments, la flexibilité permettrait, en pratique, « *l'augmentation des marges d'action du pouvoir patronal* »⁷. La convention collective apparaît alors, spécialement au niveau de l'entreprise, « *comme le vecteur privilégié d'une nouvelle forme d'exercice du pouvoir patronal, plus sophistiquée et plus légitime au moins en apparence, parfois même de nature à accroître l'autorité de*

¹ J. BARTHELEMY, loc. cit., 2003, p. 833.

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1998, p.7.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1998, p. 8. Une opinion doctrinale française considère, toutefois, que la contractualisation, « *loin de signifier un retour aux origines contractuelles du droit du travail, s'exprime par l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles techniques juridiques qui visent à dépasser l'opposition de l'hétéronomie et de l'autonomie* » (A. SUPPIOT, loc. cit., 2003, p. 59).

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1999, Editorial Complutense, p. 121.

⁵ M. BONNECHERE, « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 40.

⁶ A. SUPPIOT, loc. cit., 2003, p. 67.

⁷ CORREA CARRASCO, loc. cit., 2001, p. 91.

l'employeur »¹. Comme le souligne le Professeur SUPIOT, « *il faudrait se demander si, derrière la permanence du vocabulaire contractuel, la promotion de la convention n'est pas l'instrument d'un nouvel ordre disciplinaire, d'une intériorisation de la contrainte plutôt que d'un libre engagement* »².

Conclusion § 1

429. A l'heure de conclure ce développement, reviennent à l'esprit deux phrases célèbres qui permettent de mettre en exergue l'ambiguïté de la problématique. D'un côté, Fouillé, au XIX^e siècle, formula la locution de « *qui contractuel dit juste* ». De l'autre, Lacordaire estimait qu'« *entre le fort et le faible, c'est la loi qui libère et la liberté qui opprime* ». La controverse reste, en matière de négociation collective, d'une incontestable actualité.

On décèle toutefois une tendance forte qui aboutit à un radoucissement de l'état légal et à un essor de la négociation collective conformément à la vision de la flexibilité que nous avons retenue. Dans les deux systèmes juridiques, le mouvement de flexibilisation du droit du travail est donc une réalité. Le dispositif espagnol a néanmoins combiné avec plus de force les différentes formes d'y procéder. L'essor de la négociation collective prend par ailleurs une ampleur supplémentaire puisqu'elle porte désormais sur un objet central, consubstantiel à la relation de travail, le maintien et les conditions d'emploi.

§ 2: Les relations de la loi et de la convention en matière d'emploi

430. Droit du travail et emploi sont incontestablement deux notions intimement liées. La définition de cette notion d'emploi reste cependant difficile à établir³ et répond à une évolution lente mais dynamique⁴. Une certitude semble toutefois se dégager: le droit du travail s'est converti en une variable supplémentaire de promotion de l'emploi⁵.

¹ G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 76.

² A. SUPIOT, « Malaise dans le social », *Dr. soc.*, 1996, p. 120.

³ T. KATZ évoque ainsi la « pluralité de notion juridiques d'emploi » (*La négociation collective et l'emploi*, Paris, LGDJ, 2007, p. 7).

⁴ F. GAUDU, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.*, 1987, p. 414 et « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.*, 1996, p. 570. Voir également T. KATZ, op. cit., p. 4.

⁵ M. RODRÍGUEZ-PINERO, « Derecho del Trabajo y empleo », *RL*, 1994-I, p. 81; A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1997, p. 229.

Il est certain, comme le soulignait le Professeur G. LYON-CAEN, que « *le droit du travail doit favoriser l'emploi et non lui nuire* »¹.

Concrètement, la négociation collective constitue un instrument fortement mis en valeur en cette matière. La compétence de la négociation collective en matière d'emploi ne fait aucun doute². Il est toutefois intéressant de souligner que l'emploi s'est converti en un objet central³, en une préoccupation de la négociation collective⁴ qui aborde aussi bien les conditions de travail et d'emploi que la création, le maintien et les formes d'emplois⁵. La préoccupation pour l'emploi trouve par ailleurs un large écho dans les politiques législatives, dans la politique conventionnelle, dans la politique tout court serait-on tenter de dire. « *Mais que vaut cette rhétorique ?* »⁶.

La perspective comparée qui est la nôtre nous conduit alors à grossir les traits caractéristiques des deux pays et a souligné que le thème de l'emploi n'est pas abordé dans des termes similaires. En France, l'emploi irrigue la négociation et en constitue le cadre et l'élément décisif. Sa traduction dans les conventions collectives présente toutefois des formes variées et diverses. Dès lors, il s'agit de s'attacher de définir la portée des clauses en matière d'emploi afin de mesurer leur impact sur les salariés. En Espagne, si les efforts se sont traditionnellement centrés sur la réduction de la dualité du marché du travail entre emplois stables et emplois précaires, les dernières réformes légales inaugurées en 2010 délaissent cette perspective qualitative et se concentrent, du point de vue quantitatif, sur son maintien coûte de coûte. Afin d'atteindre cet objectif, les notions de flexibilité et, plus loin de flexisécurité, ne visent plus seulement à réduire le carcan légal mais se convertissent en instruments de maintien de l'emploi et en éléments directeurs de la politique légale.

A. La négociation en matière d'emploi en France

431. Le thème de l'emploi a inauguré ce que la doctrine a pu qualifier de négociation « *du troisième type [...], complexe [...], touche à tout [...]* car elle vise à la fois le temps et les horaires de travail, les salaires et souvent ses accessoires,

¹ Loc. cit., 1988 (a), p. 548.

² Article 85.1 ET et L. 2221-1 CT (anc. art. L. 131-1).

³ A. LYON-CAEN, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 316.

⁴ C. THUDEROZ, *L'emploi et sa négociation dans l'entreprise*, Rapport de recherche pour le Commissariat général du plan, 1996.

⁵ G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.*, 1996, p. 467.

⁶ A. LYON-CAEN, « Le maintien de l'emploi », *Dr. soc.*, 1996, p. 655.

*l'organisation de l'entreprise... »*¹. Une caractéristique centrale peut cependant être détectée pour comprendre l'impact du thème de l'emploi sur le contenu de la négociation collective : celle-ci revêt dans ces hypothèses une portée synallagmatique dans laquelle l'argument de l'emploi justifie la diminution des droits des salariés. L'argument de l'emploi a, par conséquent, ouvert la porte à la conclusion d'accords régressifs pour les salariés en ce qui concerne leurs conditions de travail.

Cette logique synallagmatique s'est traduite par ce que la doctrine a appelé la négociation donnant-donnant. Ce modèle de négociation est antérieur à l'essor du thème de l'emploi comme objet de négociation. Cependant, nous considérons qu'il constitue désormais l'argument clef de l'employeur dans ce modèle de négociation.

A l'intérieur de ce modèle de négociation, il est opportun de prendre en compte une distinction opérée par le Professeur A. LYON-CAEN². L'utilisation du thème de l'emploi peut, d'une part, être une justification de la négociation d'une convention collective. La négociation trouve sa raison d'être dans la volonté d'éviter des licenciements, de favoriser la création d'emploi ou plus simplement d'avoir une action sur l'emploi. D'autre part, le thème de l'emploi peut aboutir à un engagement de l'employeur. Dans ce cas, la convention contient une clause en matière d'emploi dont l'efficacité recèle de nombreuses difficultés.

Afin d'aborder l'ensemble de ces problématiques, nous analyserons tout d'abord l'emploi comme argument central de la négociation donnant-donnant puis nous nous attacherons à l'efficacité et à l'effectivité des clauses conventionnelles en matière d'emploi.

1. La négociation sur l'emploi comme paradigme de la négociation de concession

432. Lors des discussions préalables à la conclusion d'accords donnant-donnant, *« chacune des parties fait à la fois des concessions et soutient des revendications »*³.

¹ J.E. RAY, « Du collectif à l'individuel », *Dr. soc.*, 1998 (b), p. 347.

² A. LYON-CAEN, loc. cit., 1996, p. 655.

³ R. SOUBIE, loc. cit., 1985, p. 614.

Dans ce cadre, la négociation collective devient « *un système d'échanges mutuels* » dans lequel « *l'accord collectif revêt le caractère d'un contrat synallagmatique* »¹.

Cette transformation présente un intérêt spécialement pour les employeurs. En effet, la conception traditionnelle de la négociation collective permettait de la concevoir comme un instrument d'amélioration des conditions de travail incompatible avec la création d'obligations pour les salariés. Les accords de concessions bouleversent cette logique. Désormais, les employeurs se refusent à signer un accord si celui-ci ne contient pas de contreparties à la charge des salariés. Un fait objectif corrobore que cette transformation s'opère dans l'intérêt des employeurs : aujourd'hui, la demande de négociation émane fréquemment de la partie patronale. La philosophie des accords de concessions lui permet de demander l'ouverture de négociations qui porteront sur ses propres revendications², spécialement l'amélioration des gains de productivité³.

L'apparition de négociations aboutissant à des accords dits de concessions ou donnant-donnant constitue, par conséquent, une des manifestations symptomatiques de la transformation des fonctions de la convention collective qui peut se présenter comme un nouvel instrument de gestion de l'entreprise offert aux employeurs.

433. Dans cette logique, l'emploi constitue logiquement un thème d'une importance fondamentale. Les thèmes classiques de négociation tels que le temps de travail ou la rémunération continuent de représenter le cœur des discussions, mais ils sont désormais confrontés au thème de l'emploi qui constitue la motivation consubstantielle de l'accord⁴. « *L'emploi fait, à des degrés divers, figure de contrepartie à des sacrifices des salariés, salariaux notamment, et/ou l'introduction de nouvelles formes d'organisation et d'aménagement du temps de travail* »⁵.

¹ S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 245. Selon F. SARAMITO, dans ce type d'accord, « *les avantages qu'y trouveraient les uns auraient leur cause dans ceux qu'y trouveraient les autres* » (loc. cit., 1986, p. 39)

² F. SARAMITO, loc. cit., 1986, p. 43.

³ R. SOUBIE, loc. cit., 1985, p. 615.

⁴ L'interrelation entre l'emploi et l'organisation du temps de travail s'est tout d'abord reflétée dans l'accord national interprofessionnel sur l'emploi du 31 octobre 1995. Plusieurs autres accords sectoriels rendent compte de cette préoccupation : celui de la métallurgie du 3 mai 1996 qui a comme objet général « *l'aménagement et la durée du travail en vue de favoriser l'emploi* » ; celui de l'industrie et du commerce en gros des viandes du 2 juillet 1996 intitulé « *organisation du temps de travail et développement de l'emploi* » (pour approfondir, voir F. FAVENNEC-HERY, « L'organisation du temps de travail au service de l'emploi (commentaire de l'ANI sur l'emploi du 31 octobre 1995) », *Dr. soc.*, 1996, p. 20.

⁵ M.A. SOURIAU, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1061.

L'existence de contreparties constitue en réalité la justification et la légitimation qui fonde les accords-donnants en général. Reprenant les propos du Professeur PELISSIER, « *les chefs d'entreprise accordent des droits nouveaux à l'ensemble des salariés en contrepartie du renoncement par les salariés à certains droits dont ils bénéficiaient jusqu'alors* »¹. Le problème principal de ce type d'accords se déplace alors vers la notion de « contreparties ». Celles-ci devraient certainement assurer un avantage concret et immédiat pour chacune des parties², sous peine de convertir les accords de concessions en coquille vide ou, pire, en pur et simple accord régressif pour les salariés³. La doctrine a néanmoins très tôt mis en exergue leur ambiguïté⁴. Ces contreparties sont fréquemment envisagées de manière vague, sans contenu ou même directement absente de l'accord. Leur existence pose, en fait, dans la pratique, de nombreuses difficultés juridiques⁵.

Toutes ces difficultés se trouvent renforcées lorsque la contrepartie invoquée par l'employeur est le maintien de l'emploi⁶. En effet, « *l'emploi ne paraît pas un argument comme les autres* », il poursuit une « *quête de légitimité* »⁷. L'accord n'est plus apprécié par rapport à son contenu mais uniquement par rapport à son objectif, à sa finalité. Il ne pourrait être qu'un bon accord puisqu'il vise à protéger l'emploi. Les travailleurs semblent alors adhérer à un projet commun d'entreprise dans lequel employeur et salariés se compromettent pour sauvegarder l'emploi. Dans ce sens, « *la sécurité, même relative, de l'emploi est un facteur positif pour une politique de motivation* »⁸. La convention collective devient alors l'instrument de la politique de gestion du personnel, une variable supplémentaire de la gestion de l'entreprise, cette fois, au service du département des ressources humaines. Enfin, depuis une perspective, plus pragmatique, l'accord de concessions peut s'inscrire dans une politique de « *chantage à l'emploi* »⁹. Les représentants des salariés n'auraient alors le choix qu'entre une diminution des droits des travailleurs ou leurs licenciements pour motif économique.

¹ J. PELISSIER, loc. cit., Dalloz, 2001. Un auteur estime que, « *contre l'abandon de certaines garanties légales, les salariés bénéficieraient de l'amélioration de l'emploi née du développement de l'entreprise* » F. SARAMITO, loc. cit., 1986, p. 39.

² F. SARAMITO, loc. cit., 1986, p. 41.

³ Nous considérons comme S. YANNAKOUROU que les contreparties « *transforment les accords dérogatoires en accords de concession* » (op. cit., p. 245).

⁴ S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 249.

⁵ Outre la détermination de leur existence, reste patent le problème de leur appréciation.

⁶ De manière générale l'emploi représente une contrepartie « *passé-partout* ».

⁷ A. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. Soc.*, 1998, p. 319.

⁸ R. SOUBIE, loc. cit., 1985, p. 615.

⁹ J.E RAY, « *De l'ANI du 31 oct. 1995 à la loi Aubry de 1998* », *Dr. soc.*, 1998 (a), p. 314.

En définitive, les revendications, les comportements lors des négociations, autrement dit le degré de compromis des représentants des salariés est largement conditionné par la préoccupation liée au maintien de l'emploi. C'est au nom de l'emploi que les concessions sont acceptées. Dans ce sens, l'utilisation de l'emploi comme justification « *peut difficilement être tenue pour indifférente* »¹.

Plus loin, la négociation en matière d'emploi devient particulièrement problématique lorsqu'un engagement de maintien de l'emploi est matérialisé par une clause conventionnelle.

2. L'(in)efficacité des clauses en matière d'emploi

434. L'emploi comme justification de la mise en route d'un processus de négociation collective dans lequel les salariés peuvent se voir restreindre certains droits ou avantages s'avère problématique au regard de l'inconsistance de la position patronale. Dès lors, l'existence dans une convention d'une clause qui prévoit que l'employeur s'engage à maintenir ou créer des emplois peut permettre de donner plus de consistance à cette négociation et, par conséquent, aux concessions des salariés².

Nous verrons toutefois que l'effectivité de ces clauses qui peuvent être invoquées par les signataires de la convention et, dans certaines hypothèses, directement par les salariés, demeure incertaine.

a) La force obligatoire de l'engagement en matière d'emploi

435. La diversité des clauses relatives à l'emploi, ainsi que le caractère de leur rédaction soulèvent de nombreuses difficultés et peuvent entraîner, selon les cas, des effets juridiques différents. Résoudre les doutes et interrogations sur son efficacité

¹ A. LYON-CAEN, loc. cit., 1996, p. 658.

² Une première difficulté doit ici être dépassée et se réfère à la compatibilité de ces clauses avec le pouvoir de licencier de l'employeur. La jurisprudence française s'est prononcée clairement et de forme répétée en la matière énonçant que « *les dispositions légales relatives à la résiliation par l'employeur du contrat de travail n'interdisent pas aux partenaires sociaux de limiter à des causes qu'ils énumèrent le pouvoir de licencier de l'employeur* » précisant toutefois que l'étendue de ces restrictions ne peut pas être absolue (Cass. Soc. 3 fév. 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 301. Citons également, Cass. Soc. 26 sept. 1990, *Bull. civ. V.*, n° 393, p. 237 ; Cass. Soc. 16 mars 1994, Cass. Soc. 21 juin 1995, Cass. Soc. 28 fév. 1996, Cass. Soc. 14 oct. 1997, obs. J. SAVATIER, *Dr. soc.*, 1997, p. 1100 ; Cass. Soc. 18 nov. 1997, *RJS*, 1/98, n° 23). De ce point de vue, la clause d'engagement en matière d'emploi est donc parfaitement licite ne contrevenant à aucune prohibition d'ordre public (M.A. SOURIAU, loc. cit., 1997, p. 1065 ; F. PETIT, « Sur les clauses de garanties d'emploi », *Dr. soc.*, 2000, p. 88).

juridique représente alors un enjeu essentiel pour permettre aux partenaires sociaux de négocier en toute connaissance de cause.

Une difficulté majeure réside dans la rédaction même des clauses. Qualifiées par la doctrine française de «*clauses obscures ou allusives*»¹, elles peuvent mettre en doute l'existence d'un véritable engagement de l'employeur². La rédaction de clauses claires et précises représente donc un enjeu fondamental pour les acteurs sociaux et, notamment, pour les représentations syndicales. Lorsque la clause permet d'identifier un engagement réel de l'employeur, les difficultés se déplacent alors sur les mécanismes permettant d'en sanctionner les manquements.

Afin d'aborder l'efficacité juridique des clauses en matière d'emploi, une première approche conduit à revenir à la distinction entre contenu normatif et contenu obligatoire de la convention collective³. Faisant appel à la notion d'obligation⁴, l'engagement en matière d'emploi pose la question de son intégration dans la partie obligatoire de la convention⁵.

Une première difficulté consiste alors à déterminer si le manquement à l'engagement correspond à une inexécution d'une obligation de moyen ou de résultat⁶. La Cour de cassation afin de mesurer l'engagement de l'employeur, attache une importance particulière à la rédaction de la clause afin de se prononcer sur son efficacité. Lorsque les clauses s'apparentent à des «*engagements d'honneurs*»⁷, elles revêtent une portée très limitée et paraissent dénuées de toute force obligatoire. Les juges affirment que «*l'employeur s'était engagé à éviter le recours aux licenciements ; cet engagement ne paralyse pas [...] son droit de procéder à des licenciements lorsqu'ils sont inévitables*»⁸. L'absence de terme de l'engagement constitua un élément fondamental de l'appréciation des juges.

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1063.

² Cette carence est commune et partagée par les pratiques françaises et espagnoles.

³ Nous reviendrons plus loin dans le travail sur cette distinction (voir infra, n° 611).

⁴ T. KATZ, op. cit., p. 119. La notion d'engagement peut se définir comme «*la manifestation de volonté (...) par laquelle une personne s'oblige*» (*Vocabulaire juridique*, op. cit.).

⁵ Le Professeur JAVILLIER avait souligné dès le début des années 80 «*l'importance plus grande que pourrait avoir dans un contexte de « crise », la partie « obligatoire » de l'accord d'entreprise*» se référant explicitement aux accords en matière d'emploi («*Le contenu des accords d'entreprise*», *Dr. soc.*, 1982, p. 695).

⁶ G. COUTURIER, «*La méconnaissance d'un engagement de maintien d'emploi*», *Dr. soc.*, 1998, p. 378.

⁷ Contentieux Potain, TGI de Lyon du 9 fév. 1994; Cour d'Appel de Lyon 31 mars 1994, *Dr. ouv.*, 1995, p. 75 ; Cass. Soc. du 13 déc. 1995.

⁸ Cass. Soc. 13 déc. 1995, voir A. LYON-CAEN, loc. cit., 1996, p. 659

Dans une autre affaire, dans laquelle l'engagement conventionnel ne laissait que peu de place au doute s'inscrivant dans une durée limitée¹, les juges ont en revanche considéré que « *l'employeur avait méconnu son engagement et devait réparation du préjudice qui en résulte* »².

Le manquement à l'engagement correspond alors à une obligation civile qui engage la responsabilité contractuelle de l'employeur. En effet, le manquement aux clauses de maintien d'emploi répond dans une grande mesure à une logique indemnitaire caractéristique du droit civil qui peut être envisagée tant du point de vue collectif qu'individuel. Il s'agit de la responsabilité contractuelle classique et de la sanction typique, le versement de dommages et intérêts sur la base de l'article 1147 du Code Civil³.

436. La spécificité de ce type de clauses en matière d'emploi réside alors dans ses destinataires et consécutivement dans les sujets susceptibles d'engager une action en exécution et de demander réparation, sous forme de dommages et intérêts, pour le préjudice subi. En effet, corrélativement à la diversité de leur rédaction, elles sont susceptibles d'avoir une diversité de destinataires.

L'employeur peut s'engager à créer de nouveaux emplois ou à maintenir les emplois. Dans ce dernier cas, il pourra s'engager à ne procéder à aucun licenciement ou simplement à maintenir le volume d'emploi existant. Dans l'hypothèse d'un engagement de procéder à des embauches, la doctrine estime que, dans ce cas, les destinataires de l'engagement sont les syndicats signataires, « *faute de déceler la créations de droits individuels* »⁴. La clause sera ainsi rattachée à la partie obligatoire de l'accord se limitant à la relation entre l'employeur et les syndicats signataires de la convention⁵. On retrouve la même logique lorsque l'employeur s'engage à maintenir le volume d'emploi existant. Dans cette hypothèse, pour des motifs d'organisation de la production par exemple, l'employeur peut supprimer un poste de travail et procéder ainsi à un licenciement dès lors qu'il crée un autre poste de travail synonyme d'embauche. Se référant exclusivement au volume d'emploi dans l'entreprise, ces clauses de maintien des effectifs ne peuvent donc être qualifiées de clause de garantie

¹ L'employeur s'était engagé à ne pas procéder à des licenciements pour motif économique durant une période d'un an.

² Cass. Soc. 1^{er} avril 1997, Affaire Case France, *Dr. soc.*, 1997, p. 646, obs. J.E. RAY.

³ Cass. Soc. 22 janv. 1998, Arrêt Briou, *Dr. soc.*, 1998, p. 292, obs. J.E. RAY.

⁴ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1067.

⁵ A. LYON-CAEN, loc. cit., 1996, p. 658.

d'emploi¹, tout au moins dans un sens strict. Elles n'ouvriraient ainsi aucun droit individuel aux salariés, ne permettant que l'action des syndicats signataires².

La création d'un droit individuel pour les salariés est en revanche admise lorsque l'employeur s'engage à ne pas procéder à des licenciements durant une période déterminée³. La Cour de cassation a alors estimé que « *chaque salarié est recevable à agir individuellement pour la réalisation des droits qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif de travail* »⁴. Ces clauses n'ont pas une simple portée de nature collective puisqu'un salarié licencié en violation d'un tel engagement se voit reconnaître un droit à réparation⁵. L'employeur est condamné à réparer le préjudice subi par le salarié. Cette décision a été confirmée avec force ultérieurement⁶. Dans l'arrêt Briou rendu par la Cour de cassation, deux accords articulés conclus dans la logique synallagmatique des accords donnant-donnant, prévoyaient d'une part le maintien de l'activité d'une usine et d'autre part l'aménagement des coûts salariaux permettant la sauvegarde des emplois. Malgré cela, l'employeur procède à la fermeture de l'usine sans négocier d'abord la révision de l'accord comportant l'engagement de maintenir le site et donc les emplois. La Cour attribue alors à l'engagement toute sa force obligatoire en avançant « *la dimension obligatoire de l'accord collectif* »⁷. La responsabilité contractuelle de l'employeur pour l'inexécution de ses engagements est donc avancée. « *Chaque salarié lié par l'accord collectif [devient] le créancier d'une « obligation civile de maintien de l'emploi »* »⁸.

Originellement rattachées à la partie obligatoire, les clauses de maintien d'emploi peuvent donc, dans certaines hypothèses, être directement invoquées par les salariés individuels. On parle alors de clauses hybrides puisque si elles peuvent être directement invoquées par les salariés, elles demeurent cependant soumises aux mécanismes de sanctions propres aux clauses obligatoires⁹.

¹ F. PETIT, loc. cit., 2000, p. 81.

² M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1069

³ L'engagement de ne procéder à aucun licenciement « *correspond à l'hypothèse d'une classique garantie d'emploi* » F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 369.

⁴ Cass. Soc. 7 janv. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 325, obs. G. COUTURIER et M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1069.

⁵ Cass. Soc. 1^{er} avril 1997, déjà cité.

⁶ Cass. Soc. 22 janv. 1998, déjà cité.

⁷ G. COUTURIER, loc. cit., 1998, p. 377.

⁸ F. PETIT, loc. cit., 2000, p. 94.

⁹ T. KATZ, op. cit., p. 206 s.

Cette logique indemnitaires apparaît dans tous les cas peu satisfaisante au regard des sacrifices concédés par les représentants des salariés lors des négociations. La doctrine a alors soulevé plusieurs pistes permettant de renforcer la portée de ces clauses.

b) Vers un renforcement de l'effectivité des engagements en matière d'emploi?

437. En marge de l'action conduisant à la réparation du préjudice, d'autres actions ont été envisagées par la doctrine pour donner efficacité à ces clauses. Il s'agit alors de ne pas laisser la justification de l'emploi comme lettre morte en lui attribuant une consistance juridique. Plusieurs pistes de recherches ont été lancées. Certaines visent à engager la responsabilité de l'employeur alors que d'autres se centrent sur la validité de l'accord.

438. En ce qui concerne la responsabilité de l'employeur, la première proposition consisterait à renforcer les mécanismes de la responsabilité contractuelle par ceux du droit du licenciement¹. Le licenciement intervenu malgré une clause d'engagement de maintien d'emploi pourrait être considéré comme nul² ou du moins, dépourvu de cause réelle et sérieuse³.

Une autre piste propose de recourir à la conception de la règle de droit comme « *modèle* »⁴. La règle de droit a alors comme « *vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être* » définissant ainsi « *sa nature instrumentale* »⁵. La justification de l'emploi guide alors l'ensemble de la convention en constituant un cadre de référence permettant d'apprécier les actions de l'employeur. L'adoption de mesures de licenciements pourrait, par conséquent, constituer un manquement aux dispositions conventionnelles et être sanctionnée par le juge⁶. La notion de bonne foi permettrait alors de réduire la part d'imprévision inhérente à la question de l'emploi. L'employeur qui procède à des licenciements économiques alors que la convention est justifiée par la volonté de maintenir l'emploi, ne respecte pas

¹ T. KATZ, op. cit., p. 154.

² M.A. SOURIAU, loc. cit., 1997, p. 1068.

³ G. COUTURIER, loc. cit., 1998, p. 378 ; F. PETIT, loc. cit., 2000, p. 94.

⁴ Conception développée par P. AMSELECK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1962, p. 217.

⁵ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p. 199.

⁶ T. KATZ, op. cit., p. 165.

ladite obligation. La viabilité de ce raisonnement est néanmoins incertaine. Il pourrait cependant contraindre l'employeur à expliquer la signification de son engagement et constituer, par la même, « *un levier pour une renégociation* »¹.

En marge de la notion de bonne foi, le Professeur A. LYON-CAEN a évoqué l'idée de la responsabilité « *pour erreur de pronostic* »². En effet, la situation de l'emploi entourant le contenu de la négociation constitue « *un pronostic fait par l'employeur* ». Si, dans le futur, la situation ne correspond pas à ce pronostic, la responsabilité de l'employeur pourrait être envisagée.

Une dernière modalité de sanction fait référence aux comportements de l'Administration au travers de l'attribution, du retrait, de la suspension ou du remboursement d'aides publiques ou par la condamnation à des pénalités administratives. Force est de constater que l'absence de contrôle relatif à ce type d'aides reste problématique et a pu aboutir à transformer l'intervention étatique en un nouveau « *moyen pour abaisser le coût du travail* »³.

439. En ce qui concerne l'accord, plusieurs pistes peuvent être explorées.

Tout d'abord, la référence à l'emploi se trouve généralement dans le préambule de l'accord et correspond à une déclaration d'intention. Elle est alors dénuée de force obligatoire directe et immédiate. Une réflexion doctrinale proposa néanmoins de reconnaître aux énoncés des préambules conventionnels une valeur juridique « *par un raisonnement analogique à la lumière du droit constitutionnel* »⁴. Le préambule ferait alors partie du bloc conventionnel comme le préambule de la Constitution de 1946 intègre le bloc de constitutionnalité. La jurisprudence ne semble pas aller si loin. Les juges se réfèrent au Préambule essentiellement pour interpréter certaines clauses de la convention⁵. Les clauses qui y sont intégrées servent alors de guide d'interprétation de la volonté des parties en cas de clauses ambiguës mais n'ont pas de portée juridique⁶.

Ensuite, revenant à la logique synallagmatique des accords en matière d'emploi, un courant doctrinal propose d'annuler l'accord dans l'hypothèse où la seule contrepartie aux concessions des salariés serait constituée par « *de vagues allusions à*

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1063.

² A. LYON-CAEN, loc. cit. 1996, p. 658.

³ F. GAUDU, loc. cit., 1998, p. 374.

⁴ T. KATZ, op. cit., p. 165.

⁵ Cass. Soc. 9 avril 1996 Arrêt RATP. Notons cependant qu'un arrêt isolé semble s'orienter vers la reconnaissance de la force juridique du préambule en le considérant comme partie intégrante de la convention ; Cass Soc 13 nov. 2001, Arrêt Vivendi.

⁶ Y. CHALARON, op. cit., p. 173, n° 180.

l'emploi »¹. En effet, l'exigence d'une contrepartie pourrait être considérée comme une condition de validité de l'accord².

Enfin, une auteure insiste particulièrement sur la notion de cause³ et se demande si la justification de l'emploi peut-elle être rattachée à la catégorie juridique de cause ? Constituerait-elle donc une condition de validité de l'accord ? Retenons ici la conception moderne de la notion de cause⁴, entendue comme « *cause du contrat* »⁵ c'est-à-dire comme « *motif déterminant qui a décidé à conclure* »⁶. Il s'agit, par conséquent, de la conception subjective de la cause⁷. La renonciation des organisations syndicales à des droits ou l'introduction de nouvelles règles contraignantes pour les salariés trouvent dans les préoccupations, les attentes liées à l'emploi leur justification essentielle. Il est alors légitime de penser que sans elles, les organisations syndicales n'auraient vraisemblablement pas fait ces concessions. Leur non-réalisation ne devrait donc pas rester sans effet. « *Elle pourrait alors équivaloir à une absence de cause, puisque l'exécution de l'accord collectif selon l'économie voulue par les parties se révèle impossible* »⁸.

La notion d'économie du contrat est alors au cœur de la problématique. Celle-ci renvoie à la conception moderne, subjective de la cause qui suscite un débat doctrinal important en droit civil depuis un arrêt controversé de 1996⁹. La Cour de cassation approuva l'annulation d'un contrat du fait que son « *exécution selon l'économie voulue par les parties était impossible* ». Les juges en ont déduit l'absence de cause (subjective) et ont prononcé la nullité de l'acte¹⁰.

Les rapports entre les concessions relatives aux conditions de travail et les attentes en matière d'emploi renvoient à la notion « *d'économie voulue par les parties* ». Ce raisonnement nous amène alors à souligner l'aspect contractuel de la convention collective et trouve un point de comparaison intéressant dans la construction prétorienne de l'équilibre interne de la convention collective développée en Espagne.

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1061

² M.A. SOURIAC, loc. cit., 1996, p. 404.

³ T. KATZ, op. cit., p. 176.

⁴ Sur la notion de cause, voir J. GHESTIN, op. cit., n° 818 s.

⁵ Cass. Civ. 12 juill. 1989.

⁶ J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, Paris, Armand colin, 1998, n° 203.

⁷ J. FLOUR et J.L. AUBERT, op. cit., n° 262.

⁸ T. KATZ, op. cit., p. 181.

⁹ Cass. Civ. du 3 juill. 1996, *RTDciv*, 1996, p. 901, obs. J. MESTRE et D., 1997, juris., p. 500, note Ph. REIGNE.

¹⁰ Selon J. FLOUR et J.L. AUBERT « *on peut dire que cette sanction est encourue chaque fois qu'une des conditions légales de formation du contrat [...] fait défaut* » (op. cit., n° 330).

Nous y reviendront plus loin dans le travail¹. Dans tous les cas, l'application du principe *rebus sic stantibus* peut permettre de considérer l'accord caduc si les circonstances, spécialement économiques, changent. L'insertion d'une clause prévoyant une justification économique équivaldrait à l'introduction de cette clause².

440. En définitive, le régime des sanctions relatives au manquement d'un engagement en matière d'emploi est toujours en construction, à la recherche d'une position ferme et définitive permettant d'en assurer le respect. D'une manière générale, la Cour de cassation reste sur le terrain indemnitaire et sur la responsabilité contractuelle mais, on a bien vu que de nombreuses pistes sont ouvertes afin de parfaire un régime, encore aujourd'hui, imparfait. Soulignons toutefois le rôle fondamental des partenaires sociaux qui peuvent éclairer fortement l'ensemble de la matière en rédigeant des clauses claires et en prévoyant eux-mêmes des sanctions en cas de violations aux engagements adoptés dans la convention³. La problématique relative à la rédaction des clauses se retrouve en droit espagnol. En effet, l'hétérogénéité des clauses en matière d'emploi, dont le contenu et la portée sont variables, ne permet pas de leur attribuer une seule efficacité juridique. Dans ce cadre, ces clauses qui peuvent se limiter à une simple déclaration d'intentions, peuvent également revêtir ou bien un caractère obligatoire, ou bien un caractère normatif, notamment au regard de ces destinataires⁴.

441. En guise de conclusion sur ce développement relatif à la négociation en matière d'emploi, il apparaît que le cadre juridique de ces accords de concessions est parsemé de difficultés qui placent les représentants des salariés dans une situation extrêmement délicate. Si l'équilibre des forces lors de la négociation est nécessaire à ce type d'accords, la possibilité pour les travailleurs de voir se conclure des accords

¹ Voir infra, n° 490.

² F. GAUDU, loc. cit., 1998, p. 373. Cass. Soc. 25 avril 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 772, obs. J. MOULY. Dans cette affaire, une clause d'une convention relative au maintien d'emploi souscrite en 1982 permet aux salariés d'invoquer ladite clause en 1993 lors de leur licenciement. L'employeur est condamné n'ayant pas dénoncé la convention, par conséquent toujours applicable. La Cour de cassation ne retient donc pas la théorie de l'imprévision.

³ Le Président de la chambre sociale de la Cour de cassation soulignait dès 1998, que la jurisprudence de ladite cour devait être prise comme « *un avertissement pour les rédacteurs de préambules ou de clauses qui seront, dans l'hypothèse d'un litige, exposés à la lecture littérale souvent pratiquée dans l'interprétation des accords collectifs* » (G. GELINEAU-LARRIVET, « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 380).

⁴ B. CARDONA RUBERT, « Cláusulas de empleo », in *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, *Dir. I. ALBIOL MONTESINOS*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 203 s.

réduisant leurs droits, apparaît néanmoins et dans le même temps, préjudiciable à la reconstruction de syndicats forts.

Cette crainte est d'autant plus fondée que les clauses d'engagement d'emploi constituent généralement de simples « *arrangements d'allure contractuelle* »¹ n'apportant aucune garantie réelle aux salariés. S'il s'agit d'engagement, la logique indemnitaire permet à l'employeur d'anéantir tous ces compromis en échanges du paiement d'une indemnité. Le Professeur COUTURIER affirmait justement qu'« *il n'y a rien de plus précaire que les engagements en matière d'emploi* »². Pendant ce temps, cette négociation lui aura permis d'obtenir une baisse des rémunérations ou une modulation du temps de travail sans affronter de conflit social.

B. De l'homogénéisation des conditions d'emploi à la prétendue flexisécurité en Espagne

442. Le traitement conventionnel de la question de l'emploi a conduit la doctrine espagnole à distinguer deux types de clauses : d'un côté, dans un sens strict, les clauses qui prévoient la création d'emploi et, d'un autre côté, dans un sens large, les clauses qui se réfèrent au maintien de l'emploi et à l'amélioration de sa qualité³.

Les spécificités du marché du travail espagnol ont tout d'abord abouti à centrer les efforts sur l'amélioration de la qualité de l'emploi. En effet, l'essor économique espagnol des années 90 est allé de pair avec une segmentation du marché du travail qui se caractérise par une dualité importante entre emplois stables et emplois précaires⁴ qui se sont transformés en « *un instrument de flexibilité externe et interne de l'organisation de la production* »⁵. Face à ce marché du travail à deux vitesses, les pouvoirs publics et

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1063.

² G. COUTURIER, obs. sous Cass. Soc. 19 fév. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 433.

³ A.V. SEMPERE NAVARRO, A. NICOLÁS FRANCO, « Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva », *RMTAS*, 2001, n° 33, p. 125; R. SERRANO OLIVARES, *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 33.

⁴ Au premier trimestre de l'année 2006, les contrats temporaires représentaient 33,3 % de l'ensemble des contrats de travail (source : Institut des Etudes Economiques). Pour une approche générale de cette problématique, voir J.G. POLAVIEJA, « ¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada », *Revista española de investigaciones sociológicas*, 2006, n° 113, p. 77. En 2011, ce taux atteint 25% (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 2012, p. 35).

⁵ F. CAVAS MARTÍNEZ, « El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación », *RMTAS*, 2005, n° 58, p. 114. Ce phénomène est en effet profondément ancré dans le marché du travail espagnol puisque le secteur public comme le secteur privé continuent d'alimenter cette « *culture du temporaire* » (T. SALA, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, C.L. ALFONSO MELLADO et A. BLASCO PELLICER, « La contratación temporal: un pacto posible », *AL*, 2001-1, p. 326).

les interlocuteurs sociaux se sont proposés de réduire le taux de précarisation¹. Sans atteindre totalement leurs objectifs, la crise économique amorcée en 2008 et l'explosion du taux de chômage qui l'a accompagnée en Espagne, ont conduit les pouvoirs publics et les interlocuteurs sociaux à modifier leurs priorités. Il ne s'agit plus désormais de s'attacher à la qualité de l'emploi mais d'en assurer coûte que coûte son maintien. Cette tendance se traduit alors par le passage de l'idée de flexibilité, qui recouvre ici une signification spécifique, à celle de flexisécurité. Ces deux notions constituent les leitmotifs de la politique légale visant à la création et au maintien de l'emploi².

La flexibilité ne se réfère pas ici au recul de la loi et au renforcement de la négociation collective. Elle franchit une étape supplémentaire en réduisant l'impact des normes hétéronomes sur la relation de travail et plus loin, en éliminant dans une certaine mesure sa dimension contractuelle. La notion de flexibilité se compose de deux facettes³ : d'une part, la flexibilité externe qui peut être d'entrée (accès au travail, modalités de contrats de travail, durée du contrat), de sortie (modalités d'extinction du contrat de travail) ou d'organisation productive (phénomène de la décentralisation et de l'externalisation de l'entreprise), et d'autre part, la flexibilité interne qui est relative à l'organisation du travail dans l'entreprise (mobilité fonctionnelle, géographique, conditions des modifications des conditions de travail, organisation du temps de travail) et aux salaires. Nous reviendrons sur cette dernière plus loin dans le travail⁴. C'est en effet, pour ce qui nous intéresse ici, la flexibilité externe qui joue de manière la plus directe sur la question du maintien de l'emploi.

La fléxisécurité présente deux acceptations générales qui ne sont pas nécessairement incompatibles⁵. D'une part, une fléxisécurité de dimension contractuelle qui s'attache du point de vue interne aux relations de travail et affecte l'application du contrat de travail, et d'autre part, une flexisécurité qualifiée de sociale ou de marché qui implique l'enchaînement de divers contrats de travail successifs et parallèlement

¹ Pour approfondir, voir *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Dir. J. CRUZ VILLALÓN, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

² M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 2012, p. 30; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., *TL*, 2012, p. 27.

³ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2012, p. 17.

⁴ Contentons-nous d'affirmer que les dernières réformes légales, afin d'éviter le recours à la flexibilité externe de sortie, ont renforcé de manière brutale la flexibilité interne des relations de travail dans les entreprises au point de remettre en doute non pas seulement l'application des normes légales et conventionnelles mais également la réalité de la relation contractuelle qui lie employeur et salarié (voir *infra*, n° 562, 743 s.).

⁵ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., *TL*, 2012, p. 25. Comp. J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2012, p. 18. Pour le droit français, voir G. AUZERO, « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « flexisécurité à la française » », *RDT*, 2008, p. 152 ; Numéro spécial de *Travail et emploi*, 2008, n° 113.

l'existence d'un système de protection sociale élevé. Elle suppose une alternance de périodes d'emploi et de période durant lesquelles les salariés ne sont plus soumis à une relation contractuelle avec un employeur¹. Ces deux acceptations reprennent alors les deux facettes de la flexibilité vues antérieurement. Sa différence résulte alors de la prise en compte de l'idée de sécurité qui se revêt quant à elle quatre dimensions². Le concept de flexisécurité renvoie ainsi à plusieurs aspects dont l'ampleur nous conduit à délimiter le cadre de l'analyse. Nous aborderons donc uniquement la flexisécurité de marché et l'impact de ce concept sur le rôle de la négociation collective en matière d'embauche et de licenciement³.

Afin de saisir l'ensemble de ces questions, nous nous attacherons aux différents cadres légaux convertissant la négociation collective en instrument central de flexibilisation externe avant d'évaluer les interventions des interlocuteurs sociaux.

1. Les différents cadres légaux

443. A l'issue de la dictature franquiste et de sa particulière vision de la stabilité de l'emploi, les premières réformes légales ont visé à flexibiliser les règles encadrant les conditions d'accès à l'emploi favorisant ainsi une flexibilité externe d'entrée⁴. L'impact de la crise économique des années 80 rendit en effet obsolète la conception franquiste et fit de la question de l'emploi l'enjeu fondamental de la transformation du système des relations professionnelles⁵. Sont alors adoptés plusieurs textes permettant le recours à la

¹ Ce modèle de flexisécurité devrait permettre d'envisager l'état professionnel des personnes en encadrant les périodes de travail rémunéré comme les périodes « *d'inactivité* » notamment par la formation professionnelle (voir *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport par la Commission des Communautés européennes*, sous la direction de A. SUPLOT, Paris, Flammarion, 1999, p. 86 et *Doc. Soc.*, 1999, p. 431). En matière de formation professionnelle, voir E. MARTÍN PUEBLA, « La reforma de la formación profesional y de las políticas activas de empleo », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 197.

² Sécurité du poste de travail, sécurité des revenus, sécurité de l'emploi et sécurité du choix (celle-ci permet d'envisager « *les décisions vitales de caractère personnel qu'adopte un travailleur tout au long de sa vie* », voir J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2012, p. 17.

³ Ce concept réapparaît notamment dans les deux pays dans l'étude du contrat de travail. On parle alors de flexisécurité de type contractuel (voir infra, n° 540 s.).

⁴ A. OJEDA AVILÉS, « El final de un principio: la estabilidad en el empleo », in *Estudios de derecho del trabajo en homenaje al prof. G. BAYÓN CHACÓN*, Madrid, Universidad Complutense, 1980; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., Editorial Complutense, 1999, p. 119.

⁵ F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 1991, p. 79.

conclusion de contrats à durée déterminée ou facilitant les procédures de licenciements¹. Concrètement, la loi multiplia, entre 1980 et 1984, les modalités de contrats de travail², offrant aux employeurs un véritable « système de contrats à la carte »³. A partir de ce moment, le principe de la stabilité de l'emploi sera, sans cesse, remis en cause par la multiplication des facultés et modalités de recrutement.

Une étape fondamentale en matière de détermination des conditions d'emploi et de recrutement est sans nul doute la réforme mise en œuvre par la loi 11/1994 du 19 mai 1994. Celle-ci prétendait réduire les embauches temporaires et renforcer l'utilisation du principe de causalité justifiant le recours aux contrats à durée déterminée. Sans approfondir, cet objectif a néanmoins été battu en brèche par la propre réforme⁴. Parallèlement, cette loi a étendu l'hégémonie de l'idée de flexibilité à d'autres aspects des relations de travail comme l'organisation dans l'entreprise et les modalités d'extinction de la relation de travail. Il s'agissait alors de flexibiliser les procédures de licenciements⁵ et de les conditions dans lesquelles pouvaient être modifiées les conditions de travail⁶. Se poursuit donc le mouvement de flexibilité externe qui s'étend à la flexibilité de sortie et qui se voit par ailleurs accompagnée par un mouvement de flexibilité interne. Pour ce qui nous intéresse, la réforme de 1994 a surtout renvoyé à la négociation collective d'importantes questions relatives aux recours aux contrats temporaires. Dès lors, la réglementation des contrats temporaires et la qualité de l'emploi se sont converties en des thèmes centraux des procédures de négociation

¹ J. GARCÍA BLASCO, « Los compromisos sobre empleo en la concertación social y el papel de la negociación colectiva », en *La concertación social tras la crisis*, Coord. A. OJEDA AVILÉS, Barcelona 1990; F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 1991, p. 84.

² Création du contrat pour œuvre ou service, du contrat éventuel et d'intérim, du contrat pour lancement d'une activité nouvelle, du contrat de remplacement et de prêt retraite, du contrat de formation, ... Voir F. CAVAS MARTÍNEZ, « La contratación temporal como medida de fomento del empleo », *REDT*, 1987, n° 31, p. 375.

³ F. CAVAS MARTÍNEZ, loc. cit., 2005, p. 115.

⁴ En effet, si d'un côté, certains contrats sans lien avec le principe de causalité ont été supprimés, d'un autre côté, outre la création des entreprises de travail temporaire, la loi a facilité le recours à certains contrats précaires réduisant le principe de causalité (pour approfondir, voir F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1999, p. 134 ; F. NAVARRO NIETO et C. SÁEZ LARA, *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, Madrid, CGPJ, 1998, p. 19).

⁵ Voir F. VALDÉS DAL-RÉ, « Los despidos por causa económica » in *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 405 et F. NAVARRO NIETO, « Los despidos por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo », *AL*, 1996, n° 43. L'auteur souligne l'interprétation restrictive faite de la nouvelle législation par la jurisprudence qui en a réduit considérablement les effets.

⁶ *La flexibilidad laboral en España*, Dir. J. RIVERO LAMAS, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales-Universidad de Zaragoza, 1993; F. NAVARRO NIETO, C. SÁEZ LARA, op. cit., 1998.

collective¹. Le recours à la technique de la délégalisation ou à la relation de suppléativité démontre dans tous les cas la renonciation explicite de contrôler les excès en la matière à travers d'instruments légaux.

A partir de cette loi, le dispositif espagnol se caractérise alors par une hyperactivité législative en la matière. La réforme de 1997 dont l'objectif majeur est la promotion du contrat à durée indéterminée prétendait corriger les faiblesses de la réforme de 1994². La doctrine a néanmoins finalement admis qu'elle les avait « *simultanément consolidées* »³. Une nouvelle réforme intervenue par la loi 12/2001 du 9 juillet 2001 de mesures urgentes de réforme du marché du travail pour l'augmentation de l'emploi et l'amélioration de sa qualité ne provoqua pas de « *grands changements dans le traitement de la négociation collective* »⁴. En 2006, reprenant partiellement le travail d'une commission d'experts « *pour le dialogue social* » dirigée par le Professeur VALDÉS⁵, le RDL 5/2006 du 9 juin suivi de la loi 43/2006 du 29 décembre pour l'amélioration de la croissance et de l'emploi ne procédèrent qu'à certaines « *retouches* » qui ne modifièrent que très légèrement le cadre légal⁶. La loi 35/2010 du 17 septembre attribua de nouveaux mandats à la négociation collective en ce qui concerne les contrats temporaires, sans toutefois convaincre⁷. Citons enfin, la réforme

¹ R. MORÓN PRIETO, « El papel de la negociación colectiva en la contratación laboral y el empleo », *RGDTSS*, 2003, n° 1, p. 2. Pour approfondir, voir R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma », *RL*, 1997-I, p. 205; J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997; F.J. PRADOS DE REYES, « Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva », *DL*, 2001, n° 64, p. 21.

² RDL 8 et 9/1997 du 16 mai et Lois 63 et 64/1997 du 26 déc. Pour approfondir, voir F. CAVAS MARTÍNEZ, loc. cit., 2005, p. 123.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Prólogo », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 11; voir également *Empleo, contratación y negociación colectiva, XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 1999.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 2001-I, p. 87.

Sur le contexte politico-social de l'époque, voir « El compromiso », *RL*, 2001-I, p. 1701. Depuis une perspective juridique, voir également *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para 2002*, op. cit., 2002 et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001 », *RL*, 2001-I, p. 1631.

⁵ Cette commission publia le 31 janvier un rapport intitulé « *Mas y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas* ».

⁶ Voir J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, « Presentación », in *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Dir. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Murcia, Laborum, 2006, p. 25; *La reforma laboral de 2006*, Coord. J. CRUZ VILLALÓN, Valladolid, Lex Nova, 2006.

⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, « Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales », *TL*, 2010, n° 107, p. 87; du même auteur, « Lo viejo y lo nuevo de la temporalidad y su retórica », in *Garantías de empleo y derechos laborales en la ley 35/2010 de reforma laboral*, Coord. A. BAYLOS GRAU, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 94. Pour approfondir, voir N. MENDOZA NAVAS, « La reforma de la contratación temporal. Tendencias legales y convencionales », in *La negociación colectiva en las*

de 2012 qui s'inscrit dans la continuité et se réfère à l'employabilité des travailleurs, au développement des contrats de durée indéterminée¹ et à la réduction de la dualité du marché du travail². Les mesures prévues s'avèrent toutefois contradictoires et ont été fortement critiqué par la doctrine, et ce, à juste titre³.

444. Il ne s'agit pas ici de reprendre en détail l'analyse de ces successives réformes qui n'ont pas permis et ne semble pas permettre de résoudre de manière satisfaisante la dualité du marché du travail espagnol. En revanche, il s'avère pertinent d'aborder dans quelle mesure le droit positif maintient l'option de politique législative qui consiste à donner à la convention collective et, plus largement, à la négociation collective, un rôle déterminant en matière de contrats temporaires pour œuvre ou services déterminés régis par l'article 15 ET⁴ et en matière de licenciements collectifs.

445. En matière de contrats temporaires pour œuvre ou services, l'article 15.1 a) ET prévoit qu'au travers de conventions collectives sectorielles mais également d'entreprise soient identifiés les travaux ou tâches qui peuvent faire appel à ces types de contrats. Depuis la réforme de 2010, cet article prévoit également que la convention collective sectorielle peut augmenter de 12 mois la durée maximale de ces contrats fixée légalement à trois ans. L'article 15.5 al. 3 ET dispose depuis la réforme de 2001 que « *la négociation collective établira les éléments destinés à prévenir les abus dans l'utilisation successive des contrats à durée déterminée avec des travailleurs différents*

reformas laborales de 2010, 2011 y 2012, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 115.

¹ Notamment par la création d'un nouveau modèle de contrat de durée indéterminée visant les entreprises de moins de 50 travailleurs qui se caractérise par l'établissement d'une période d'essai d'un an (sur ce contrat, voir par exemple, M^a. N. MORENO VIDA, «Novedades en materia de modalidades contractuales : contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia », *TL*, 2012, n° 115, p. 194. Voir également les analyses intégrées dans les différentes monographies déjà citées, relatives à la réforme de 2012.

² M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 2012, p. 38 s. Dans le même ouvrage, voir F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, « Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 51.

³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 11 s.; J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2012, p. 18; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 34; A. BAYLOS GRAU, « El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario », *RDS*, 2012, n° 57, p. 12.

⁴ N. MENDOZA NAVAS, loc. cit., p. 117. L'article 12 ET relatif au travail à temps partiel, démontre toutefois qu'en cette matière la négociation collective joue également un rôle important.

*pour occuper le même poste de travail... »*¹. Enfin, l'article 15.7 al. 2 renvoie aux conventions le soin « *d'établir les critères objectifs et les engagements de conversion des contrats à durée déterminée ou temporaires en contrats à durée indéterminée* ». Notons par ailleurs que l'article 49.1 c) ET permet, pour ce qui nous intéresse, aux conventions collectives de fixer une indemnisation de fin de contrat distincte à celle de la loi.

Il est dans tous les cas intéressant de souligner que la problématique de l'enchaînement des contrats temporaires a fait l'objet d'une attention particulière des pouvoirs publics qui ont prévu une règle légale de conversion en durée indéterminée du contrat pour enchaînement successif de contrats temporaires². Force est cependant de constater que cette règle a été suspendue temporairement par le RDL 10/2011 du 26 août de mesures urgentes pour la promotion de l'emploi des jeunes, de développement de la stabilité de l'emploi et le maintien du programme de requalification professionnelle des personnes qui épuisent leur protection chômage³. Le législateur a justifié cette suspension temporaire par la volonté « *d'éviter des effets indésirables de non-rénovation de contrats temporaires et de favoriser le maintien de l'emploi* »⁴. En définitive, une idée générale se dégage et renvoie à l'importance du rôle de la négociation collective afin de limiter concrètement le recours à ce type de contrats dont la pérennité est actuellement garantie par un contexte économique qui fait perdre de l'importance à la qualité de l'emploi au bénéfice de sa seule existence.

446. En matière de licenciements, de manière générale, force est de constater que la logique du dispositif issu de la réforme de 2012 vise à faciliter les conditions du licenciement qui permettront alors d'encourager l'embauche par contrats à durée indéterminée et ainsi réduire la dualité du marché du travail⁵. Pour ce qui nous intéresse,

¹ Notons qu'antérieurement, la loi se référait explicitement à la convention collective. L'utilisation du terme plus large de « négociation collective » permet alors à d'autres accords collectifs d'intervenir.

² Art. 15.5 al. 1 ET. Voir pour approfondir, J. LAHERA FORTEZA, « Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales », in *La Reforma laboral de 2006, Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio*, Coord. J. CRUZ VILLALÓN, 2006, Valladolid, Lex Nova, p. 41; C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., TL, 2010, p. 108.

³ J. MARTÍN JIMÉNEZ, « Diez dudas acerca de la suspensión temporal del encadenamiento de contratos temporales », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2011, n° 828, p. 5.

⁴ Initialement prévue jusqu'au 1^{er} septembre 2013, cette suspension est ramenée au 1^{er} janvier 2013 par la réforme de 2012.

⁵ A. BLASCO PELLICER, « La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de seguridad social », in *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, AA. VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 153.

il convient de relever que l'intervention de la négociation collective a lieu en cas de procédures de licenciements collectifs. Particularité de la matière, il ne s'agit pas de la convention collective en tant que telle mais d'un autre instrument spécifique, intimement lié au concept de flexibilité, l'accord d'entreprise. Renvoyant leur analyse à des développements postérieurs, admettons ici qu'en matière de licenciement collectif, la réforme de 2012 attribue une part décisive à la volonté discrétionnaire de l'employeur au détriment notamment de la négociation collective¹.

2. L'intervention des interlocuteurs sociaux

447. L'intervention des interlocuteurs sociaux en la matière se restreint du fait de la concomitance des dernières réformes légales, au droit antérieur à celles-ci. Plusieurs études et auteurs qui se réfèrent à une période antérieure à 2005, ont alors montré que les clauses conventionnelles en matière de maintien ou de création d'emploi présentaient un caractère résiduel², sans préjudice de leur probable essor, notamment à travers d'instruments spécifiques distincts des conventions collectives tels que les pactes d'entreprises ou lors de processus de restructuration d'entreprises³. Dans tous les cas, de manière similaire au droit français, le droit espagnol connaît des difficultés pour garantir l'exécution et l'effectivité de ce type de clauses⁴.

La pratique conventionnelle démontre en revanche une forte préoccupation quant à la dualité du marché du travail et aux facilités de recourir aux contrats précaires.

Le traitement conventionnel du thème de l'emploi offre, selon nous, un double cadre d'analyse. Tout d'abord, au niveau national et interprofessionnel, il est intéressant de noter que les syndicats plus représentatifs et les organisations patronales formulent un discours rempli de bonne volonté qui demeure cependant, à plusieurs égards, difficilement réalisable. Ensuite, aux niveaux inférieurs, les négociations de branche et d'entreprises se voient débordées par les enjeux économiques de la matière qui

Pour approfondir sur le droit antérieur à la réforme de 2012, voir J.E. LÓPEZ AHUMADA, « Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas empresariales: especial referencia al papel de la negociación colectiva », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 287.

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., *TL*, 2012, p. 43.

² R. MORÓN PRIETO, loc. cit., p. 9; R. SERRANO OLIVARES, op. cit., 2003.

³ La doctrine espagnole souligne que les clauses d'emploi « *sont peu fréquemment utilisées, du moins avec un caractère général dans les conventions supérieures à l'entreprise ayant cependant un meilleur accueil dans les conventions d'entreprises et, en particulier, au travers d'accords extra statutaires* » (B. CARDONA RUBERT, loc. cit., p. 203).

⁴ Pour approfondir, R. SERRANO OLIVARES, op. cit., 2003.

convertissent leur intervention en simples déclarations de bonnes intentions, ce qui porte finalement préjudice aux syndicats et aux salariés.

448. Au niveau national et interprofessionnel, les partenaires sociaux ont constamment joué un rôle actif en matière de promotion de stabilité de l'emploi. Suite aux effets pervers produits par la réforme de 1994, les partenaires sociaux ont conclu le 23 avril 1996 un accord interconfédéral en matière de stabilité d'emploi (AIEE-96) dont l'objectif premier était de remédier aux carences et défauts de la loi de 1994¹. La réforme de 1997 a repris largement les propositions des organisations professionnelles sans toutefois atteindre le succès et les effets espérés. A partir de cet accord, les acteurs sociaux placèrent de manière récurrente l'amélioration des conditions d'emploi au centre des objectifs des accords interconfédéraux régulièrement conclus depuis l'année 2002². En guise d'exemple, l'Accord Interconfédéral pour la Négociation Collective de 2007 conclu le 6 février 2007 et prorogé pour 2008 (AINC-07), énonce ainsi dans le premier paragraphe du chapitre I que « *la négociation collective est l'espace naturel d'exercice de l'autonomie collective des organisations patronales et syndicales et le cadre approprié pour faciliter la capacité d'adaptation des entreprises, fixer les conditions de travail et les modèles permettant d'améliorer la productivité, créer plus de richesses, augmenter l'emploi, améliorer sa qualité et contribuer à la cohésion sociale* ». Il prévoit également une série de lignes directrices poursuivant l'objectif de développer la stabilité de l'emploi : la promotion des contrats de durée indéterminée et la transformation des contrats temporaires en contrats de durée indéterminée ; le recours aux contrats de travail de durée indéterminée pour occuper les postes répondant aux nécessités permanentes de l'entreprise ; l'adoption de mesures permettant d'éviter le recours aux contrats temporaires successifs ; la promotion des contrats de formation et de leur reconversion en contrat de durée indéterminée ; la disparition des contrats d'insertion ; la promotion des contrats à temps partiel de durée indéterminée comme alternative au recours aux contrats temporaires ; le recours à la retraite anticipée et obligatoire ainsi que le développement des contrats de remplacement.

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interprofesional para la Estabilidad del empleo », *RL*, 1997, n° 9, p. 2; du même auteur « El Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo y la nueva reforma del mercado del trabajo », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 17.

² Sur ces accords, voir infra, n° 676, 728.

Parallèlement aux réformes légales inaugurées en 2010, une rupture de la position des interlocuteurs sociaux apparaît dans l'Accord pour l'Emploi et la Négociation Collective (AENC-10) signé le 9 février 2010 et applicable jusqu'en 2012¹, dont la dénomination démontre plus encore la centralité du thème de l'emploi. En effet, cet accord se déplace sur les questions d'emploi d'un point de vue quantitatif² tout en rappelant les objectifs énoncés dans l'AINC-07 en ce qui concerne la qualité de l'emploi et l'usage raisonnable des contrats précaires. Un nouvel accord, d'identique dénomination (AENC-12), conclu le 25 janvier 2012 pour les années 2012, 2013 et 2014, poursuit cette voie centrant toute son attention sur la nécessité de promouvoir la flexibilité interne comme instrument de maintien de l'emploi³.

Tous ces accords soulignent dans tous les cas la volonté des acteurs sociaux de convertir la négociation collective en instrument central permettant la récupération et l'amélioration de l'emploi⁴.

449. Aux niveaux plus réduits, il importe de distinguer le niveau sectoriel et le niveau de l'entreprise.

Au niveau sectoriel, plusieurs types de clauses sont insérés dans les conventions⁵. D'un côté, les interlocuteurs sociaux prétendent limiter le recours aux contrats temporaires en réduisant leur durée, en déterminant l'espace temporel entre deux contrats ou établissant un pourcentage maximum de contrats temporaires ou minimum de contrats indéfinis dans les entreprises. D'un autre côté, les conventions visent à l'amélioration des conditions d'emploi, notamment en favorisant la conversion des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée. La doctrine se montre néanmoins sceptique sur la portée de ces clauses qui restent de simples déclarations ou objectifs génériques. Plus problématique s'avère en revanche l'appréciation des limites dans lesquelles doit se réaliser la fonction de complémentarité entre la loi et la

¹ Cet accord a permis la reprise de cette pratique de négociation interrompue en 2009 (F. VALDÉS DAL-RÉ, « El acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011 y 2012) », *RL*, 2010-I, p. 77).

² Le taux de chômage en 2010 atteint 20%.

³ T. SALA FRANCO, loc. cit., 2012, p. 60; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, « El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014 », *TL*, 2012, n° 115, p. 72.

⁴ La question de la compétitivité des entreprises constitue à un niveau égal une priorité de la négociation collective. Cette coexistence amène alors à penser que les représentants des employeurs et des salariés rentrent dans une discussion, par essence complexe, poursuivant l'objectif d'atteindre l'équilibre entre les intérêts des entreprises et les droits des travailleurs. Le recours aux emplois précaires représentant un des instruments clefs pour maintenir la compétitivité des entreprises, les partenaires sociaux limitent eux-mêmes leur propre marge de manœuvre.

⁵ N. MENDOZA NAVAS, loc. cit., p. 120.

convention collective. Il appartient ainsi aux juges de contrôler les agissements de la convention qui doit dans tous les cas respecter les normes légales de droit nécessaire. Il apparaît alors que les conventions collectives ont généralement outrepassé le cadre de leur compétence afin de s'écarter de toutes contraintes légales à l'heure de déterminer les conditions de recours aux contrats temporaires¹. Cette problématique renvoie en définitive aux difficultés afin de déterminer le caractère d'une disposition légale². Si l'on considère que le renvoi s'opère dans le cadre d'une délégalisation complète, il convient d'admettre que les négociateurs sont libres de déterminer les hypothèses de recours aux contrats précaires. En revanche, si l'on considère que la norme légale présente un caractère supplétif conditionné ou un renvoi limité, les négociateurs doivent respecter les concepts légaux et jurisprudentiels relatifs à ces contrats. L'article 15.1 a) ET qui permet à la convention de déterminer les tâches pouvant ouvrir la possibilité de recourir à un contrat *por obra* constitue le paradigme de cette problématique. La jurisprudence et la doctrine ont alors estimé que les négociateurs doivent dans tous les cas respecter les concepts légaux et jurisprudentiels encadrant ces contrats³. Il demeure toutefois que la doctrine regrette de manière générale la passivité des tribunaux qui ont largement favorisé les déviances conventionnelles. Enfin, un auteur a souligné que l'augmentation du rôle de la négociation en matière d'embauche et de détermination des contrats a logiquement enrichi le contenu des conventions mais également conduit à un affaiblissement du rapport de force au détriment des syndicats qui ont vu le thème de l'emploi et de sa qualité se convertir en une monnaie d'échanges lors des négociations sur d'autres matières⁴. On retrouve ici les perversions de la négociation en matière d'emploi déjà évoquées en droit français.

Au niveau des entreprises, les employeurs continuent de bénéficier d'une cadre légal et conventionnel permettant un usage excessif des contrats de travail précaires au niveau de chaque entreprise. Dés lors, il semble logique que le contenu des conventions collectives d'entreprise reste généralement peu ambitieux en matière d'emploi.

Les dernières réformes légales favorisant largement l'émancipation de la convention d'entreprise semblent alors conduire à un renforcement de son autonomie et

¹ Les exigences de flexibilité promues par la partie patronale conduisaient ainsi réduire l'impact du principe de causalité (R. MORÓN PRIETO, loc. cit., p. 2).

² Voir supra, n° 417.

³ T. SALA FRANCO, in *Los límites legales al contenido*, op. cit., 2001, p. 56. Les juges ont quant à eux affirmé que « l'embauche temporaire est limitée dans notre droit aux hypothèses prévues par la loi » et que les conventions peuvent établir concrètement certaines exigences mais ne peuvent dépasser les limites légalement établies (STS 11 avril 2006, Ar/2393 ; voir également, STS 23 sept. 2002, Ar/2004/703).

⁴ R. MORÓN PRIETO, loc. cit., p. 9.

ainsi lui permettre, avec encore plus de facilité, d'établir des règles favorables au recours à ce type de contrats. En définitive, là encore, la négociation collective se convertit en un instrument de gestion de l'entreprise, en l'espèce quant à la politique d'embauche.

450. Pour conclure ce développement, partant d'un état de fait selon lequel le marché du travail espagnol reste caractérisé par une extrême dualisation entre les travailleurs bénéficiant d'un emploi stable et ceux confrontés à la précarité de leur situation professionnelle, il semble possible d'affirmer que la relation établie entre la loi et la convention collective en la matière n'est pas efficace. Incontestablement, d'autres variables expliquent et permettent à cette dualisation de perdurer. Néanmoins, d'un point de vue strictement juridique, ce thème met en exergue l'interdépendance de la norme légale et de la norme négociée. Un cadre légal trop flexible donne certes plus de force à la négociation collective mais conduit également à donner consécutivement à la variable économique qui reste la seule à déterminer le rapport de force entre les acteurs sociaux, un poids démesuré. En définitive, un constat s'impose, l'emploi à durée déterminée continue d'être un instrument de flexibilité pour les entreprises.

Conclusion § 2

451. Le traitement de l'emploi ne connaît pas, de manière générale, un développement identique dans les systèmes français et espagnol. Alors que le droit espagnol s'est traditionnellement centré sur la qualité de l'emploi par une intervention combinée de la loi et des conventions collectives qui s'avère peu efficace, en France, les interlocuteurs sociaux ont fait surgir dans les conventions des clauses en matière d'emploi dont la portée est extrêmement variable. Il s'agit toutefois d'une tendance générale puisque chaque dispositif mêle en réalité des clauses en matière d'emploi tant du point de vue qualitatif et quantitatif.

Notons alors que les clauses relatives au maintien ou à la création d'emplois sont caractéristiques d'un nouveau modèle de négociation au niveau de l'entreprise qui représente, sans nul doute, le terrain le plus propice à leur développement. La question de l'emploi constitue dans ce cadre un argument décisif en faveur de l'employeur qui, prétextant sa volonté de maintenir des emplois, demande aux salariés des sacrifices importants. Cet échange se situe néanmoins dans la perspective, dans le futur, dans la

probabilité ou dans l'espérance, tout au moins quant à la question de l'emploi. Les sacrifices des salariés sont quant eux réels, concrets et immédiatement vérifiables.

Conclusion SECTION II

452. Le discours sur la flexibilité et sur la flexisécurité et l'apparition du thème de l'emploi comme objet de négociation constituent deux aspects révélateurs des transformations de la négociation collective. D'une part, comme nous le vérifierons lorsque nous aborderons les conditions d'application de la convention collective, ces deux questions tendent à déplacer le cœur de la structure de la négociation au niveau de l'entreprise. D'autre part, et c'est ce qu'il convient de relever, ces deux matières démontrent la multiplication des fonctions de la négociation collective, en l'espèce, l'essor de sa fonction gestionnaire.

Le discours sur la flexibilité a connu ses limites. Comme l'a parfaitement démontré le Professeur SUPIOT, la contractualisation du droit du travail ne peut être menée à son paroxysme. « *Pas de loi sans convention pour la légitimer... pas de convention sans loi pour la soutenir* »¹. Dès lors, c'est sur le terrain individuel que le discours sur la flexibilisation s'est déplacé prônant aujourd'hui les supposés bienfaits de la flexisécurité.

La question de l'emploi laisse quant à elle perplexe. En effet, l'employeur conserve dans tous les cas sa capacité de licencier qui, au pire, peut aboutir à une condamnation pour dommages et intérêts. Les représentants des salariés ont cependant accepté de faire des concessions et ont apposé leurs signatures en raison de la volonté de maintenir ou de créer des emplois. On perçoit incontestablement un certain déséquilibre dans cette dialectique. En ce qui concerne la qualité de l'emploi, le dispositif espagnol montre ces limites et se heurte à des difficultés importantes. Le modèle de relations entre la loi et la convention établi en la matière constitue certainement une des variables qui permet à la dualité du marché du travail de perdurer. Quoi qu'il en soit, ce modèle démontre, selon nous, que la loi ne peut s'exonérer de sa responsabilité et laisser à la négociation collective et à la logique économique qui la sous-tend, la responsabilité de modifier un dispositif dans lequel règnent les intérêts particuliers. Force est cependant de constater que la réforme espagnole de 2012 démontre que l'intervention de la loi n'a

¹ A. SUPIOT, loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 633.

pas toujours comme ambition première de rééquilibrer le déséquilibre structurel de la relation de travail.

CONCLUSION CHAPITRE II

453. La capacité d'autoconfiguration de la loi aboutit à une diversité de modèles de relations entre celle-ci et la convention collective. Le caractère de la norme légale est, dans tous les cas, une question étrangère et déconnecté de la supériorité hiérarchique de la loi sur la norme conventionnelle. Il s'agit en fait d'une qualité interne de chacune des lois qui appelle à une appréciation disposition par disposition. La doctrine espagnole a réalisé cet exercice¹. Il en est différemment en France. La production législative exponentielle « *explique assurément le renoncement à entreprendre ce travail quasi-herculéen* »².

Un autre aspect mérite d'être souligné d'un point de vue comparatif. La distinction entre la loi supplétive et le mécanisme de l'accord dérogatoire est symptomatique des différentes perspectives adoptées dans les deux droits. Alors que l'accord dérogatoire prétend laisser à l'impérativité de la loi sa place de principe, la supplétivité révèle la diversité des modèles de relations entre la loi et la convention. Nous pensons alors que l'analyse du droit espagnol offre une nouvelle grille de lecture pertinente qui permet d'aborder la diversité des modèles de relations entre la convention et la loi. Cette nouvelle grille est d'autant plus nécessaire qu'elle permettrait de mieux comprendre l'évolution moderne du droit du travail afin d'en combattre les dérives. Elle amène toutefois à questionner la conception française de la négociation collective comme droit des salariés qui perd beaucoup de son sens et de sa pertinence si une convention collective aboutit à la réduction ou à la perte d'avantages. Dans ce sens, la conception espagnole de la négociation collective comme un droit reconnu aux salariés et employeurs permet de mieux comprendre les divers caractères de la loi.

Plus loin, le modèle espagnol intègre ces modèles de relations distincts du modèle traditionnel et consubstantiel au droit du travail qu'est l'impérativité relative. Ces nouveaux modèles accompagnent, dans tous les cas, la transformation des fonctions de la négociation collective. Le Professeur G. LYON-CAEN annonçait dès 1985, que le rôle protecteur du droit du travail assuré par la conception de la convention collective comme instrument d'amélioration, « *pourrait être un jour rejeté* »³. En droit positif, cette conception n'est pas rejetée mais elle se voit incontestablement mise en

¹ T. SALA FRANCO, in *Los límites legales al contenido*, op. cit., 2001; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2008.

² T. REVET, loc. cit., p. 49.

³ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1985, p. 807.

concurrence par les nouvelles fonctions attribuées à la négociation collective qui touchent de plus les aspects structurels de la relation de travail tel que le temps de travail.

CONCLUSION TITRE II

454. L'analyse des dispositifs légaux espagnols et français relatifs au contenu de la convention collective a permis de mettre en exergue la complexité des relations entre la loi et la convention collective.

Cette complexité s'est vue favorisée par le processus de flexibilisation, de contractualisation du droit qui prétend donner un rôle plus important à la négociation collective au détriment de la loi. Ce processus est commun aux deux dispositifs. Le cadre espagnol semble néanmoins mieux préparé à intégrer l'essor de la convention collective dans la détermination des règles des relations de travail. Là encore, les différentes conceptions de la négociation collective apparaissent en toile de fond.

Le recul de la loi pose cependant certains doutes puisque celle-ci, « *garante de l'égalité* »¹, permet de compenser le déséquilibre consubstantiel à la relation de travail. Au niveau collectif, la négociation sur le thème de l'emploi rappelle, selon nous, la vitalité de ce déséquilibre. Sans retenir une conception manichéenne des relations de travail dans laquelle « *pour le patronat, ce serait toujours (socialement et juridiquement) moins* »², force est cependant de constater que le contenu des conventions actuellement conclues reflète la dualité d'intérêts dans laquelle une des deux parties reste toujours sous la dépendance économique de l'autre. La négociation collective demeure en effet une relation de pouvoirs dans laquelle l'aspect économique marque la différence.

En définitive, la détermination des conditions de travail appelle à une combinaison pertinente entre les avantages de la norme conventionnelle et ceux de la norme légale. Cette combinaison doit certes prendre en compte des variables économiques mais elle doit également demeurer centrée sur la protection des salariés et de l'intérêt général. Quoi qu'il en soit, ne nous détrompons pas, cet équilibre incombe essentiellement à la loi qui demeure hiérarchiquement supérieure. Les deux dispositifs constitutionnels lui attribuent ainsi la fonction de définir les grands principes de la négociation collective et, plus généralement du droit du travail. Dès lors, les

¹ Selon M. BONNECHERE, « *elle seule peut viser l'ensemble des salariés et des entreprises, se fonder sur l'intérêt général, assurer les solidarités sociales nécessaires* » (loc. cit., 2001, p. 415).

² J.C. JAVILLIER, « Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offerts à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 193.

mouvements actuels de la politique législative demeurent réversibles¹. S'il est louable et raisonnable de confier au rôle de la loi, c'est alors du pouvoir législatif qu'il est possible de douter. Voilà peut-être la différence entre le droit et la politique, entre la justice et l'opportunité.

¹ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2003, p. 347. Dans le même sens, la doctrine française affirme que « l'imputabilité de ce détournement de la fonction initiale de la norme négociée revient bien au législateur lui-même, qui reste le maître du jeu » (G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, loc. cit., 2003, p. 76).

CONCLUSION PARTIE I

455. Afin d'aborder l'intervention légale dans le processus d'élaboration de la convention collective, nous avons opté tout d'abord pour traiter l'identification des négociateurs et les conditions de conclusion de la convention. Ensuite, nous avons envisagé les modèles de relations entre la loi et la convention collective afin de déterminer la marge de liberté dont dispose les négociateurs quant au contenu des conventions collectives.

Cette option méthodologique nous a alors permis de mettre en exergue que ces deux aspects sont intimement liés et que les deux droits ont suivi des chemins distincts qui ont toutefois abouti à des situations comparables. En France, la logique de l'OPS qui guidait les relations entre la loi et la convention collective, a permis pendant longtemps de délaissé les questions de la détermination des négociateurs et des conditions de conclusion des conventions collectives. La possibilité de conclure des accords régressifs pour les salariés a néanmoins conduit à une prise de conscience qui aboutit à la loi de 2008 relative à la représentativité et aux conditions de conclusion des conventions. En Espagne, la construction du droit du travail démocratique au début des années 80 s'est réalisée durant une période de crise économique¹. Dès lors, étaient contemplées, en marge de la fonction traditionnelle d'amélioration, d'autres fonctions ce qui impliquait de garantir à la convention collective un maximum de légitimité.

En droit positif, les deux systèmes se caractérisent cependant par un phénomène d'émancipation de la négociation collective et du parallèle recul de la loi. Ce phénomène est particulièrement présent lorsqu'il s'agit de la détermination des conditions de travail. En effet, la loi conserve une place centrale afin d'identifier les négociateurs ou de déterminer les conditions de conclusions de la convention collective. Il s'agit en fait de contrôler le processus d'adoption de la convention pour légitimer un contenu sur lequel l'influence de la loi tend à décroître. La loi se déplace en définitive vers les aspects procéduraux au détriment des aspects substantiels. Formulé autrement, la forme plutôt que le fond de la convention collective.

456. Trois aspects nous appellent néanmoins à la prudence. D'une part, le désistement de la loi quant à la détermination des conditions de travail rend nécessaire

¹ Notons que c'est à la même époque que le droit français a consacré l'accord dérogatoire dans le dispositif légal.

l'équilibre des forces lors de la négociation. Or, il semble que le contexte économique, social et politique démontre que celui-ci n'est pas atteint, admettant, par ailleurs, qu'il ait été un jour véritablement atteint¹.

D'autre part, ce désistement de la loi renforce indiscutablement la variable économique qui, dans une relation déséquilibrée, fausse obligatoirement le fond des négociations. La loi doit cependant pouvoir rester indépendante et autonome afin d'éviter de « *situer la réflexion juridique dans la vassalité du discours politique et économique* »².

Enfin, le discours sur la démocratie sociale présent en France suscite un certain scepticisme. En effet, « *la démocratie sociale ne saurait être perçue comme une alternative à la démocratie politique* »³. Comme le remarqua le Professeur G. LYON-CAEN, « *l'entreprise est un lieu de travail. Qu'on puisse parler de « citoyenneté » dans l'entreprise, d'« espace de liberté » dans l'entreprise relève de la confusion mentale* ». Se référer à sa démocratisation, « *c'est vraiment ignorer ce qu'est la démocratie. Il y a tromperie : l'entreprise n'a jamais eu la prétention d'être une société démocratique. Sa loi est le profit* »⁴. Le discours sur l'emploi relève, selon nous, de la même tromperie. La finalité de l'entreprise n'est pas de créer des emplois, il s'agit bel et bien de faire des profits. La création d'emplois n'est qu'un instrument, un moyen pour atteindre cette finalité.

L'analyse des conditions d'application de la convention collective que nous nous proposons de réaliser ci-après, démontrera par ailleurs que l'entreprise est sans nul doute le prisme à partir duquel est élaboré aujourd'hui le droit à la négociation collective.

¹ Reprenant les propos du Professeur ALFONSO MELLADO, « *c'est évident que, progressivement, la négociation collective doit assumer un plus grand rôle dans la régulation des conditions de travail, [...], mais cela sera d'autant plus possible dès que, dans cet espace de négociation collective, disparaîtra la dualité de position des contractants qui existe dans la négociation individuelle – contractant faible (le travailleur), contractant fort (l'employeur) – , qui furent l'origine, parmi d'autres facteurs, de la configuration de la norme étatique comme norme impérative de garantie. [...]. Dans l'actualité, les travailleurs, même associés collectivement, ne sont pas en situation de parité contractuelle avec les employeurs ; ni la situation du marché du travail [...], ni le recours aux mesures de conflits [...], permettent une négociation en terme d'authentique égalité* » (« 35 horas: Ley y convenio colectivo », RDS, 1998, n° 3, p. 224).

² A. SUPIOT, loc. cit., 1989, p. 197.

³ G. BORENFREUND et M.A. SOURSIAC, loc. cit., 2003, p. 80.

⁴ G. LYON-CAEN, loc. cit., Dalloz, 2001, p. 93.

PARTIE II : L'INTERVENTION DE LA LOI LORS DE **L'APPLICATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE :** **LES MECANISMES D'ARTICULATION ENTRE LES** **DIVERSES SOURCES APPLICABLES AUX RELATIONS** **DE TRAVAIL**

457. Les développements antérieurs relatifs à l'élaboration de la norme conventionnelle ont permis de souligner que la légitimité des négociateurs et de l'accord finalement conclu va de pair avec l'émancipation des conventions et accords collectifs de la tutelle légale qui ne représente plus nécessairement un plancher à partir duquel la convention peut améliorer les conditions de travail des salariés. Nous aborderons ici les conséquences de cette nouvelle donne au stade applicatif.

L'application de la convention collective conduit à prendre en compte un ensemble de sources applicables aux relations de travail qui dépasse le seul pouvoir étatique. Nous dégagerons ici trois grandes catégories : les normes hétéronomes, les dispositions contractuelles et les différents produits issus de l'autonomie collective. Les pouvoirs de l'employeur seront abordés ponctuellement¹.

Cette densité de sources applicables à la relation de travail fait apparaître de réelles difficultés à l'heure de déterminer celle qui recevra application. Plusieurs règles peuvent ainsi être destinées à réguler une même réalité, une même situation juridique. Par ailleurs, l'ensemble des sources est soumis à un dynamisme important qui se révèle par leur rapide succession.

La convention collective peut toutefois se convertir en point d'ancrage de l'analyse afin de surmonter ces difficultés et aborder les ordonnancements français et espagnol des relations de travail².

458. Cette matière englobe dans tous les cas de nombreuses questions et amène à un effort méthodologique afin d'aborder les différentes problématiques.

Tout d'abord, il convient de distinguer la question de la succession de normes de même rang et celle de l'application de plusieurs sources de rang différents.

¹ Voir notamment, *infra*, n° 562, 797.

² A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, *loc. cit.*, 1998, p. 360.

Il importe également de distinguer les hypothèses de concours ou de concurrence¹ et celles de conflit ou de concurrence conflictuelle². L'hypothèse de concours implique « *une diversité ou divergence des contenus des normes en présence qui peut aboutir, bien que pas nécessairement, à une véritable opposition ou conflit* »³. Le concours n'exclut donc pas l'application simultanée de plusieurs dispositions. La situation de conflit correspond par contre à une « *situation d'incompatibilité entre réglementations conventionnelles de niveaux différents qui, toutes, tendent à régir le même contrat de travail ou la même entreprise [...] il faut faire un choix* »⁴.

Enfin, il semble opportun de définir la notion d'articulation à laquelle nous ferons référence tout au long de ces développements. Nous considérons que celle-ci renvoie à l'existence de mécanismes légaux permettant de déterminer quel texte doit être appliqué. Dans les deux pays, le législateur est intervenu pour établir des mécanismes permettant de déterminer quelle disposition sera appliquée et ainsi organiser le système de sources applicables aux relations de travail⁵. L'autonomie collective avec les dispositions de l'ordre étatique, dans sa structure interne comme dans sa projection vers l'autonomie individuelle, se voit ainsi encadrée, modelée par la loi ce qui démontre incontestablement l'ampleur de l'intervention légale au sein du système des relations professionnelles. La notion d'articulation s'oppose donc à l'autonomie totale des différentes sources et à l'anomie qui implique l'absence d'intervention étatique. Elle n'exclut cependant pas l'existence d'une hiérarchie entre les différentes sources applicables. Le principe hiérarchique constitue alors une des voies permettant l'articulation des conventions collective avec les autres sources.

459. Dans ce cadre général, les propos qui suivent se scindent en deux parties. D'une part, nous analyserons l'articulation de la convention collective avec les autres sources telles que les normes hétéronomes issues des États mais aussi de l'Union

¹ « Concurrencia » en droit espagnol.

² « Concurrencia conflictiva » en droit espagnol.

³ A. MARTÍN VALVERDE, « Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo », in *Comentarios a las leyes laborales, Tomo XII-V*, 2^o ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 37; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1342 ; N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 10.

⁴ N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 13. Voir également Ph. LANGLOIS, « La pluralité des conventions collectives applicables à un même contrat de travail », in *Le Droit collectif du travail, études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 24 et M. DESPAX, op. cit., 1989, n° 225.

⁵ Le Professeur CORREA souligne ainsi que la loi « *comme instrument normatif de l'Etat, remplit la privilégiée et délicate fonction de mettre en œuvre le complexe système de sources [dessiné par la Constitución Española]* » applicables aux relations de travail (op. cit., 1997 (b), p. 231).

Européenne et les dispositions contractuelles issues de l'autonomie individuelle matérialisée essentiellement dans le contrat de travail. D'autre part, nous nous attacherons à l'articulation des conventions collectives entre elles et avec les autres produits issus de la négociation collective.

Une appréciation critique conduira alors à souligner que traditionnellement et conformément à la finalité protectrice du droit du travail visant à assurer la protection du salarié du fait du déséquilibre de la relation de travail, les deux droits ont largement recouru au principe dit de faveur afin de déterminer la disposition applicable. Cette originalité propre au droit du travail doit être cependant, dès sa formation, relativisée. De plus, force est de constater que le droit du travail est un droit vivant et dynamique¹. Dès lors, une tendance forte se dégage dans les deux pays et conduit, bien qu'en empruntant des chemins distincts, à la continue mise à l'écart du principe de faveur au profit d'une logique gestionnaire et économique. Notre propos prétend ainsi souligner que la négociation collective, notamment celle d'entreprise, s'érige en pierre angulaire des sources de réglementation des rapports de travail, indépendamment du principe de faveur.

¹ Il est incontestable que « *l'ordre juridique du droit du travail n'est pas une entité isolée et fermée mais, au contraire, en recomposition permanente de ses relations et compris dans un système social déterminé également soumis à des changements* » (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 305).

TITRE I : L'ARTICULATION DE LA CONVENTION

COLLECTIVE ET DES AUTRES SOURCES

460. La rencontre de la convention collective avec les autres sources applicables à la relation de travail nous conduit à aborder, d'un côté, les normes hétéronomes nationales et supranationales et, d'un autre côté, le contrat de travail et plus généralement l'autonomie individuelle.

Les normes internationales jouent, dans des pays comme la France et l'Espagne où le droit du travail est largement développé, un rôle restreint¹. En revanche, le droit communautaire est voué à occuper une place centrale dans l'élaboration des règles régissant les relations de travail. Sa spécificité doit néanmoins nous conduire à la méfiance et à un certain scepticisme.

S'agissant des normes hétéronomes nationales et du contrat individuel de travail, il est possible d'affirmer qu'originellement, le mécanisme de l'application de la disposition plus favorable constitue un vecteur commun entre la loi, la convention collective et le contrat de travail. La tendance actuelle transforme, selon une intensité variable, ce modèle. Nous verrons ainsi qu'en présence d'une loi et d'une convention, le principe de faveur ne peut s'appliquer que dans des hypothèses déterminées qui, conformément aux objectifs de la politique légale, tendent à se restreindre. Le contrat de travail semble dès lors le dernier rempart et continue d'être généralement encadré par le principe de faveur, bien que certaines brèches viennent diluer la portée de cette affirmation.

Afin d'appuyer ces considérations, nous nous proposons donc d'aborder dans un premier temps l'articulation des conventions collectives et des normes hétéronomes puis dans un deuxième temps, l'articulation des conventions collectives et du contrat individuel de travail.

¹ Les dispositions internationales présentent généralement une configuration de normes minimales. Citons notamment les conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travail une fois ratifiées selon les procédures en vigueur dans chaque Etat. Les dispositifs français et espagnol sont, en cette matière, largement similaires (en Espagne, articles 94.1, 95 et 96.1 CE et en France, article 55 CF) et conduisent à garantir la supériorité hiérarchique des normes supranationales ratifiées sur les normes nationales.

CHAPITRE I : L'ARTICULATION DES CONVENTIONS COLLECTIVES ET DES NORMES HÉTÉRONOMES

461. L'ordre juridique peut être défini comme « *la totalité des règles de droit valides sur [un] territoire [...] et « garanties » par [l'Etat] comprenant, outre le droit étatique, des éléments de corps de normes dont le champ de validité est plus ample et qui s'imposent à cet Etat (droit communautaire, droit international) »*¹. Coexistent ainsi des normes hétéronomes nationales mais également supranationales parmi lesquelles figure spécialement le droit issu de l'Union Européenne (UE).

Le droit européen et la négociation collective entretiennent des rapports particuliers, distincts des rapports entretenus aux niveaux nationaux. En effet, la négociation collective intègre la notion de dialogue social dont le caractère hétérogène prend en considération des processus variés parmi lesquels la négociation collective. Il demeure cependant que le droit européen place les interlocuteurs sociaux au centre du dispositif de production de règles européennes. Les problématiques se bornent donc essentiellement au moment élaboratif puisque c'est là que seront définies les conditions d'application de la règle européenne issue des institutions ou de la négociation collective européennes. Nous verrons toutefois que le droit européen reste dans la pratique timide aussi bien du point de vue qualitatif que quantitatif.

L'articulation entre conventions collectives et normes nationales s'inscrit clairement dans un autre schéma. En premier lieu, la loi est fortement intervenue et a établi un cadre dans lequel se déploie la négociation collective. Les dispositifs français et espagnol ont alors traditionnellement combiné la supériorité hiérarchique de la loi et la fonction d'amélioration de la convention collective. Dans ce cadre, l'application de la norme plus favorable au salarié constitue le mécanisme permettant de régir les relations entre la loi et la convention au moment applicatif. Force est cependant de constater que son application reste conditionnée au processus créatif. En effet, nous verrons que parallèlement à la réduction de l'impérativité des lois², l'application du plus favorable ne constitue plus le seul mécanisme permettant de déterminer la norme applicable.

En deuxième lieu, le pouvoir réglementaire a constitué la plus grande victime collatérale de l'essor de la négociation collective. En effet, la convention collective est

¹ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, loc. cit., 1998, p. 360.

² Qui permet à la convention collective d'établir, au moment créatif, des conditions de travail dont le caractère plus favorable n'est pas acquis (voir supra, n° 383 s.).

venue substituer le règlement dans la prise en compte des spécificités sectorielles ou professionnelles des relations de travail. Nous verrons toutefois que le règlement continue de jouer un rôle important qui peut, selon nous, être appelé à croître.

SECTION I: Les apports partiels et partiels du droit communautaire

462. L'insertion de la France et de l'Espagne dans l'Union Européenne conduit irrémédiablement à l'interconnexion entre plusieurs pouvoirs normatifs : le droit de l'Union européenne (UE), les droits étatiques, l'autonomie collective au niveau européen¹ et l'autonomie collective aux niveaux nationaux².

Cette question nous oblige à prendre de la hauteur et à aborder les relations entre ces diverses sources au moment élaboratif et les mécanismes d'articulation alors mis en œuvre au moment applicatif.

Deux remarques préalables doivent être formulées afin de comprendre le rôle de la négociation collective en matière de politique sociale au niveau européen.

463. Tout d'abord, parmi les objectifs de l'Union, est explicitement énoncé le dialogue social³ qui se convertit en instrument de référence en matière de politique sociale⁴. Selon la Commission européenne, le dialogue social constitue, « *un moteur des réformes économiques et sociales* »⁵. Plutôt que de parler de négociation collective, le droit européen a donc retenu une notion distincte et plus générique, le dialogue social,

¹ Le type d'autonomie reconnue aux interlocuteurs sociaux au niveau européen est une question complexe dont le traitement dépasse notre champ d'étude. Pour approfondir cette question, voir C. VIGNEAU, loc. cit., p. 653 ; A. BAYLOS, « La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario », in *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, Bomarzo, 2003 ; M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, PU Aix-Marseille, 2009, p. 171 s.

² La coexistence de ces différentes sources conduit à plusieurs hypothèses de relations qui peuvent être divisées en deux catégories : 1). Les relations entre l'hétéronomie et l'autonomie dans lesquelles on retrouve les relations entre normes européennes et conventions européennes, normes européennes et conventions étatiques et enfin conventions européennes et normes étatiques ; 2). Les relations entre l'autonomie collective européenne et les autonomies collectives nationales.

³ Art. 151 TFUE (anc. art. 136 TCE). Le dialogue social européen a été amorcé dans les années 70 lors des rencontres de Val-Duchesse, consacré par l'article 118B de l'Acte unique européen et rendu effectif par l'Accord sur la Politique Sociale par la suite annexé au Traité sur l'Union européenne de Maastricht du 7 février 1992.

⁴ La doctrine affirme que le dialogue social constitue le « *maître d'oeuvre de la politique sociale européenne* » (S. LAULOM et C. VIGNEAU, « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.*, 2005, p. 528). Citons également l'article 152 TFUE selon lequel « *l'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie* ».

⁵ Communication, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, COM/2002/0341.

qui permet d'englober aussi bien la négociation collective en vue de parvenir à un accord que de simples procédures de consultation préalables aux décisions patronales¹. Précisons également que, dans la pensée communautaire, le dialogue social s'inscrit dans une vision pacifiste des relations de travail dans laquelle la négociation collective ne survient pas comme instrument de régulations des antagonismes sociaux².

La prise en compte de la négociation collective en tant que telle nous conduit à aborder la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³ qui reconnaît en son article 28, « *le droit de négocier et de conclure des conventions aux niveaux appropriés* »⁴. Parallèlement, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a également établi une liste d'éléments essentiels à la liberté syndicale⁵ parmi lesquels le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur occupe une place privilégiée⁶.

Le droit à la négociation collective n'est donc pas expressément reconnu dans les Traités qui préfèrent l'utilisation du terme de dialogue social dépourvu de toute connotation conflictuelle. Nous verrons cependant que les Traités instaurent deux mécanismes de négociation collective qui permettent finalement sa reconnaissance implicite.

464. La deuxième remarque préalable permettra de véritablement cerner la place de la négociation collective dans le droit européen et ainsi comprendre les mécanismes d'articulation entre les sources hétéronomes et autonomes. Elle vise à prendre en considération les conséquences de l'application du principe de subsidiarité en matière

¹ Reprenant les propos de la Professeure M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, le concept de dialogue social possède « *un caractère large et générique qui comprend aussi bien les relations bilatérales entre les interlocuteurs sociaux que les relations tripartites entre ces derniers et les instances politiques européennes. D'autre part, il apparaît clairement que ce concept englobe autant les formules de simples contact ou d'action commune des organisations de salariés et d'employeurs que la négociation collective* » (« *Diálogo social y negociación colectiva como métodos de regulación de las relaciones de trabajo en el ámbito de la Unión europea* », in *La negociación colectiva europea*, Madrid, CGPJ, 2006, p. 24, note 2).

² M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, loc. cit., 2006, p. 67.

³ Depuis le Traité de Lisbonne, cette Charte a la même valeur juridique que les Traités (art. 6 TUE).

⁴ Inséré dans le chapitre « Solidarité », l'article 28 intitulé *Droit de négociation et d'actions collectives*, énonce que « *les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève* ».

⁵ La liberté syndicale a été consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 11). Voir également CJCE arrêt Rutili 28 oct. 1975, aff. 36/75, rec., p. 1219.

⁶ CEDH, gde ch., 12 nov. 2008, Demir et Baykara c. Turquie, n° 34503/97. Pour approfondir, N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, p. 290.

sociale¹. En vertu de ce principe qui permet de concilier la compétence partagée des Etats membres et de l'UE en matière de dialogue social et d'amélioration des conditions de travail², l'Union n'intervient qu'en cas de carence des droits étatiques quant aux objectifs fixés³. Deux conditions doivent ainsi être réunies : les Etats membres ne peuvent réaliser de manière satisfaisante les objectifs de l'action envisagée et cette action peut être mieux conduite au niveau communautaire⁴. En définitive, ce principe de subsidiarité « permet d'organiser les relations entre l'Union européenne et les Etats membres, au niveau de l'élaboration des normes »⁵ et constitue dans la pratique une limite à l'intervention de l'UE.

Ce principe prend par ailleurs une dimension supplémentaire. Alors que la définition communautaire du principe de subsidiarité semble exclure de son champ d'application les rapports entre les interlocuteurs sociaux et les pouvoirs publics, les institutions communautaires⁶ et la doctrine majoritaire⁷ reconnaissent ce principe en matière de politique sociale. Est alors évoquée la subsidiarité sociale qui se réfère à l'intervention subsidiaire des pouvoirs publics au bénéfice de celles des interlocuteurs sociaux. Cette subsidiarité tend sans nul doute à promouvoir la négociation collective comme instrument d'élaboration et moyen de mise en œuvre de normes européennes en

¹ L'article 5.1 *in fine* TUE (anc. art. TCE) relatif aux compétences de l'Union énonce que « les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences » (pour approfondir, voir G. LYON-CAEN, « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.*, 1993, chron., p. 149 ; M.A. MOREAU, « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillards à Maastricht », *Dr. soc.*, 1994, p. 81 ; Ph. LANGLOIS, « Europe Sociale et principe de subsidiarité », *Dr. Soc.*, 1993, p. 201 ; M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social », *RL*, 1993-I, p. 53 ; A. OJEDA AVILÉS, « Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario », *RL*, 1994-I, p. 1377.

² Force est de constater que les matières de compétences partagées prévues à l'article 153.1 TFUE (anc. art. 137 TCE) représentent un ensemble non négligeable bien que structurellement limité.

³ Art. 5.3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ». On retrouve la logique du principe de subsidiarité à l'article 153 TFUE (anc. art. 137 TCE) : « En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151, l'Union soutient et complète l'action des États membres [...] ».

⁴ Dans ce sens, Communication de la Commission européenne COM (2004) 557 final du 12 août 2004 intitulée « Partenariat pour le changement dans une Europe élargie- Renforcer la contribution du dialogue social européen ».

⁵ F. HEAS, « Observations sur les processus normatifs en matière relations professionnelles », *Dr. ouv.*, 2007, p. 307.

⁶ Résolution du Conseil européen du 6 décembre 1994 : « Les partenaires sociaux sont plus proches de la réalité sociale et des problèmes sociaux » ; Communication de la Commission du 26 juin 2002, COM (2002) 341 final, p. 9.

⁷ Voir M. SCHMITT, pour qui il s'agit d'un principe d'application générale dans l'ordre juridique communautaire (op. cit., p. 104 s.) ; J.E. RAY, « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. soc.*, 1999 (a), p. 459.

matière de droit du travail puisqu'elle restreint l'intervention des normes hétéronomes aux hypothèses d'absence ou de défaillance des sources conventionnelles¹. En définitive, le principe de subsidiarité sous-tend une relation de complémentarité entre l'autonomie et l'hétéronomie qui influence logiquement les modalités de relations entre ces diverses normes au moment applicatif.

465. Il ressort de ces considérations que la négociation collective est vouée à occuper une place privilégiée dans la construction du droit du travail européen. Nous nous proposons donc d'analyser, d'une part, comment la convention collective accompagne l'élaboration et la mise en œuvre d'une directive européenne, et d'autre part, comment la convention collective européenne entre en contact avec les pratiques des Etats membres et des partenaires sociaux nationaux.

§ 1: *L'articulation entre les directives européennes et la négociation collective*

466. Afin de favoriser le rapprochement des législations nationales permettant ainsi à l'ensemble des salariés et des employeurs d'être soumis à des règles relativement homogènes², l'UE européenne dispose d'un instrument juridique, la directive européenne³. Celle-ci est sans nul doute, conforme au principe de subsidiarité. En effet, dans les matières de compétences partagées⁴, la directive se limite à fixer des

¹ Il est alors possible d'estimer que le principe de subsidiarité sociale suppose la reconnaissance de l'autonomie collective (M. SCHMITT, op. cit., p. 171 s. Selon l'auteure, le principe de subsidiarité a comme « *fonction première de protéger l'autonomie collective d'une intervention injustifiée ou excessive des autorités extérieures* ». Un parallélisme évident peut être constaté avec la conception du droit à la négociation collective retenue en droit espagnol).

² Afin d'envisager ce phénomène de rapprochement, le Professeur JEAMMAUD évoque les notions d'« *unification, d'uniformisation, d'harmonisation ou de coordination* » (« Avant-propos, Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union Européenne », *Dr. Soc.*, 2005, p. 492). Chacun de ces termes permet d'évoquer une modalité spécifique de rapprochement qui peut intervenir par le règlement, les directives ou à l'opposé par les méthodes de coordination ouverte (MOC). Nous aborderons ici uniquement l'usage de la directive qui représente un instrument pertinent pour nos propos en raison de son application préférentielle et son caractère contraignant.

Pour le règlement, son usage se heurte à la compétence partagée. On retrouve ainsi des règlements en matière de libre circulation des travailleurs.

Pour les MOC, essentiellement mises en œuvre en matière de politique d'emploi, voir S. de la ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire. Recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*, thèse Aix-Marseille, 2006 ; F. HEAS, loc. cit., p. 309. Plus globalement sur les effets des politiques de soft law, F. VALDÉS DAL-RÉ, « Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado », *RL*, 2005, n° 4, p. 10.

³ Art. 153.2 b) TFUE.

⁴ D'un point de vue procédural et matériel, l'UE peut adopter des directives par majorité qualifiée en ce qui concerne la santé au travail, les conditions de travail, l'information et la consultation des travailleurs, l'égalité de traitement et l'intégration des collectifs en difficulté, et des directives adoptées à l'unanimité

prescriptions minimales et à définir des objectifs, laissant ainsi les moyens permettant d'y parvenir à la discrétion des Etats membres¹. Par nature, elle n'est pas directement applicable et doit faire l'objet d'une transposition dans les ordres juridiques nationaux.

On décèle alors une situation de rencontres entre les directives et les normes conventionnelles, en l'espèce nationales. En effet, la mise en œuvre de la directive dans les Etats membres peut passer, comme c'est le cas en France et en Espagne, par l'intervention des interlocuteurs sociaux.

Il conviendra néanmoins d'aborder tout d'abord une autre situation de rencontre entre la convention collective et la directive au moment de l'élaboration de cette dernière².

A. La législation européenne négociée

467. Aux termes de l'article 154.1 TFUE (anc. Art. 138TCE), « *la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties* ». Le TFUE contemple alors deux modalités de négociation collective : un processus de consultation et de négociation qu'il définit et la négociation développée dans le cadre du dialogue social autonome³.

Nous centrerons ici notre analyse sur le processus de consultation et de négociation⁴ qui renvoie à une phase du processus législatif communautaire et qui se

en ce qui concerne la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs, la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs et les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union (Art. 153.2 TFUE). Pour approfondir, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994.

¹ Art. 288 FUE (anc. art. 249 CE) : « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ».

La transposition peut aboutir à une amélioration pour les salariés des prescriptions des directives. « *Les Etats sont libres d'accorder une protection renforcée par rapport à celle, le cas échéant, élevée qui résulte du droit communautaire* » (CJCE du 12 nov. Royaume-Uni c/ Conseil, Aff. C-84/94. Voir également N. MOIZARD, « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public en droit français », *Dr. soc.*, 1999, p. 916).

Il ressort dans tous les cas que la compétence partagée en matière de politique sociale conduit, comme le souligne la CJCE à ce que l'harmonisation ne soit que « *partielle* » (CJCE du 11 juill. 1985 Mikkelsen, Aff. 105/84; CJCE 7 déc. 1995, Rockfon, aff. C-449/93).

² Ces deux hypothèses de corrélation entre les directives et les normes conventionnelles renvoient dans tous les cas à la subsidiarité horizontale (M. SCHMITT, *op. cit.*, p. 49).

³ Voir la Communication de la Commission du 26 juin 2002, COM(2002) 341 final, p. 7.

⁴ Pour approfondir sur le dialogue social autonome, voir *infra*, n° 472.

rapporte par conséquent au moment élaboratif¹. En ce qui concerne la consultation, « *la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union* »². Cette première consultation permet aux instances communautaires de jauger la nécessité ou l'opportunité d'une intervention dans un domaine déterminé. Si le cadre est réuni, les interlocuteurs sociaux sont alors sollicités sur le fond de la proposition et sont amenés à remettre « *à la commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation* »³.

Cette procédure peut, dans tous les cas, être supplantée par un processus de négociation entre les interlocuteurs sociaux sans interférence directe de la Commission⁴. Dans le cadre de la procédure de consultation, les interlocuteurs sociaux européens peuvent prétendre ouvrir un processus de négociation dont l'objectif est d'aboutir à un accord qui sera alors repris par une directive⁵. Les interlocuteurs peuvent donc se réapproprier le traitement des matières concernées et ainsi suspendre l'initiative de la Commission⁶. Cette procédure constitue en définitive l'équivalent de la procédure de loi négociée déjà abordée en France⁷. En effet, elles traduisent toutes le compromis de la puissance publique, en l'occurrence des instances communautaires, de soumettre leur pouvoir d'édicter des règles à l'intervention des organisations professionnelles de niveau européen.

Quoi qu'il en soit, l'efficacité de ces accords demeure finalement conditionnée à l'adoption d'une directive qui constitue par conséquent son fondement. Dès lors, le

¹ Depuis l'accord interinstitutionnel du 16 déc. 2003, l'UE connaît une autre modalités d'élaboration du droit communautaire : la corégulation (pour approfondir, M. SCHMITT, op. cit., p. 268).

² Art. 154.2 TFUE.

³ Art. 154.3 TFUE : « *Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action de l'Union est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation* ».

En cas de désaccord, chaque partie peut remettre son avis ou ses recommandations de manière séparée.

⁴ « *À l'occasion des consultations visées aux paragraphes 2 et 3, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 155* ».

⁵ Le Conseil ne peut modifier le texte de l'accord et doit l'adopter ou le rejeter dans son intégralité. (E. MAZUYER, loc. cit., p. 480). Cette solution qui respecte l'autonomie collective n'est pas retenue par le droit français qui laisse à la loi le dernier mot (voir supra, n° 394).

Citons, par exemple, l'accord-cadre sur le congé parental (signé le 14 déc. 1995) repris par la directive du Conseil du 3 juin 1996, 96/34/CE en matière de congé parental ; l'accord-cadre sur le travail à temps partiel (6 juin 1997) repris par la directive du 15 déc. 1997 97/81/CE en matière de temps partiel ; l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée (18 mars 1999) mis en oeuvre par la directive du 29 juin 1999 99/70/CE.

⁶ La durée de ce processus ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission.

⁷ Voir supra, n° 387.

régime juridique des directives s'applique dans sa totalité¹. Bien que par ricochet, ces accords aboutissent donc à « l'élaboration d'authentiques règles d'application impérative sur l'ensemble du territoire de l'Union »².

Pour conclure sur cette procédure brièvement retracée, il est possible d'affirmer comme la Professeur M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ que ces accords, commandés par l'UE, « sont limités et hyper protégés »³. Plus catégorique, le Professeur F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL met en doute la qualification de négociation collective à cette procédure qui correspond d'avantage à « une sorte de procéduralisation du processus législatif communautaire en matière sociale dont le principal avantage est d'apporter de la légitimation aux normes qui en sont issues »⁴.

B. La mise en œuvre des directives par les interlocuteurs sociaux

468. Alors que le développement antérieur abordait l'association des interlocuteurs sociaux à l'élaboration du droit communautaire, il s'agit d'analyser ici leur association à l'application du droit communautaire et spécialement des directives.

Au premier regard, la négociation collective n'est pas expressément envisagée comme instrument de mise en œuvre des directives⁵. Néanmoins, force est de constater qu'elle peut finalement remplir cette fonction⁶ qui s'avère, par ailleurs, conforme au principe de subsidiarité sociale. En effet, l'Etat peut opter pour renvoyer à la négociation collective nationale la mise en œuvre des directives. Il conviendra cependant d'aborder deux manifestations qui vont à contre-courant de la compétence de l'Etat et qui permettent à l'UE de renvoyer directement aux interlocuteurs sociaux la mise en œuvre du droit communautaire.

¹ Les instances communautaires sont ainsi compétentes pour apprécier les modalités de leur mise en oeuvre et les conditions de leur élaboration et pour contrôler leur interprétation et leur mise en oeuvre (E. MAZUYER, loc. cit., 2007, p. 481).

² S. LAULOM et C. VIGNEAU, loc. cit., p. 528-529. Comme le souligne le Professeur F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, « le prix de la garantie de son efficacité est la transformation de sa nature juridique » (« Aporías de la negociación colectiva europea », *RMTAS*, n° 68, 2007, p. 243).

³ M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, loc. cit., 2006, p. 55. Limités car les discussions ne peuvent s'engager que sur les domaines définis dans la proposition de la commission. Ce contenu est, lui-même, limité par les compétences de l'UE en matière de relations professionnelles ou plus largement de politique sociale. Hyper-protégés, car ils établissent des règles qui pourront être applicables sur l'ensemble du territoire communautaire.

⁴ Loc. cit, 2007, p. 240. 243

⁵ Aux termes de l'article 291 TFUE, « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en oeuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ».

⁶ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 2007, p. 254.

1. Le renvoi de l'Etat

469. Le TFUE contient une disposition explicite en la matière et prévoit en son article 153.3 (anc. art. 137.3 CE), qu' « *un Etat membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2* »¹. De nombreuses directives font ainsi référence à cette possibilité². Soulignons également qu'il n'est pas rare qu'une convention européenne ayant abouti à l'adoption d'une directive, prévoit que soit confiée aux négociateurs nationaux la mise en œuvre de cette directive³.

Dans ces hypothèses, la convention remplit une fonction réglementaire classique⁴ qui s'opère par une délégation des Etats membres aux interlocuteurs sociaux⁵. L'Etat garde toutefois le contrôle puisqu'il peut refuser de satisfaire la demande conjointe des interlocuteurs sociaux et procéder lui-même à la mise en œuvre de la directive⁶. Dans tous les cas, s'il confie la mise en œuvre d'une directive aux interlocuteurs sociaux, il demeure responsable de sa correcte transposition, du respect de ses prescriptions minimales et de son application générale⁷.

Pour ce qui nous intéresse, notons que les régimes juridiques des conventions collectives en droit français et, plus encore, en droit espagnol sont propices à l'intervention des interlocuteurs sociaux puisqu'ils garantissent, dans une grande mesure, que la convention s'applique à un maximum de travailleurs.

¹ Confirmé par la CJCE du 30 janvier 1985, *Commission c/ Royaume de Danemark*, Aff. 143/83.

² Directive 91/533 du 14 oct. 1991 sur l'information du travailleur sur les conditions du contrat de travail ; Directive 2000/78 en matière d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

³ Par exemple, les accords sur le congé parental, le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée) prévoient que « *les partenaires sociaux [qui] sont les mieux placés pour trouver des solutions qui correspondent aux besoins de employeurs et des travailleurs* » doivent remplir « *un rôle particulier [...] dans la mise en œuvre et l'application du présent accord* ».

⁴ On retrouve cette fonction classique de la convention collective dans les droits espagnols et français (voir supra, Partie I, Titre II, Chap. II sur la fonction de règlement d'application de la convention)

⁵ Voir également, A. LYON-CAEN, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr. soc.*, 1997, p. 68 ; J.E. RAY, loc. cit. 2010, p. 497.

⁶ B. TEYSSIE, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *JCP E*, 1994, p. 216.

⁷ Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 153.3 TFUE, si l'Etat procède au renvoi, « *il s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive ou une décision doit être transposée ou mise en œuvre, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'Etat membre concerné devant prendre toute disposition nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive ou ladite décision* ». Les juges ont de plus affirmé que « *cette faculté ne les dispense pas d'assurer, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées, que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive [...] dans toute son étendue. La garantie étatique doit intervenir dans toutes les hypothèses d'absence de protection effective assurée autrement, quelle que soit la raison d'une telle absence* » (CJCE du 30 janvier 1985, Aff. 143/83, précitée).

2. Le renvoi direct de l'UE

470. A l'occasion de l'élaboration d'une directive, les instances communautaires peuvent faire abstraction de l'intervention des Etats membres et renvoyer directement aux négociateurs nationaux la faculté de mettre en œuvre les prescriptions de la directive. Deux voies peuvent être empruntées :

Ou bien, la directive offre la faculté à la négociation mise en route dans chaque Etat membre de déroger aux prescriptions minimales des directives, notamment en matière de temps de travail¹. Les conditions de cette dérogation rappellent fortement le mécanisme établi en droit français puisque la norme qui ouvre cette faculté, en l'espèce la directive, prévoit également les conditions de la validité de l'accord².

Ou bien, la convention est directement érigée en instrument préférentiel de mise en œuvre du droit communautaire. La directive relative à l'instauration d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation dans les entreprises et les groupes de dimension européenne est la première à introduire des prescriptions subsidiaires³. Plus tard, ce mécanisme a été repris par la directive relative à l'implication des salariés dans la société européenne⁴ ou dans la coopérative européenne⁵. La prise en compte des matières visées conduit à affirmer que les textes communautaires présentent « *une certaine cohérence* »⁶ visant tous à impliquer les salariés dans l'entreprise de dimension européenne⁷. Cette implication s'effectue alors

¹ Directive n° 2003/88 du 4 nov. 2003 sur l'aménagement du temps de travail. On retrouve cependant ce mécanisme dans la plupart des directives (voir M. SCHIMTT, op. cit., p. 293).

² Pour approfondir, voir M. SCHIMTT, op. cit., p. 294 s.

³ Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs ; 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 ; Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

⁴ Directive 2001/86/CE du 8 oct. 2001 ; Voir M.A. MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967-968 ; B. TEYSSIE, « L'implication des travailleurs dans la société européenne (Directive n° 2001/86/CE du 8 octobre 2001) », *JCP E*, 2002, 1728 ; A. TEISSIER, « L'implication des travailleurs dans la société européenne : la constitution du groupe spécial de négociation, approche de droit comparé », *JCP S*, 2006, n° 5, p. 19.

⁵ Directive 2003/72 du 22 juill. 2003.

⁶ S. LAULOM et C. VIGNEAU, loc. cit., p. 530.

⁷ Permettant fondamentalement de respecter la diversité des législations nationales en matière de représentation des travailleurs dans l'entreprise, le recours prioritaire à la négociation collective sans

par le biais d'une négociation collective dans le cadre considéré qui se déroule librement et qui permettra de définir les règles auxquelles les parties visées se soumettront¹. Le contenu des directives présente donc un caractère essentiellement procédural². C'est seulement en cas d'absence d'accord ou à la demande des négociateurs que sont appliquées les prescriptions subsidiaires de la directive garantissant le respect et la mise en œuvre des droits collectifs des travailleurs³. Ce dispositif se rapproche sans nul doute d'une relation de supplétivité entre la loi, plus exactement la directive, et la convention collective de groupes ou d'entreprises transnationaux.

471. Ce paragraphe relatif à la rencontre entre la directive européenne et les conventions collectives nationales et européennes a permis de démontrer, d'une part, qu'au moment élaboratif, le Traité envisage l'intégration de l'autonomie collective européenne au processus de formation de la législation européenne et d'autre part, qu'au moment applicatif, la directive européenne peut sous conditions, être mise en œuvre par les interlocuteurs sociaux nationaux.

Les rapports entre la directive et la convention collective sont donc basés sur une relation de complémentarité qui permet de résoudre les problèmes d'articulation entre ces deux sources en marge du principe de faveur.

Il convient maintenant d'aborder les relations entretenues entre l'autonomie collective européenne et l'autonomie collective nationale.

§ 2: La mise en œuvre des accords autonomes européens selon les pratiques des Etats et des partenaires sociaux

472. L'analyse des relations entre les accords conclus au niveau européen et l'autonomie collective nationale nous conduit tout d'abord à aborder brièvement le

intervention des normes étatiques semble opportun dans la matière visée qui appelle incontestablement une réponse adaptée au cadre européen de la négociation.

¹ Concrètement, la négociation doit permettre la création d'organes de représentation dans ces sociétés et coopératives européennes afin qu'elles puissent être qualifiées comme telles.

² Sont prévues des règles relatives à la composition du groupe spécial de négociation, aux conditions de majorité ou à la responsabilité et à l'initiative de l'engagement des négociations (pour approfondir, voir M. SCHMITT, op. cit., p. 304 s.). Notons d'ores et déjà le contraste entre cette régulation relativement exhaustive et les carences des règles relatives à la négociation collective autonome (voir infra). Cette différence de traitement permet d'illustrer, selon nous, la préférence du droit communautaire aux procédures de consultation et d'information au détriment de procédures de négociation collective.

³ M. SCHMITT, op. cit., p. 307.

régime juridique des accords européens conclus en marge du processus de négociation prévu à l'article 154 TFUE¹. Les négociateurs européens peuvent en effet engager directement et de manière indépendante un processus de négociation pouvant aboutir à un accord dit autonome². La négociation libre ou autonome est prévue à l'article 155 TFUE (anc. art. 139 TCE), aux termes duquel « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* ». Les Institutions communautaires se sont alors bien gardées de définir le régime juridique de ces accords et se sont limitées à énoncer que ces accords recevront application « *selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux Etats membres* »³.

La doctrine a alors justement souligné que ces accords sont dépourvus « *d'efficacité normative originelle* »⁴ et nécessitent l'adoption d'un nouveau texte leur permettant de s'appliquer dans chaque Etat membre⁵. S'inscrivant dans la logique contractuelle⁶, les organisations européennes sont par conséquent soumises à un devoir

¹ Cette procédure de négociation autonome peut être mise en route lorsque l'accord porte sur une matière exclue de l'article 153 TFUE. Contrairement à la procédure de négociation de l'article 154 TFUE, la négociation autonome intervient en marge de toute initiative communautaire et n'est soumise à aucune limitation matérielle. Les négociateurs possèdent ici une liberté totale quant au contenu des négociations qu'ils prétendent engager.

S'il porte sur une matière de compétence partagée, il ne fera pas l'objet d'une demande conjointe des partenaires sociaux en vue de la reprise d'un accord dans une directive (l'article 155 TFUE al.2 in fine prévoit en effet que lorsque les négociations portent sur les matières relevant de l'article 153 TFUE, les accords autonomes peuvent être mis en oeuvre, « *à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* ». Une passerelle entre la procédure de négociation autonome et procédure de négociation prévue dans le Traité est ainsi établie.

² A l'intérieur de ce dialogue social autonome, la Commission a recensé 170 textes entre 1997 et 2003 (communication de la Commission du 12 août 2004, « *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie-Renforcer la contribution du dialogue social européen* », (com 2004), 557 final, p. 14). La doctrine a proposé quant à elle de distinguer trois types d'accords : « *les actes déclaratifs, les actes recommandatoires et les actes obligatoires* » (voir E. MAZUYER, « *Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification* », *Dr. soc.*, 2007, p. 477 ; S. LAULOM et C. VIGNEAU, loc. cit., p. 529). Les accords autonomes correspondent essentiellement aux actes obligatoires. Exemples d'accords autonomes : accord sur télétravail du 16 juillet 2002 ; accord sur le stress lié au travail du 8 octobre 2004 ; accord sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007.

³ Article 155.2 TFUE (anc. art. 139.2 Traité CE).

⁴ S. LAULOM et C. VIGNEAU, loc. cit., p. 529.

⁵ Ces négociations ne bénéficient d'« *aucun type d'appui normatif ni de protection de la part de l'UE* » (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, loc. cit., 2006, p. 58). Ils sont toutefois soumis au contrôle restreint de la Commission européenne qui vise à apprécier la légitimité des signataires (représentativité et mandats donnés par les organisations nationales affiliées) et la légalité du contenu de l'accord (conformité des clauses au droit communautaire). Pour un exemple de ce contrôle, voir par exemple, Communication du 8 nov. 2007 sur l'accord sur le harcèlement et la violence au travail.

⁶ Les Etats et les salariés ne sont pas soumis à ces accords. Le manque d'efficacité de ces accords rappelle, dans une certaine mesure, l'esprit du soft law.

d'influence envers les organisations nationales affiliées¹. Il revient par conséquent aux organisations professionnelles nationales de s'approprier la convention européenne et d'en effectuer la transposition par le biais de nouvelles négociations cette fois, au niveau national². Cette dialectique entre acteurs sociaux européens et nationaux se heurte dans la pratique aux difficultés de coordination au niveau européen des organisations syndicales nationales³ et plus loin les faiblesses de la représentativité des agents sociaux européens⁴ qui sont confrontés à une nécessité de changement et d'adaptation au nouveau contexte économique qui demande une restructuration rapide et efficace au niveau européen. Même si une évolution positive peut être constatée, il demeure toutefois que les acteurs sociaux européens tardent à s'organiser alors même qu'ils sont les seuls à pouvoir agir en la matière⁵.

Au regard de ces considérations, force est de constater que l'accord collectif européen autonome ne peut être considéré comme une source du droit communautaire⁶. Reprenant la qualification sévère mais lucide du Professeur G. LYON-CAEN, « *la*

¹ Ce mécanisme fait alors penser aux problématiques de structure de la négociation collective. Le Professeur RODRÍGUEZ souligna fort justement, « *la curieuse forme qu'ont ces accords de trouver efficacité et application : la négociation collective de dimension communautaire générerait plutôt qu'une régulation uniforme des conditions de travail pour tout le territoire de la UE, une micro-structure de la négociation collective qui combine le niveau européen avec les niveaux nationaux et, dans ceux-ci, avec les niveaux typiques dans lesquels se déroule la négociation dans chacun des Etats membres* ». (loc. cit., CGPJ, 2006, p. 53). Pour approfondir sur les problèmes de structure de la négociation collective sur le devoir d'influence, voir infra, Titre II.

² L'application des dispositions établies par les négociateurs européens dépendra donc de négociations ultérieures dans chaque pays (E. MAZUYER, loc. cit., 2007, p. 482).

Il n'est point le lieu ici de s'attacher aux risques d'application différenciée dans chaque Etat membre en raison des différentes conceptions du droit à la négociation collective (pour approfondir, C. VIGNEAU, loc. cit., p. 668 ; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 2007, p. 244 et 253 ; S. LAULOM et C. VIGNEAU, loc. cit., p. 530). Notons uniquement que ce passage obligé par la case nationale met en exergue un phénomène de « *déseuropéanisation* » de la politique social communautaire (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 2005, n° 4, p. 10).

³ J.Ph. LHERNOULD, « La négociation collective communautaire », *Dr. soc.*, 2008, p. 36.

⁴ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 2007, p. 246.

⁵ Le droit syndical et donc un éventuel régime de représentativité est exclu des matières de l'article 153 TFU. Un coup de pouce du « législateur » européen serait pourtant salutaire, particulièrement en ce qui concerne la détermination des acteurs de la négociation (dans ce sens, J.Ph. LHERNOULD, loc. cit., p. 34).

Il est intéressant de reprendre ici les propos du Professeur SUPLOT formulés il y a plus de 15 ans : « *cette mutation de la fonction syndicale peut paraître étrange dans un moment où jamais la représentativité syndicale n'a paru aussi faible [...] . On pourrait voir là un calcul cynique : renvoyer la construction sociale européenne à la capacité de négociation de syndicats dans un état de faiblesse historique n'est-il pas le plus sûr moyen d'éviter cette construction et de l'éviter au nom du respect des droits syndicaux, ce qui est doublement habile (ou pervers) ? Autre interprétation possible : si la représentation syndicale se trouve ainsi hissée à la place du législateur, c'est peut-être simplement en raison de la débilite d'institutions européennes incapables de tenir elles-mêmes cette place dans le domaine social* » (loc. cit., Bruxelles, 1996, p. 638).

⁶ Dans ce sens, voir M^e.E. CASAS BAAMONDE, « El principio de autonomía en la organización des sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho Social Comunitario », *RL*, 1999-II, p. 69.

convention collective européenne n'est pas une réelle convention collective, ce n'en est qu'un ersatz »¹.

473. En guise de conclusion, il apparaît clairement que les relations entre le droit de l'Union européenne et l'autonomie collective sont guidées par l'idée de complémentarité dans l'élaboration et l'application des règles, sous-entendue dans le principe de subsidiarité sociale. Par conséquent, au moment applicatif, il ne se produit pas de conflit. Dès lors, le principe de faveur est logiquement écarté comme mécanisme d'articulation tant au moment élaboratif qu'au moment applicatif.

Par ailleurs, le modèle de construction du droit communautaire s'avère paradoxal. Alors que la négociation collective est au centre du processus d'élaboration du droit, elle se trouve limitée et tronquée par plusieurs carences.

Tout d'abord, l'analyse des deux voies de négociation envisagées par le TFUE, a démontré qu'« *entre les deux types d'accords qui sont possibles dans le système européen de la négociation collective, il existe une énorme différence de traitement juridique* »². Néanmoins, tous deux sont fortement limités soit par rapport à leur contenu soit par rapport à leur efficacité juridique. Comme l'affirme la doctrine, qu'importe le processus mis en œuvre, « *aucun des deux n'a une efficacité propre et aucun des deux n'est par lui-même source de l'ordre [juridique] communautaire* »³.

Ensuite, il importe de rappeler les problèmes de détermination des négociateurs et les difficultés de coordination entre les diverses organisations syndicales européennes et nationales. La question de la représentativité des agents sociaux européens représente ici un enjeu crucial étant la condition *sine qua non* à la cohésion syndicale et donc à un syndicalisme européen puissant et influent.

Enfin, la négociation collective doit, pour se déployer dans de bonnes conditions, être nécessairement accompagnée des autres éléments de l'autonomie collective, la liberté syndicale et le droit de grève. Or, force est de constater que le droit de mener des actions collectives se caractérise par un traitement timide et critiquable de

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. ouv.*, 2001, p. 2.

² M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, loc. cit., 2006, p. 55.

³ M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, loc. cit., 2006, p. 55.

Il ressort cependant que la capacité normative des organisations de salariés et d'employeurs européennes reste largement soumise à une intervention hétéronome. En effet, soit l'accord est intégré dans un instrument communautaire de nature réglementaire, soit il va s'appliquer « *selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres* ». Or, en France et en Espagne, l'effet normatif de la convention est assuré par une intervention de la loi.

la part de l'UE¹, notamment lorsqu'il est confronté aux libertés économiques². Alors que les juges ont écarté l'application des règles relatives à la concurrence en matière de négociation collective³, ils adoptent un raisonnement protecteur des principes de liberté de circulation et d'établissement⁴ au détriment du droit de grève⁵. Nous estimons

¹ Dans ce sens, il ressort de l'article 153.5 TFUE que les questions relatives aux rémunérations, au droit d'association, au droit de grève ou au droit de lock-out ne sont pas de la compétence des institutions communautaires.

² Contre la vision selon laquelle le droit du travail est une entrave aux libertés économiques, voir A. LYON-CAEN, « Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, quelques observations », *Dr. soc.*, 2005, p. 505).

³ Par rapport au droit de la concurrence, on doit se demander si la convention collective constitue un instrument qui entre sous le coup de la prohibition des ententes propres à fausser le dogme de la concurrence libre et non-fauscée (art. 101 s. TFUE : « 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, »). La CJCE dans l'arrêt Albany, a estimé que « les objectifs de politique sociale » poursuivis par la négociation collective « seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85.1 du traité » (CJCE arrêt Albany 21 sept. 1999, aff. C-67/96). Les juges ont donc opté pour exonérer les accords collectifs de travail de l'application des règles de concurrence ce qui s'inscrit incontestablement dans une volonté d'encourager la négociation collective (pour approfondir, voir P. RODIERE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) », *Dr. soc.*, 2010, p. 579 ; M. SCHMITT, op. cit., p. 222). Pour aller plus loin sur la confrontation du droit de la concurrence et du droit du travail, voir A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence », *Ecrits en l'honneur de J. SAVATIER*, Paris, PUF, 1992, p. 331 ; G. LYON-CAEN, « Droit du travail et droit de la concurrence », *Dr. ouv.*, 1993, p. 313 ; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, op. cit.

⁴ La liberté de circulation se compose de la liberté de circulation des travailleurs, des marchandises, des services et des établissements.

⁵ Opérant un revirement de la jurisprudence antérieure (CJCE dans l'arrêt Albany 21 sept. 1999, aff. C-67/96), la CJCE a récemment lancé un double message : « elle procède solennellement à une consécration du droit d'action collective en tant que droit fondamental protégé par l'ordre juridique communautaire ; et dans le même mouvement, elle impose aux titulaires de ce droit une obligation d'en justifier l'usage et d'en modérer l'exercice, lorsqu'une liberté économique communautaire vient à en pâtir » (P. RODIERE, loc. cit., 2010, p. 573, p. 578). Le droit fondamental de mener des actions collectives est donc soumis à une double exigence : il doit être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général en l'espèce la protection des travailleurs, et les moyens utilisés doivent être proportionnés et nécessaires. Plusieurs affaires ont récemment démontré que l'interprétation des juges conduit à une limitation importante de l'exercice des droits d'action collective en conflit avec des libertés économiques notamment la liberté de prestation de services (CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd/ Svenska Byggnadsarbe tareförbundet e.a* et CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, *Dirk Ruffert/ Land Niedersachsen*) ou la liberté d'établissement (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *The International Transport Workers' Federation & The Finnish Seamen's Union/ Viking Line ABP & OÜ Viking Line Eesti*). Pour approfondir sur ces arrêts, voir parmi une abondante doctrine, P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.*, 2008, p. 210 ; S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *RDT*, 2008, p. 86

Dans ces affaires, le prisme d'analyse adopté par la CJCE s'avère particulièrement révélateur de la logique de l'UE. En effet, les juges se sont attachés à déterminer si les droits sociaux entravent les libertés économiques qui constituent le cadre de référence. Or, on peut pourtant considérer que les droits sociaux qui ont trait aux personnes, doivent constituer le cadre permettant de limiter les libertés économiques. De manière plus pragmatique, est-il si extravagant de demander que soient appliquées les mêmes normes à tous les salariés exécutant leur activité dans un même pays ? Dans tous les cas, reprenant les propos du Professeur SUPIOT, « cette jurisprudence jette une lumière crue sur le cours pris par le droit communautaire » (« Voilà « l'économie communiste de marché » », *Le Monde*, 25 janvier 2008. Voir également E. DOCKES, « L'Europe antisociale », *RDT*, 2009, p. 148). Souhaitons alors que le droit de

cependant que le rôle important attribué à la négociation collective ne peut être admis que si les interlocuteurs sociaux jouissent d'un cadre de négociation permettant l'équilibre des forces. Les restrictions du recours à la grève font alors basculer juridiquement et définitivement l'équilibre des forces vers la partie patronale. Face à la « *préférence ferme, absolue pour l'intégration économique* »¹, la convergence des droits sociaux et l'essor d'un droit du travail européen protecteur des salariés permettraient pourtant de prendre en compte la variable sociale et humaine de la construction européenne. Dans le train de la concurrence globale et de l'hégémonie variable économique, le droit du travail demeure alors bien plus le dernier wagon que la locomotive.

SECTION II: L'articulation entre la convention collective et les normes étatiques

474. L'apparition de la convention collective dans l'ordre juridique étatique a amené à définir les rapports que celle-ci va entretenir, au moment applicatif, avec les normes légales et réglementaires susceptibles d'être appliquées aux mêmes relations de travail.

En ce qui concerne en premier lieu les rapports entre la convention collective et la loi, les propos qui suivent visent à démontrer qu'au delà du principe de faveur mis en œuvre par le mécanisme de l'application de la norme plus favorable aux salariés, la détermination de la norme applicable appelle à une prise en compte préalable des conditions de la relation entre ces normes au moment de leur création. On retrouve alors dans les deux pays, une tendance de fond déjà abordée, selon laquelle la convention tend désormais à s'appliquer prioritairement mais sans limitation quant à son contenu, autrement dit de manière indifférenciée, en marge du principe de faveur².

S'agissant en second lieu des conditions d'articulation entre la convention collective et les règlements, celles-ci illustrent parfaitement les conséquences de l'éruption de la disposition conventionnelle dans le dispositif des sources du droit du travail. En effet, le champ d'action du règlement en matière de détermination des

mener des actions collectives intègre rapidement la liste des éléments essentiels à la liberté syndicale issue de la jurisprudence de la CEDH (P. RODIERE, loc. cit., 2010, p. 575 ; N. HERVIEU, loc. cit., p. 293).

¹ M^a. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, loc. cit., 2006, p. 63.

² Initialement, la finalité protectrice du droit du travail, qui configure la convention comme instrument d'amélioration des normes légales, justifiait son application prioritaire face à la loi, norme hiérarchiquement supérieure

conditions de travail a indéniablement subi une altération au bénéfice de la convention collective. Le règlement demeure néanmoins dans les deux pays une source de droit importante. Il continue ainsi de remplir sa mission traditionnelle de mise en œuvre des dispositions légales et voit même ses fonctions se diversifier.

§ 1: L'articulation loi-convention: de l'application du plus favorable aux salariés à l'application préférentielle et indifférenciée de la norme conventionnelle

475. L'analyse des relations entre la loi et la convention collective au moment applicatif nous conduit, au premier regard, à noter que les mécanismes¹ français et espagnol font tous deux jouer clairement le principe de faveur. La convention collective s'applique préférentiellement à la loi dès lors qu'elle est plus favorable aux salariés. L'application du plus favorable aux salariés qui en découle traduit en définitive la fonction d'amélioration des normes légales reconnue à la convention collective.

Deux aspects doivent néanmoins être soulignés. Tout d'abord, la mise en œuvre de l'application du plus favorable aux salariés est intimement conditionnée par les relations entre la loi et la convention collective au moment élaboratif. Il importera alors de mettre en exergue que les tendances actuelles en la matière conduisent à une mise à l'écart du mécanisme de l'application du plus favorable aux salariés et à une application préférentielle et indifférenciée de la convention collective. Ensuite les méthodes d'appréciation du caractère plus favorable posent de sérieuses difficultés pratiques et s'effectuent dans un cadre jurisprudentiel et légal oscillant.

A. Le postulat de l'application de la convention plus favorable comme corollaire de sa fonction traditionnelle d'amélioration

476. L'application de la norme conventionnelle plus favorable aux salariés est une réalité dans les deux systèmes juridiques. Néanmoins, les fondements de cette règle divergent. En effet, si en Espagne la loi l'a explicitement formulée, le dispositif légal français s'est focalisé sur le moment de l'élaboration des normes et a laissé aux juges la tâche d'établir les mécanismes d'articulation au moment de leur application.

¹ Le terme de mécanisme est plus neutre que les termes de principe ou règle qui en préfigurent la valeur juridique. Au regard de la perspective comparée du travail, nous retiendrons donc ce terme plus large.

1. Le champ d'application de l'article 3.3 ET en droit espagnol

477. Contrairement au droit français, le dispositif légal espagnol a établi une règle de résolution des conflits clairement située au stade de l'application des normes¹. Celle-ci est formulée à l'article 3.3 ET qui dispose que « *les conflits qui surgissent entre les préceptes de deux ou plusieurs normes du travail, qu'elles soient étatiques ou conventionnelles, [...], se résoudreont au travers de l'application du plus favorable pour le travailleur [...]* ». La règle de l'application du plus favorable est incontestablement conforme à la finalité protectrice du droit du travail reconnue par le TC².

Envisageant les conflits entre les normes du travail étatiques et/ou conventionnelles, ce précepte semble au premier regard recouvrir trois hypothèses : un conflit entre normes étatiques, un conflit entre normes conventionnelles et enfin, un conflit entre une norme étatique et une norme conventionnelle. L'article 3.3 ET restreint néanmoins son application aux « conflits » entre norme légale et norme conventionnelle³.

En effet, lorsque deux normes étatiques sont en conflit, d'autres principes rentrent en action. Lorsqu'il s'agit de deux normes étatiques de même rang susceptibles d'entrer en concurrence, le principe de modernité s'applique. Si les normes considérées ne sont pas de même rang hiérarchique, ce sont les principes de hiérarchie et de réserve normative énoncés aux articles 9.3, 97 et 103. 1 CE et repris à l'article 3.2 ET qui permettent de résoudre le conflit⁴. Lorsque deux conventions collectives sont susceptibles d'être retenues, ce sont les règles de concurrence prévues aux articles 83 et 84 ET qui sont mises en œuvre⁵. Précisons ici que l'emploi de l'expression « *normes conventionnelles* », conduit à penser que cet article ne vise que les conventions

¹ Comme l'a écrit le Professeur MERCADER UGUINA, « *dans la doctrine espagnole, le critère de faveur n'a pas été développé depuis la perspective originale de l'indérogabilité relative mais depuis la solution établie aux hypothèses de conflits normatifs* » (loc. cit., 2002, p. 21). Voir également T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 18.

² M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., CEF, 2003, p. 351.

³ Précisons toutefois que, malgré le silence de l'article 3.3 ET, l'application du plus favorable joue entre les normes internationales ou communautaires et les droits nationaux (L.M. CAMPS RUIZ, in ALBIOL, CAMPS, LÓPEZ, SALA, op. cit., p. 103).

⁴ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 190.

⁵ Voir infra, n° 657 s.

collectives statutaires qui, comme nous l'avons déjà abordé, sont les seules à pouvoir recevoir la qualification de norme¹.

Il ne fait donc aucun doute que l'article 3.3 ET restreint bien son application à une seule de ces hypothèses, celle d'un conflit entre une norme légale et une norme conventionnelle² qui représente, en fait, « *son champ d'action le plus important* »³.

En tout état de cause, la règle de l'application de la norme plus favorable qui permet à une convention de s'appliquer devant la loi ne remet pas en cause le principe de hiérarchie des normes⁴. Deux arguments que nous approfondirons par la suite, démontrent que ce principe demeure. En premier lieu, il peut être admis que la norme légale s'applique, en considérant que la norme conventionnelle ne fait qu'y ajouter une amélioration. En second lieu, la mise en œuvre de la règle de l'application du plus favorable permettant l'application de la convention, reste dépendante de la configuration de la loi lors de son élaboration.

2. La formulation jurisprudentielle en droit français

478. L'article L. 2251-1 CT (ancien art. L.132-4) énonce qu'« *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ». A partir de ce texte et du commentaire qu'en a livré le Conseil d'Etat dans son célèbre avis du 22 mars 1973, la notion d'ordre public social (OPS) a permis d'apprécier les relations entre la loi et la norme conventionnelle au moment de leur élaboration⁵. Le Professeur JEAMMAUD écrit dans ce sens que « *la première phrase de l'article se borne à ouvrir à tout instrument conventionnel la faculté*

¹ Sur la nature normative de la convention collective statutaire, voir supra, n° 69 s. Nous verrons cependant que des décisions jurisprudentielles ont apporté de la confusion en appliquant ce précepte en présence d'une convention extrastatutaire (voir infra, n° 679).

² Le Tribunal Suprême se réfère expressément à cet article pour appliquer la norme conventionnelle plus favorable (STS du 4 mai 1987, Ar/3226).

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 239.

Pour les partisans de la nature contractuelle de la convention, l'article 3.3 ET ne peut s'appliquer, la convention n'étant pas une norme. La détermination de la disposition applicable résulte alors de l'impérativité des lois appréciée au moment créatif (J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 275, 292).

⁴ La règle de l'application de la norme la plus favorable corrige la hiérarchie de normes et ne la remet pas en cause (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 20 ; L.M. CAMPS RUIZ, in ALBIOL, CAMPS, LÓPEZ, SALA, op. cit., p. 103, qui mentionne cependant une sentence du Tribunal Suprême qui parle, de manière peu opportune, de faillite du principe de hiérarchie normative (STS du 4 mai 1987, Ar/3226).

⁵ Voir supra, n° 362. Dans leur manuel les Professeurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD estiment que cet article « *concerne le seul accord collectif et la création de règles plutôt que leur application* » (op. cit., p. 133). Cette position est maintenue par J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 82.

de poser des règles améliorant la condition des salariés auxquels il s'appliquera. Elle fonde seulement la validité de telles dispositions »¹. Dans ce cadre, aucune règle concrète ne prévoit expressément l'application des normes conventionnelles plus favorables².

Les juges ont alors établi les conditions d'application des normes légales et des normes conventionnelles. Le premier pas de leur raisonnement a consisté à apprécier les objets traités dans les différentes normes en présence. Si deux normes n'ont pas le même objet, le salarié se voit appliquer, sans difficulté, les deux préceptes³.

Quand les objets sont identiques, les juges ont de manière réitérée affirmé que les deux normes ne peuvent s'appliquer cumulativement, rejetant ainsi le cumul des avantages et ont corollairement énoncé que la norme la plus favorable aux salariés devait recevoir application. Cette position selon laquelle, « *en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* »⁴, se voit reconnaître par la Cour de cassation la qualification de « *principe fondamental en droit du travail* »⁵. Ainsi, les juges ont clairement admis l'application de la convention collective plus favorable que la loi. Cette solution qui joue au moment applicatif, n'est en réalité que la conséquence logique de la capacité des conventions collectives d'établir des dispositions plus favorables que la loi. Dès lors que les signataires prévoient des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements, celles-ci doivent naturellement recevoir application. La majorité de la doctrine souligne ainsi que la logique sous-jacente de l'OPS⁶ et le principe de l'application du plus favorable

¹ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1999, p. 119.

² Un courant doctrinal estime toutefois que la règle de l'application de la convention plus favorable peut se fonder sur l'article L. 2251.1 CT (anc. art. L. 132-4 CT (J. PELISSIER, loc. cit., 2002, p. 396).

³ Cass. Soc. 24 juin 1992, n° 90-42.432. Par exemple en matière d'indemnité de licenciement si la norme légale prévoit une majoration pour ancienneté et la convention une autre majoration relative à l'âge, ces deux majorations ont la même nature mais pas le même objet. Par conséquent les deux majorations s'appliquent (J. BARTHELEMY, « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *SSL*, 2001, n° 1047, p. 5).

⁴ Cass. Ass. Plén., 18 mars 1988, *Dr. ouv.*, 1988, p. 518, note S. BALLEZ ; *D.*, 1989, p. 221, note J.P. CHAUCHARD ; Cass. Soc. 25 nov. 1992, *Dr. soc.*, 1993, p. 63. Dans cette affaire, les juges ont affirmé qu'une convention collective moins favorable qu'une disposition d'un code civil local en matière d'absence pour maladies de courte durée, était inopposable au salarié.

⁵ Cass. Soc. 17 juill. 1996, déjà cité. Voir supra, n° 31. La qualification de principe fondamental du droit du travail implique que la non-application ou la modification de la règle ne peut intervenir que par voie légale.

⁶ Qualifié par le Conseil d'Etat de « *principe général du droit du travail* » (Cons. Etat, 21 juill. 2001 déjà cité), cette notion joue au moment de l'élaboration des règles (voir supra, n° 367).

« *constituent sans doute une seule et même règle* »¹ qui renvoie au controversé principe de faveur.

479. En guise de conclusion, il importe de souligner que l'application de la disposition conventionnelle plus favorable que la loi est une solution admise dans les deux droits. Un point de divergence apparaît toutefois puisque le droit français ne prévoit pas explicitement cette règle qui constitue, au moment de l'application des normes, une conséquence logique de l'OPS prise en compte par la jurisprudence. Au contraire, le droit espagnol établit explicitement cette règle dans une disposition légale clairement située au moment applicatif.

Malgré cela, les deux systèmes vont se rejoindre sur un point fondamental. L'application de ce mécanisme reste en réalité largement soumise au caractère de la loi qui s'apprécie quant à lui au moment élaboratif.

B. L'application préférentielle et indifférenciée de la convention collective

480. La (re)définition des rapports entre la loi et la convention collective au moment de leur élaboration constitue une étape incontournable afin de déterminer le cadre et la portée de l'application de la règle du plus favorable. Nous verrons alors que, tout en empruntant des voies différentes, les droits français et espagnol aboutissent au même résultat qui conduit à une restriction toujours plus grande du domaine d'application de la règle du plus favorable corollairement à la réduction de l'impérativité relative des lois et de la relation classique d'amélioration.

En marge de cette question, l'application du plus favorable pose de sérieuses difficultés dans sa mise en pratique, spécialement quant aux conditions et aux paramètres de son appréciation.

¹ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1999, p. 120. Dans le même sens, le Professeur G. LYON-CAEN estime que la différence entre ces deux termes ne paraît que verbale (loc. cit., 1978, p. 36, note 2). D'autres auteurs estiment également que même si elles « *ont des objets et des contenus différents [...] leurs teneurs sont complémentaires* » (J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, op. cit., 2006, p. 136. Position maintenue par J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 81). Selon le Professeur SAVATIER, l'article L. 132-4 CT « *inspire* » la règle de l'application de la norme la plus favorable aux salariés (voir note sous Cass. Soc. 17 juill. 1996, déjà cité).

1. L'impact des nouveaux modes d'articulation entre la loi et la convention au moment élaboratif

481. En Espagne, malgré l'apparente vocation générale de l'article 3.3 ET, nous avons déjà souligné que son application se réduisait aux seuls rapports entre la loi et la convention. Or, nous verrons que même dans ce cas, son application n'est pas automatique et va, au contraire, subir une deuxième restriction importante. En effet, la règle de l'application du plus favorable implique que la norme légale se configure comme droit nécessaire relatif. Plus loin, cette considération conduit à remettre en question l'opérativité-même de l'article 3.3 ET.

En France, le principe de l'application du plus favorable est, en vertu de la jurisprudence, directement lié à la logique régissant l'OPS. Dès lors, s'établit une interdépendance entre ces deux mécanismes conduisant à mettre à l'écart le principe de l'application du plus favorable lorsque l'OPS est remis en cause.

On décèle alors par conséquent que les mouvements actuels des droits français et espagnol au moment de l'élaboration des normes, vont conduire à la mise à l'écart du mécanisme de l'application du plus favorable.

a) Les conséquences de la réduction de l'impérativité des lois en droit espagnol

482. La capacité d'auto-configuration de la loi qui doit s'entendre comme une manifestation de sa supériorité hiérarchique, lui permet de diversifier ses relations avec la norme conventionnelle au moment de l'élaboration des normes¹. Les propos qui suivent visent à mettre en exergue que l'appréciation du caractère de la loi, de son conditionnement, est également une variable incontournable pour déterminer le cadre d'application de la règle du plus favorable de l'article 3.3 ET². Une partie de la doctrine abonde en ce sens en précisant que son application est conditionnée par « *le schéma général de la relation loi convention collective* »³. Rejoignant cette idée, la

¹ Voir supra, n° 345 s., 382.

² Dès lors, il est regrettable, comme le souligne justement un courant doctrinal, qu'une des problématiques centrales du droit du travail espagnol contemporain provienne « *de la grande insécurité relative à la qualification du grade d'impérativité des normes légales* » (T. SALA FRANCO et A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 2001, p. 18).

³ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 310.

jurisprudence rappelle l'impossibilité de résoudre les conflits normatifs entre la loi et la convention par la seule application de la règle de la norme plus favorable¹.

Les modalités de configuration offertes à la loi peuvent être regroupées pour ce qui nous intéresse ici en deux catégories : ou bien la loi se déclare supplétive ou dispositive, ou bien la loi maintient son impérativité fixant généralement un minimum².

Dans le premier cas, la règle légale supplétive laisse la faculté à la convention collective de réguler au dessus ou au dessous du dispositif légal qui ne s'appliquera qu'à défaut de convention collective. La supplétivité exclut ainsi tout conflit puisque les normes seront d'application alternative et non pas cumulative³. Lorsque la loi est dispositive, entendue comme opérant une délégalisation, le conflit est impossible puisque la loi ne prévoit aucune règle concrètement applicable⁴.

Dans le second cas, lorsque la loi est impérative et relative, la convention peut adopter des dispositions plus favorables qui seront alors appliquées. L'article 3.3 ET ne joue donc que dans l'hypothèse où la norme de plus haut rang hiérarchique constitue un minimum face à la norme de rang inférieur. La jurisprudence se positionna dans ce sens énonçant que « *l'article 3.3 ET limite son champ d'action aux dispositions de travail de minimum des conditions de travail* »⁵.

En réalité, comme l'ont souligné plusieurs auteurs, l'article 3.3 ET ne s'applique pas lorsque la convention améliore la disposition légale. D'une part, le Professeur MARTIN VALVERDE souligne qu'il ne s'agit pas d'un conflit⁶ mais de l'application simultanée des deux normes de rangs hiérarchiques différents⁷. D'autre part, il est possible de considérer que « *le propre critère d'articulation se trouve dans la structure logico-formelle de la relation d'amélioration entre la norme étatique et la convention collective, sans nécessiter de recourir à la règle externe de l'article 3.3 ET* »⁸. Cette dernière considération se rapproche alors du droit français. Dans tous les cas,

¹ STS du 22 fév. 1990, Ar/1132.

² Voir supra, n° 403 s.

³ Voir M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., CEF, 2003, p. 326.

⁴ La relation de complémentarité dans laquelle la loi renvoie à la convention la mise en oeuvre des prescriptions légales implique également l'absence de conflit.

⁵ STS du 8 juin 1995, Ar/4772

⁶ Qui implique que les deux normes ne puissent être appliquées conjointement en raison de leur contrariété (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, in L.M. CAMPS RUIZ y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, op. cit., p. 93).

⁷ Loc. cit., 1978, p. 12.

⁸ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 285. L'amélioration de la norme légale implique dans les faits son application (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012 p. 310).

l'inapplication de l'article 3.3 ET aboutirait à écarter la méthode légale de comparaison¹.

483. Pour conclure, il importe de relever ici l'étroite connexion entre les principes de la norme minimale et de l'application du plus favorable². Comme le Professeur ALONSO l'avait souligné très tôt, « *le principe de la norme plus favorable est une conséquence obligée du principe de la norme minimale et vice-versa* »³.

Dans ce cadre, le mouvement actuel de recul de la loi qui s'effectue, du point de vue juridique, par la réduction de son domaine d'impérativité relative⁴, a pour corollaire la mise à l'écart sans cesse plus fréquente de la règle de l'application du plus favorable⁵.

b) La mise à l'écart du principe de l'application de la norme plus favorable par l'accord dérogatoire en France

484. Les propos antérieurs nous ont permis de mettre en exergue le lien entre le caractère d'OPS de la loi et l'application de la norme conventionnelle plus favorable. La portée du principe de l'application de la norme plus favorable doit alors être envisagée au regard de la généralité de l'OPS.

La majeure partie de la doctrine française a longtemps considéré que le droit du travail présentait nécessairement un caractère d'ordre public entendu comme ensemble de normes impératives. Le Professeur G. LYON-CAEN se demandait ainsi en 1973 « *qu'est-ce qu'une loi dispositives ou supplétive en droit du travail ? En réalité les lois sociales sont toutes impératives, mais aux unes on peut déroger « in melius » ; aux autres, il est prétendu qu'on ne peut déroger du tout* »⁶. Une acceptation tacite et largement diffusée visait ainsi à considérer que, de la majeure partie des dispositions législatives, « *l'impérativité est acquise* »⁷. Il était alors compréhensible et logique de

¹ Sur les méthodes de comparaison, voir infra, n° 486.

² Le principe de la norme minimale représente une condition préalable à l'application du principe de la norme plus favorable. Dans ce sens, « *la norme minimale devient le fondement sur lequel s'assoit le principe de la norme la plus favorable* » (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 26).

³ M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 2^e ed., Madrid, Universidad Complutense, 1973, p. 405.

⁴ Voir supra, n° 420 s.

⁵ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 22, 24.

⁶ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1973, p. 101.

⁷ G. BORENFREUND et M.A. SOURIAC, loc. cit., 2003, p. 74 ; F. SARAMITO estimait, quant à lui, que « *les sources étatiques sont, dans leur quasi-totalité, de caractère impératif* » (loc. cit., 1986, p. 42). Dans cette conception l'ordre public social représente un concept « *inhérent au droit du travail, plus précisément à l'une de ses fonctions essentielles, affirmée dès l'origine et pour longtemps : limiter les*

constater « *le peu d'importance pratique que peut revêtir en droit du travail une distinction, telle que celle des lois impératives et des lois supplétives qui, dans d'autres domaines est primordiale* »¹.

Or, à partir du milieu des années 90, plusieurs auteurs ont justement affirmé que « *l'ordre public social, souvent présenté comme une caractéristique essentielle du modèle juridique de la négociation collective en France, et il l'a été, n'est qu'une configuration possible des rapports entre la loi et la négociation* »². Dans ce contexte et de manière similaire au droit espagnol, il incombe au pouvoir législatif de définir précisément si la loi qu'il édicte revêt une portée impérative ou dispositive³. Le droit français ne s'est pas orienté vers cette logique mais a emprunté des chemins plus sinueux à travers de l'essor des accords dérogatoires à la loi⁴ qui permettent aux parties à la convention de s'écarter des dispositions des lois et règlements et cela quel qu'en soit le sens⁵.

La capacité des négociateurs d'adopter des règles qui ne sont pas nécessairement plus favorables que les dispositions légales, correspond, sans nul doute, à une modalité de réduction du champ d'application de l'OPS et, par ricochet, à la mise à l'écart du principe de l'application du plus favorable aux salariés⁶. En définitive, en présence d'une norme légale et d'une norme conventionnelle, nous estimons que le principe de l'application de la disposition plus favorable constitue, « *un simple aspect de l'impérativité des lois d'ordre public* »⁷.

abus inévitablement engendrés par le règne de l'autonomie de la volonté dans un rapport structurellement inégalitaire » (T. REVET, loc. cit., 1996, p. 44).

¹ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 84.

² M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 89.

³ G. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. soc.*, 2001, p. 1034.

⁴ Plus sinueux car ils brouillent la frontière entre le dispositif et l'impératif. Comme nous l'avons déjà abordé, la spécificité de l'accord dérogatoire réside dans la permanence d'un degré d'impérativité de la loi qui réglemente les conditions de la dérogation (voir supra, n° 412).

⁵ Des auteurs ont ainsi souligné que « *les profondes secousses qui ébranlent l'ordre public social connaissent une traduction juridique remarquable à travers la faculté ouverte aux partenaires sociaux de conclure des accords dits dérogatoires* » (M.A. SOURIAU et G. BORENFREUND, loc. cit., 2001, p. 182). Voir également, F. BOCQUILLON, loc. cit., 2001, p. 257.

⁶ S. FROSSARD, loc. cit., 2009, p. 87. L'auteur souligne que la supplétivité est incompatible avec la règle de faveur.

⁷ Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 243. Soulignons cependant que l'auteur y voit quant à lui « *une règle autonome* » qui s'applique indépendamment. Pour lui, « *l'ordre public ne peut se voir confier la monopole de la mission de protection des salariés. Il faut sur un autre terrain - celui du concours de la norme légale et conventionnelle et non plus celui de la formation de la convention - dégager une règle complémentaire plus adéquate à cette mission* » (p. 245). L'auteur admettant que l'article 2251-1 CT se réfère au moment de l'élaboration des normes, se fonde alors sur l'article L. 2254-1 (ancien art. L. 135-2) CT, aux termes duquel « *lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention collective de travail, ces clauses s'appliquent au contrat conclu avec lui, sauf dispositions plus favorables* », pour dégager un « *principe général de solutions des concours, mêmes ceux qui impliquent la loi* » [...], « un

485. En guise de conclusion, l'analyse des systèmes français et espagnol a permis de démontrer que le degré d'impérativité des normes légales conditionne la mise en œuvre du principe ou de la règle de l'application du plus favorable aux salariés. Actuellement dans les deux pays, la loi tend de plus en plus à se placer en retrait laissant, sans cesse, plus de place à la négociation collective. Cela se traduit par la réduction de son impérativité. Or l'impérativité de la loi est une condition *sine qua non* pour permettre au moment applicatif la mise en œuvre de la règle ou du principe de l'application du plus favorable. Consécutivement, force est de constater que l'application de la norme plus favorable peut de moins en moins constituer l'instrument juridique permettant de déterminer la norme réellement applicable.

Lorsque la norme la plus favorable doit être retenue, celle-ci se heurte de surcroît à de nombreuses difficultés relatives aux méthodes de comparaison permettant de déterminer quelle norme est plus favorable et pour qui.

2. Les méthodes de comparaison

486. La mise en œuvre de la règle de l'application du plus favorable conduit à définir le « *périmètre matériel* » et la « *sphère personnelle de la comparaison* »¹. Il s'agit en définitive de déterminer les unités à comparer et le ou les sujets constituant le cadre d'appréciation².

En ce qui concerne la dimension matérielle de la comparaison, deux méthodes peuvent être retenues³ : ou bien, on compare globalement les différentes normes pour appliquer celle qui dans son ensemble sera la plus favorable pour le salarié même si, par rapport à la matière considérée, ce n'est pas le cas en l'espèce. Ou bien, la comparaison analytique se propose de fragmenter le corps de la convention collective afin

principe autonome et universel, une règle originale de solution des concours de normes simultanément applicables, qui ne se confond pas avec les règles de création des normes ».

¹ A. LYON-CAEN, « Réduction du temps de travail, rémunération ou les ombres nécessaires de la loi du 13 juin 1998 », *Revue des barreaux*, 6-7/1998, p. 93 et J. PELISSIER, loc. cit., 1998, p. 793.

² Nous retrouverons ces mêmes problématiques lorsque nous aborderons la question de la méthode de comparaison en présence d'un contrat de travail (voir infra, n° 537) ou d'une convention collective (voir infra, n° 650).

³ Il est également possible de considérer une troisième méthode : la méthode de l'« *espiguelo* » ou singulière et accumulative (analytique stricte) qui aboutit à la comparaison entre préceptes isolés en sélectionnant et accumulant les conditions les plus favorables contenues dans chaque précepte (voir A. BEJARANO HERNÁNDEZ, « La aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable en caso de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro de carácter extraestatutarios », *RDS*, 2008, n° 43, p. 109).

d'apprécier une ou plusieurs dispositions déterminées, permettant alors d'appliquer le groupe de dispositions plus favorable correspondant à l'objet du litige. Il importe alors de s'attacher à la détermination des unités, des fractions soumises à la comparaison. Deux possibilités soumises à des nuances sont dès lors offertes : la comparaison peut se faire de façon abstraite ou objective¹ ou elle peut prendre en compte la volonté des négociateurs².

En ce qui concerne la dimension personnelle, elle se réfère aux intérêts pris en considération qui peuvent être entendus comme étant soit les intérêts du salarié pris individuellement soit les intérêts de l'ensemble des salariés considérés.

487. Une première impression conduit à penser que les dispositifs espagnol et français divergent notablement en cette matière. D'une part, sur la forme puisqu'en Espagne, la loi est intervenue pour établir une méthode de comparaison alors qu'en France, au contraire, le silence légal a conduit le juge à définir la méthode de comparaison à adopter³. D'autre part, sur le fond, puisqu'à première vue les méthodes retenues paraissent opposées. En Espagne, aux termes de l'article 3.3 ET, le plus favorable s'apprécie « *pour le travailleur* », « *dans son ensemble et en décompte annuel par rapport à des concepts quantifiables* ». En France, les juges pour comparer des clauses ayant le même objet ou la même cause, procèdent à une « *comparaison globale avantage par avantage* ».

Néanmoins, les méthodes de comparaison constituent une de ces matières dans lesquelles l'ambiguïté règne et la nécessité d'adaptation triomphe. Dès lors, nous verrons que chaque dispositif connaît des tempéraments qui conduisent à des points de convergence.

a) La comparaison globale par groupes homogènes en Espagne

488. L'appréciation du plus favorable doit s'effectuer « *pour le travailleur* », « *dans son ensemble et en décompte annuel par rapport à des concepts quantifiables* ».

¹ Sont isolées les dispositions ayant le même objet ou la même finalité ou se rapportant à une même cause.

² La comparaison peut s'effectuer entre groupes de matières, entre groupes de dispositions liées entre elles par la volonté des parties (sont alors pris en compte l'avantage et sa contrepartie).

³ De manière générale et dépassant la seule hypothèse de la comparaison entre une norme légale et une norme conventionnelle, la doctrine souligne qu'il s'agit d'une matière dans laquelle la jurisprudence « *a pu contribuer à la confusion* » (J. BARTHELEMY, loc. cit., 2001, p. 6).

Les « *préceptes* » applicables doivent, dans tous les cas, « *respecter les minimums de droit nécessaire* »¹.

Il semble clair que le cadre personnel de l'appréciation renvoie au salarié pris individuellement. En dehors de cette certitude, la formulation de l'article 3.3 ET laisse subsister plusieurs difficultés d'interprétation.

Deux interprétations sont possibles. D'un côté, on peut considérer que « *les préceptes* » en cause doivent tout d'abord être regroupés pour faire l'objet d'une appréciation sur la totalité du concept considéré. Ce groupe de préceptes fait alors l'objet d'une appréciation « *dans son ensemble* ». D'un autre côté, on peut penser que l'expression « *dans son ensemble* » conduit à une appréciation globale de la norme plus favorable. La dimension contractuelle de la convention tend à renforcer cette interprétation. C'est cette tension, sous-jacente à cette divergence d'interprétation que nous nous proposons d'aborder ci-dessous.

489. La jurisprudence considère en général que « *les normes doivent être envisagées dans leur ensemble et non isolément, choisissant les préceptes qui seront considérés les plus appropriés* »².

Il s'agit alors d'apprécier ce découpage afin de constituer l'ensemble à comparer. Accueillant le critère analytique comme technique de comparaison, le regroupement des préceptes « *suppose que les unités de mesure à prendre en compte ne peuvent être toutes et chacune les singulières affirmations de normes mais les mandats normatifs qui répondent à une même quantité comparable* »³. La majorité de la doctrine estime à cet égard que la comparaison doit être opérée entre groupes normatifs homogènes⁴ procédant ainsi à l'appréciation d'un ensemble de préceptes relatifs à la même matière⁵. La notion d'homogénéité permet d'identifier les ensembles relatifs, par

¹ Considérant que l'article 3.3 ET ne s'applique pas dans la mesure où l'on n'est pas en présence d'un conflit mais d'un concours préalablement réglé par les conditions d'élaboration de la norme conventionnelle, on peut alors écarter cette méthode.

² STS du 27 fév. et du 3 avril 1995 ; STS u.d. du 12 fév. 2002, Ar/3783.

³ L.M. CAMPS RUIZ, in ALBIOL, CAMPS, LÓPEZ, SALA, op. cit., p. 105.

⁴ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ et J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 2012, p. 133; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, in L.M. CAMPS RUIZ y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, op. cit., p. 93.

⁵ Pour un courant doctrinal, « *la comparaison se fera par matière* » (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 310).

exemple, aux salaires, à la mobilité géographique, à l'ancienneté ou au temps de travail. Plusieurs arrêts du Tribunal Suprême abondent en ce sens¹.

Il demeure toutefois difficile d'appliquer ce raisonnement lorsque les normes sont relatives à des concepts non-quantifiables, de caractère qualitatif, qui impliquent une dimension subjective difficile à définir². Dans ce sens, l'article 3.3 ET vise expressément les « *concepts quantifiables* » comme variables de la méthode de comparaison. On retrouve ici une nouvelle limitation du champ d'application de l'article 3.3 ET qui se limite par conséquent aux dispositions conventionnelles quantifiables.

Une deuxième restriction à l'appréciation globale est consécutive à l'exigence du « *respect des minimums de droit nécessaire* ». L'ensemble des préceptes antérieurement identifiés ne peut aboutir à l'application d'une disposition qui ne respecterait pas ces minimums. Le Tribunal Suprême estime que les minimums légaux de droit nécessaire ne peuvent être écartés au prétexte que « *les accords dans leur ensemble soient plus favorables aux travailleurs* »³. Plus loin, reprenant les propos du Professeur SALA, cette norme qui enfreint les minimums de droit nécessaire est « *une norme illégale [qui] ne peut être en concours avec une autre légale ; il s'agit simplement d'une norme nulle* »⁴.

Cette exigence constitue l'expression du principe hiérarchique qui empêche la règle de l'application de la norme la plus favorable de mettre en échec le principe de la norme minimale qui rappelons-le, résulte de l'impérativité relative de la loi. Cette exigence conduit dans tous les cas à apprécier les dispositions de forme isolée. Dès lors, on aboutit à une certaine contradiction puisque le principe de la norme plus favorable

¹ STS du 25 fév. 1988, Ar/948 ; STS u.d. du 12 juin 1991, Ar/6239 ; STS u.d. du 27 oct. 1998, Ar/9821. Considérant que le complément d'ancienneté fait partie de l'ensemble des éléments de rémunération, les juges ont procédé à une comparaison globale des éléments de rémunérations et ne se sont pas limités à la seule question de l'ancienneté (STS u.d. du 8 juill. 1991, Ar/5874).

² Il est possible de distinguer les conditions de travail de caractère quantitatif telles que celles relatives aux salaires, au temps de travail ou aux congés payés et les conditions de travail de caractère qualitatif comme la détermination des horaires ou la répartition du temps de travail. Dans ce sens, un auteur estime que les conditions de travail sont par nature incomparables sauf sur les questions de salaires (T. SALA FRANCO, « El principio de condición más beneficiosa », *RPS*, 1977, n° 144, p. 64). D'autres auteurs y ajoutent les jours de travail et de repos (M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1184).

³ Le Tribunal Suprême a eu l'occasion de rappeler que « *la position supérieure qu'occupe la loi dans la hiérarchie normative détermine la soumission obligatoire de la norme conventionnelle au droit nécessaire* » (STS du 25 fév. 1988, Ar/948 ; STS du 24 fév. 1992, Ar/69 ; STS du 8 juin 1995, RJ 4772).

⁴ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1997, p. 124.

Le principe de la norme minimale permet « *d'épurer* » la convention en éliminant de celle-ci les dispositions qui « *contredisent* » la norme impérative prévue par la loi ou par un règlement (M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 239).

appelle une comparaison analytique sur des groupes de préceptes homogènes alors que le principe de la norme minimale requiert une comparaison plus fine et segmentée¹.

490. Sans toutefois aboutir à une remise en cause totale de ces considérations, se dessine une nouvelle méthode de comparaison qui tend incontestablement à élargir le cadre matériel d'application prenant en compte la convention collective dans sa totalité.

Alors que pour un courant doctrinal isolé, la formulation de l'article 3.3 ET ne fait aucun doute et indique clairement que l'appréciation du plus favorable doit s'apprécier de manière globale², la jurisprudence se fonde quant à elle sur le caractère indivisible de la convention pour en apprécier globalement le caractère plus favorable³. Selon cette interprétation, la convention collective constitue un tout unitaire qui n'est pas susceptible de fragmentation⁴. Elle peut alors avoir comme conséquence de mettre à l'écart l'exigence de respect des normes de droit nécessaire⁵. La convention pourra s'écarter des règles légales impératives dès lors que l'ensemble de la matière ou du groupe résulte globalement plus favorable dans la convention collective⁶. Par opposition à l'interprétation antérieure, ici, la méthode de comparaison du principe de l'application du plus favorable fait échec au principe de la norme minimale.

Cette tendance reste toutefois extrêmement limitée par le contrôle de la jurisprudence constitutionnelle et judiciaire qui rappelle qu'« *au dessus de cette situation d'équilibre interne [...] sont les normes de droit nécessaire* »⁷.

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 42; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., 1987, p. 421.

² A. MONTOYA MELGAR, op. cit., p. 221. L'auteur cite STCT du 17 mars 1981 qui se positionne en faveur de l'appréciation globale.

³ Les négociateurs introduisent dans ce sens de manière explicite des clauses d'invisibilité dans les conventions collectives.

⁴ Voir également STS du 23 janv. 1991, Ar/174 ; STS du 29 avril 1993, Ar/3381 ; STS du 27 avril 1995, Ar/1259 ; STS du 12 fév. 2002, Ar/3783.

Cette problématique rejoint la portée de la théorie de l'équilibre interne de la convention collective (pour approfondir, voir A. OJEDA AVILÉS, « La doctrina del equilibrio interno del convenio », *REDT*, 1987, n° 31, p. 354; C. MOLINA NAVARRETE, « El nuevo significado de la doctrina del equilibrio interno », *DL*, 1999, n° 59, p. 30, spéc. p. 47).

⁵ Le Professeur MERCADER souligna que « *la jurisprudence entend que les conventions collectives expriment un contrepois fait des concessions mutuelles des parties qui empêche de les expliquer et de les comprendre de manière partielle. Cette unité organique se manifeste également lorsque ne sont pas respectés les minimums légaux quantitatifs, dès lors que l'ensemble offrira un résultat global supérieur à la somme des minimums* » (loc. cit., 2002, p. 28).

⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ constate que cette position « *a validé des pratiques contractuelles dérogatoires de conditions minimales établies par la loi* » (op. cit., 1999, p. 125).

⁷ STC 189/1993 du 14 juin 1993. Pour le TS, une convention ne peut pas s'appliquer globalement quand « *les normes conventionnelles ne respectent pas les minimums de droit nécessaire* » (STS du 28 avril 1986, Ar/2257 ; STS du 25 fév. 1988, Ar/948). Les normes de droit nécessaire ne peuvent faire l'objet de compensation par une appréciation globale car elles sont indisponibles (STS 4 mai 1994, Ar/7725).

b) L'ambiguïté de la formule de «comparaison globale avantage par avantage»

491. En droit français, la Cour de cassation a posé le principe que « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale avantage par avantage* »¹. L'exclusion de la méthode globale est donc clairement écartée réalisant le souhait de la majorité de la doctrine².

Il convient alors de s'attacher au sens de l'expression « *pour le moins confuse* »³ de « *comparaison globale avantage par avantage* ». Admettant la dimension analytique de la comparaison, le travail des juges a résidé dans l'établissement des liens entre les diverses dispositions. Il ressort alors de la jurisprudence que cette opération extrêmement délicate a évolué au fil du temps et demeure soumise aux caractéristiques des cas d'espèce.

Plusieurs auteurs proposent de retenir une comparaison semi-analytique plus large qui consiste à prendre en compte des catégories, des blocs de matières⁴. La globalité renvoie alors au thème, à la matière traitée. Il ne s'agit pas de comparer avantage par avantage de manière isolée mais par ensemble d'avantages relatifs à la même matière, au même objet⁵. Les juges procèdent alors à la segmentation de blocs de matières homogènes relatives à une matière considérée. Dans ce cadre, l'adjectif « global » renvoie, lorsqu'il s'agit d'un avantage quantitatif et donc mesurable, à l'appréciation du montant total sans prise en considération « *des paramètres permettant d'en évaluer le montant* »⁶.

Plus loin, écartant l'application de critères objectifs afin de déterminer les blocs de matières considérées, un courant doctrinal avait déjà proposé au milieu des années

¹ Cass. Soc. 17 janv. 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 642, obs. J. BARTHELEMY. Dans ce litige étaient en relation un accord d'entreprise sur des garanties collectives de prévoyance et un accord interprofessionnel de mensualisation de caractère législatif.

² M. DESPAX, *op. cit.*, 1989, n° 57, Y. CHALARON, *op. cit.*, n° 200.

³ T. KATZ, *op. cit.*, p. 263.

⁴ M. DESPAX, *op. cit.*, 1989, n° 57 ; C. FOURCADE, *op. cit.*, p. 68.

⁵ Un arrêt rendu dans une espèce spécifique va dans ce sens. (Cass. Soc. 17 juill. 1996, déjà cité). Il s'agissait de comparer le statut d'une entreprise publique et les dispositions du Code du Travail. Se fondant sur « *le caractère indivisible du régime des congés payés institué en tenant compte des nécessités du service public* » (cette référence au service public constitue en fait le particularisme de ce litige), les juges procèdent à une comparaison globale des avantages et appliquent « *l'ensemble du régime des congés payés* » qui résulte le plus favorable. Dès lors, la comparaison des avantages devrait s'opérer au vu de l'ensemble de la matière à laquelle ils se réfèrent, dépassant le cadre de leur objet ou de leur cause et prenant en compte de la finalité commune de cet ensemble de clauses qui les rend indivisibles.

⁶ J. BARTHELEMY, *loc. cit.*, 2001, p. 7.

80, une approche plus subjective. Les blocs à apprécier prennent en compte la volonté des parties à la convention indépendamment des matières considérées¹. Nous verrons que l'appréciation par blocs de matières et que la prise en compte de la volonté des négociateurs connaissent une application plus générale lorsqu'il s'agit de comparer des normes conventionnelles².

En présence d'une norme légale, les juges ont pu toutefois procéder à une « *comparaison avantage par avantage, ou presque* », autrement dit à « *un découpage analytique fin* »³. Cette position prend indiscutablement en considération le caractère et les spécificités de la loi qui est « *un acte unilatéral et qui concerne individuellement chaque citoyen* »⁴.

492. Cette dernière considération permet également de déterminer la sphère personnelle de la comparaison entre dispositions légales et conventionnelles.

Par principe, indépendamment des normes objets de la comparaison, les juges ont affirmé que « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux* »⁵. Néanmoins, lorsque le concours concerne une disposition du contrat de travail⁶ ou une disposition légale face à la convention, la portée de cette position peut être restreinte⁷. En effet, en cas de concours entre la loi et la convention, les juges ont

¹ « *Sauf dispositions expresses, légales ou autres, la confrontation devrait se faire entre groupes de normes conventionnelles formant une unité non nécessairement objective mais voulue par les négociateurs de l'une au moins des conventions collectives confrontées. En d'autres termes, dès que l'on constate qu'un ensemble de clauses formait, dans l'esprit des auteurs d'une convention collective, une unité, c'est cet ensemble qu'il faut prendre pour base de la confrontation* » (N. ALIPRANTIS loc. cit., p. 12).

Plus récemment, dans le même sens, J. BARTHELEMY estima que « *puisque l'accord collectif a une nature contractuelle, peu importe sa nature réglementaire, la comparaison doit se faire si le conflit intéresse deux d'entre eux, non seulement [...] sur l'ensemble des avantages constituant un tout par la volonté expresse des parties ou celle résultant de l'économie du contrat* » (loc. cit., 2001, p. 6).

² Voir infra, n° 650.

³ Cass. Soc. 25 nov. 1992, déjà cité. Dans ce sens, M.A. SOURIAU, loc. cit., 1996, p. 401. En cas de concours entre une loi et une note d'entreprise (Cass. Soc. 19 déc. 2007, voir M.A. SOURIAU, « Règle de faveur, l'ombre d'un doute », *RDT*, 2008, p. 399) ; entre une loi et un engagement unilatéral de l'employeur (Cass. Soc. 26 oct. 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 381, obs. C. RADE).

⁴ J. BARTHELEMY, loc. cit., 2001, p. 5.

⁵ Cass. Soc. 17 janv. 1996, déjà cité; Cass. Soc. 11 janv. 1962, *Dr. soc.*, 1962, p. 290, obs. J. SAVATIER qui énonçait que la comparaison devait s'effectuer « *eu égard à l'ensemble des intéressés et non en égard à l'un d'eux en particulier* ».

⁶ Voir infra, n° 537.

⁷ Seules les relations entre conventions collectives permettent à cette règle de s'appliquer dans sa plénitude (voir infra, n° 650).

pris en considération « *la situation particulière du salarié* »¹. Retenir un cadre d'appréciation pour l'ensemble des salariés pourrait en effet aboutir à l'application d'une disposition moins favorable pour un salarié quand bien même celle-ci résulterait plus favorable pour une majorité d'entre eux. De sorte que resurgissent incontestablement les caractéristiques de la loi comme acte unilatéral qui vise « *chaque citoyen individuellement* »². Cette dimension individuelle de la comparaison explique alors pourquoi la sanction prononcée est l'inopposabilité de la clause conventionnelle au salarié et non pas la nullité³.

Une dernière difficulté doit ici être soulevée. La comparaison d'objets mesurables ne présente pas, apparemment, de difficultés particulières. Néanmoins, l'appréciation du caractère plus favorable « *implique obligatoirement une référence à des éléments psychosociologiques* » ce qui rend plus délicate la comparaison⁴. Lorsqu'il s'agit « *d'objets non-mesurables* », l'appréciation du caractère plus favorable peut s'avérer invérifiable⁵. En cas de doute, doit-on alors privilégier la loi ou la convention ? Cette question renvoie en définitive à la place de la convention par rapport à la loi⁶ et reste sans réponse certaine en raison de la position des juges qui tendent généralement à se prononcer sur le caractère plus favorable des normes considérées⁷.

Ces trois difficultés peuvent alors être contournées si l'appréciation objective est écartée et qu'est laissée aux intéressés la tâche de réaliser la comparaison et de déterminer quelle norme leur est la plus favorable⁸.

493. En guise de conclusion sur les méthodes de comparaison choisies en France et en Espagne, retenons que les deux droits se rapprochent finalement, sans toutefois se confondre, retenant une comparaison analytique. Les juges espagnols ont en effet

¹ Cass. Soc. 25 nov. 1992, déjà cité; Cass. Soc. 11 oct. 1994, *Bull. civ.* V, n° 265, p. 179; Cass. Soc. 8 janv. 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 472, obs. J. SAVATIER. Voir également M.A. SOURIAU, loc. cit., 1996, p. 401.

Pour un courant doctrinal, dans les conflits de normes hiérarchisées, l'appréciation doit s'effectuer par rapport au salarié pris individuellement s'il s'agit d'un avantage individuel et par rapport à la collectivité des salariés s'il s'agit d'un avantage collectif (A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. Soc.*, 1993, p. 368).

² J. BARTHELEMY, loc. cit. 2001, p. 5.

³ « la convention pouvant retrouver application pour d'autres salariés dont l'intérêt individuel serait différent » M.A. SOURIAU, loc. cit., 1996, p. 401.

⁴ Comme l'écrit A. CHEVILLARD, « *travailler moins et être payé moins est-il avantageux ?* » (loc. cit., 1993, p. 364).

⁵ Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 248.

⁶ C. FOURCADE, op. cit., p. 71. Pour certains, il convient d'appliquer la norme hiérarchiquement supérieure M. DESPAX, op. cit., 1989, n° 57, N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 61.

⁷ A. CHEVILLARD, loc. cit., 1993, p. 365.

⁸ Pour approfondir, voir infra, n° 537.

relativisé l'appréciation globale et les juges français ont écarté une appréciation analytique trop stricte.

Sans préjudice de son évaluation, ce constat démontre dans tous les cas que, dans cette matière, la jurisprudence joue un rôle fondamental et possède une large marge d'appréciation permettant aux juges de disposer d'un cadre ouvert qui peut s'adapter aux différents cas d'espèce.

Conclusion § 1

494. Ces propos relatifs à l'articulation loi-convention au moment applicatif ont tout d'abord permis de mettre en exergue que les conditions de détermination de la norme applicable sont largement dépendantes des conditions d'élaboration des normes susceptibles d'être appliquées. Concrètement, nous avons vu que si la loi ne présente pas un caractère impératif et relatif, la règle ou le principe de l'application du plus favorable est écartée. Dès lors, en Espagne, la diversité des degrés d'impérativité de la loi conduit à affirmer que le domaine d'action de l'article 3.3 ET est beaucoup plus réduit que ne le laisse supposer sa rédaction et son emplacement dans le Statut des Travailleurs. En France, l'OPS se voit de plus en plus fissuré par l'apparition des accords dérogatoires et par les renvois de la loi à la négociation collective. Dès lors, le principe de l'application du plus favorable tend corrélativement à restreindre son champ d'application.

En définitive, la réalité et la généralité de la règle de l'application de la norme la plus favorable comme mécanisme de détermination de la norme applicable, peuvent être fortement mises en doute lorsque sont susceptibles de s'appliquer une loi et une convention collective.

§ 2: L'application subsidiaire et spécifique du règlement

495. Le règlement, source formelle d'origine étatique directement reconnue par la Constitution française et la Constitution espagnole, représente l'instrument par lequel le Gouvernement exerce sa capacité normative¹. En droit du travail, le règlement semble

¹ Art. 21 CF: « *Le Premier Ministre [...] exerce le pouvoir réglementaire [...]* » et article 97 CE : « *Le gouvernement exerce la fonction exécutive et la puissance réglementaire en accord avec la constitution et les lois* ».

soumis à deux limites : d'une part, les réserves de loi¹ et d'autre part, la présence des conventions collectives. Nous verrons dans ce cadre, que la loi supérieure hiérarchiquement intègre, dans l'ordre juridique étatique, la convention collective au détriment du règlement.

Cependant, force est de constater que le règlement ne disparaît pas totalement. Outre l'incontournable mise en œuvre des lois, le règlement peut remplir une fonction spécifique au droit du travail et intervenir à défaut de convention collective garantissant ainsi aux salariés un cadre protecteur et adapté à sa situation professionnelle.

A. L'articulation loi-convention au détriment de l'articulation traditionnelle loi-règlement comme particularité du droit du travail

496. Les propos qui suivent visent tout d'abord à observer que le règlement se situe dans la hiérarchie des normes sous les lois auxquelles il est subordonné. Dans ce cadre, le règlement remplit diverses fonctions dont les limites sont fixées par la Constitution mais également par la loi. Après avoir présenté ce cadre général, nous aborderons la façon dont la loi y a intégré la convention collective.

1. Les relations classiques loi-règlement

497. Les conditions dans lesquelles s'articulent la loi et le règlement divergent en droit français et en droit espagnol. C'est essentiellement la place du règlement qui varie. En effet, le droit espagnol limite fortement l'action du règlement alors que le droit français lui reconnaît, dans les textes, une place plus importante.

a) La fonction de mise en œuvre des lois strictement appréciée en droit espagnol

498. La Constitution espagnole prévoit expressément la supériorité hiérarchique de la loi sur le règlement aux termes des articles 9.3, 97 et 103.1 CE. Au niveau législatif, l'article 3.2 ET énonce que les dispositions légales et réglementaires doivent s'appliquer dans le respect du principe de hiérarchie normative opérant ainsi la

¹ Rappelons que la notion de « *réserve de loi* » se rapproche de celle de « *domaine réservé* » en droit français. Voir supra, n° 54.

traduction dans le cadre du droit du travail des préceptes constitutionnels des articles 9.3 et 97 CE. Néanmoins, la Constitution demeure silencieuse en ce qui concerne le domaine d'intervention du règlement. La doctrine en tira alors deux conséquences immédiates : aucune matière n'est réservée au pouvoir réglementaire et aucune matière n'est, a priori, exclue de son domaine¹. Il convient néanmoins de préciser que l'existence de réserves de lois, dont les fondements peuvent varier², limitent fortement l'intervention du règlement.

Pour ce qui nous intéresse, la négociation collective et la convention collective constituent des réserves de loi horizontales³ dont le régime incombe donc essentiellement à la loi⁴. Par contre, le règlement peut intervenir plus fortement dans la détermination des conditions de travail⁵. Celui-ci reste cependant limité à une fonction, strictement appréciée, de développement et d'exécution des lois⁶. L'article 3.2 ET énonce dans ce sens que « *les dispositions réglementaires développeront les préceptes qu'établissent les normes de rang supérieur mais ne pourront établir des conditions de travail distinctes à celles établies par les lois à développer* »⁷.

¹ J. GARCÍA MURCIA, « La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral », *Cuaderno de Derecho Judicial*, 1993, n° 4, p. 9.

² Il peut s'agir de réserves matérielles directement prévues dans la Constitution ou de réserves formelles consécutives à la récupération par la loi, grâce à sa supériorité hiérarchique, d'une matière considérée. Inversement, soulignons que la loi peut également élargir la compétence originaire du règlement dans une matière considérée.

³ Il convient ici de distinguer les réserves de loi avec une distribution horizontale qui implique l'intervention générale de la loi et la restriction du règlement à sa fonction de mise en oeuvre des lois et les réserves de loi avec une distribution verticale dans laquelle la loi se limite à définir les aspects basiques d'une question laissant une plus grande marge de manoeuvre au règlement (F. VALDÉS DAL-RÉ, « El lugar del reglamento en el ordenamiento laboral », *RL*, 1990-II, p. 35).

⁴ Aux termes de l'article 53.1, seule la loi pourra réguler le droit à la négociation collective reconnu à l'article 37.1 CE.

⁵ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 38. Dans ce sens, soulignons que la réserve de loi en matière de droit du travail n'est pas absolue puisqu'il a été admis que, par habilitation légale expresse, le règlement ou la convention collective pouvait intervenir et aborder des aspects normatifs secondaires (STC 5/1985 du 13 fév. 1985).

⁶ J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 1993, p. 9; J. LAHERA FORTEZA, op. cit., p. 163 s.

Nous pouvons citer plusieurs dispositions statutaires qui doivent être complétées par l'action du gouvernement (art. 8.5 ET relatif à la fixation par voie réglementaire des conditions et du délai dans lesquels l'employeur doit informer le salarié des conditions de travail non-stipulées dans son contrat de travail; art. 27.1 ET renvoyant au gouvernement la fonction de fixer le salaire minimum interprofessionnel; art. 33.5 ET aux termes duquel il revient au gouvernement de fixer les types de cotisations du fond de garantie salariale. Avec quelques nuances, art. 37.2, ET permettant au gouvernement de déplacer un jour férié national à lundi.

⁷ La norme réglementaire ne peut pas contredire le contenu de la disposition légale ni établir des conditions plus favorables qui seront considérées comme distinctes (J. LAHERA FORTEZA, op. cit., p. 190).

499. Avant d'aborder le droit français, il convient de formuler une dernière remarque relative au pouvoir normatif attribué aux CCAA en matière en matière *d'exécution de la législation du travail*¹. Cette fonction peut a priori rentrer en conflit avec la fonction traditionnelle du règlement. C'est la raison pour laquelle le Tribunal Constitutionnel est venu préciser que « *le terme de législation du travail inclut également les règlements traditionnellement appelés d'exécution* » puisque dans le cas contraire, « *serait frustrée la finalité du précepte constitutionnel de maintenir une uniformité dans l'aménagement juridique de la matière* »². Le champ d'action de ces normes d'exécution adoptées par les CC.AA est donc réduit³ conformément à l'objectif de maintenir l'unité normative et le caractère uniforme des règles applicables aux relations de travail⁴.

b) Le domaine théoriquement étendu du règlement en France

500. La Constitution française de 1958 présente la particularité de ne pas faire référence au principe de hiérarchie des normes afin d'articuler la loi et le règlement mais de procéder à une répartition des compétences normatives à travers de laquelle « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* »⁵. Aux termes de l'article 34 CF, il revient à la loi de définir les principes fondamentaux de plusieurs matières. Il ressort de ces dispositions que deux modèles de règlement sont envisagés : les règlements d'application des lois qui, conformément à la fonction classique du règlement, sont par nature subordonnés à la loi et les règlements autonomes soumis quant à eux à la Constitution et aux traités

¹ L'article 149.1 CE dispose que « *L'Etat a la compétence exclusive sur les matières suivantes : 7°) Législation du travail, sans préjudice de leur exécution par les organes des CC.AA* ». Pour approfondir cette question, voir M.M. ZORRILLA RUIZ, « *Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación laboral* », *RT*, 1982, n° 67-68, p. 169; M. ALONSO OLEA, « *Las Comunidades Autónomas y las fuentes del derecho del trabajo* », *DL*, 1983, n° 2; J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p 29.

² STC 18/1982 du 4 mai et STC 35/1982 du 14 juin.

³ Notons toutefois que le Tribunal Constitutionnel a estimé que l'acte d'*extensión* (élargissement) ne doit pas être considéré comme un acte de législation au sens de l'article 149.1.7 CE mais d'exécution étant, par conséquent de la compétence des CC.AA (STC 86/1991). Dans le même sens, l'établissement de garanties des services essentiels lors d'une grève] est également une compétence des CC.AA (STC 33 /1981). Sur cet acte, voir supra, n° 87.

⁴ Comme l'a écrit le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, « *le monopole normatif étatique vise à assurer une discipline professionnelle unitaire évitant des fractures et des divergences dans les régulations du travail entre les diverses Communautés Autonomes* » (« *Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional* », *RL*, 2004-I, p. 68).

⁵ Art. 37 CF. Pour approfondir, voir X. PRETOT, loc. cit., 1998, p. 154.

internationaux¹. Il demeure toutefois que l'existence d'un domaine autonome ne remet pas en cause la subordination du règlement à la loi. Les dispositions réglementaires doivent ainsi être adoptées dans le respect des lois².

En matière de négociation collective et de détermination des conditions de travail, il ressort de l'article 34 CF que « *la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* »³. Le règlement ne peut donc agir sur les principes fondamentaux du droit du travail. Dans ce sens, sur le fondement de l'article 34 CF, le Conseil d'Etat a décidé que « *le pouvoir réglementaire ne peut, sauf habilitation législative expresse, prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables aux travailleurs que les dispositions qu'il a lui-même édictées* »⁴. En effet, la possibilité pour la convention collective de déroger aux normes étatiques dans un sens qui n'est pas favorable aux salariés, contredit le principe de faveur et doit donc être expressément prévue par la loi. Dans ce cadre, le règlement reste essentiellement limité à une fonction de mise en œuvre des principes basiques établis par la loi. L'interprétation extensive du domaine de la loi réalisée par les juges a, par ailleurs, abouti à un corps législatif abondant et parfois exhaustif⁵.

501. En guise de conclusion, deux éléments doivent être retenus. D'une part, la loi est supérieure au règlement et peut donc définir le domaine de son intervention. D'autre part, il revient, dans les deux pays, à la loi de définir les principes fondamentaux du droit à la négociation collective ou de réguler son exercice.

2. L'option légale de privilégier la convention au détriment du règlement

502. Les sources de droit applicables aux relations de travail comptent parmi elles, nous l'avons plusieurs fois répété, la convention collective de travail qui constitue un instrument spécifique et original qui vient perturber la relation classique entre la loi et le règlement. Etant supérieure hiérarchiquement, la loi dispose, dans les faits, d'une marge de manœuvre importante pour fixer le domaine d'application du règlement. La prise en compte légale de la convention collective s'est alors effectuée au détriment du

¹ Pour approfondir, R. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 14^e ed., Monchrestien, 2000, p. 646.

² R. CHAPUS, op. cit., 2000, p. 75.

³ Voir supra, n° 30.

⁴ Cons. Etat, 8 juill. 1994, déjà cité.

⁵ X. PRETOT, loc. cit., 1998, p. 156. R. CHAPUS, op. cit., 2000, p. 65.

règlement qui se voit déplacé dans ses fonctions classiques et traditionnelles par la convention collective. Nous verrons cependant que c'est en droit espagnol que cette considération prend toute son ampleur.

a) La convention comme instrument de mise en œuvre de la loi au niveau sectoriel en Espagne

503. La répartition entre la loi et la convention collective a conduit à convertir la norme conventionnelle en instrument par excellence de fixation des conditions de travail au niveau sectoriel. L'attribution de cette fonction centrale s'est alors effectuée au détriment du pouvoir réglementaire qui se chargeait, antérieurement à la réforme de 1994, d'encadrer les relations professionnelles par secteur et d'y développer les préceptes légaux¹. La doctrine espagnole souligne à cet égard que « *la convention collective va se convertir en la norme préférentielle dans le second échelon- le premier appartenant logiquement à la loi- de régulation des conditions de travail* »². Dans ce cadre, il est possible d'affirmer qu'il n'existe pas en principe de règlement sectoriel en droit espagnol³.

La préférence légale pour la convention collective s'illustre également par le recours à la procédure d'élargissement⁴. Etablie à l'article 92.2 ET, elle permet au Ministre du travail ou aux organes correspondant des CCAA d'« *étendre les dispositions d'une convention collective en vigueur à une pluralité d'entreprises et de travailleurs ou à un secteur ou sous secteur d'activité* ». Le recours à cette technique reste limité en droit espagnol, étant conditionné à « *l'impossibilité de souscrire dans le cadre correspondant une convention collective* » en raison de « *l'absence de parties légitimes pour cela* »⁵. Ce cadre restrictif et la reconnaissance d'un effet général à la convention collective expliquent pourquoi cette procédure reste peu utilisée en

¹ Au travers du processus d'abrogation et substitution des Réglementations et Ordonnances du Travail (voir infra, n° 507). M. RODRÍGUEZ-PINERO et S. GONZÁLEZ ORTEGA, « Derecho legal y tutela colectiva en la ley 11/1994 », in *Estudios en homenaje a M. Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 31; M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva », in *Las reformas de 1994 y 1997*, Coord. E. ROJO TORRECILLA, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 186).

² J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 1993, p. 9.

³ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 161. Nous verrons toutefois que certaines hypothèses permettent au règlement d'intervenir dans des secteurs déterminés (voir infra, n° 508).

⁴ Attention au faux-ami, en espagnol « *extensión* ».

⁵ D.A 7° ET. La procédure d'extension a été réformée par le RD 718/2005 du 20 juin. Originellement la procédure d'extension pouvait être engagée lorsqu'étaient réunies dans le cadre affecté des circonstances sociales et économiques d'importance notable.

Espagne¹. Dans tous les cas, cette procédure démontre comment la loi opte pour l'application de normes conventionnelles quand bien même l'intervention du règlement pourrait permettre la fixation de conditions de travail spécifiques et se justifierait par l'absence et l'impossibilité de conclure une convention collective dans le cadre considéré².

504. Au regard de l'ensemble des remarques jusqu'ici exprimées, le caractère impératif du règlement pourrait être mis en doute. Des arrêts du Tribunal Suprême se sont prononcés dans ce sens, estimant que la soumission des conventions collectives aux dispositions réglementaires supposait une altération inacceptable « *de l'ordre de préférence des normes applicables, le règlement étant une norme secondaire par rapport à la convention collective* »³. D'autres, au contraire, ont clairement reconnu le caractère impératif d'un règlement sur la convention collective et ont conclu à son application⁴. Enfin, certains arrêts ont refusé d'admettre une relation hiérarchique entre la norme réglementaire et la norme conventionnelle, estimant que leur relation était plus « *complexe* »⁵. Cette dernière formulation semble la plus réaliste. En effet, c'est au cas par cas, selon la configuration qui lui a été attribué par les dispositions légales qu'il est possible d'apprécier la nature impérative d'un règlement. Comme l'a écrit le Professeur VALDÉS, « *le caractère impératif ou dispositif du règlement dépend du mode d'énonciation du mandat normatif ce qui ne permet pas d'invoquer des priorités prétendues de la convention collective dans l'ordre de préférence des sources puisque les relations entre la norme collective et la norme réglementaire ne se résolvent pas en*

¹ Sur la procédure d'extension espagnole, voir M. PÉREZ PÉREZ, loc. cit., *TL*, 2000, p. 71.

² Comme en France, nous estimons qu'il s'agit d'un acte administratif et que la convention collective conserve sa nature contractuelle. Dans ce sens, J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 167. Pour approfondir, voir F.A. VALLE MUÑOZ, op. cit., p. 44.

³ STS du 31 janv. 1990, voir F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., *RL*, 1990-II, p. 35.

⁴ STS du 9 mars 1992, Ar/1629 relatif au règlement qui fixe annuellement le salaire minimum interprofessionnel et à son caractère indérogeable.

⁵ Voir par exemple, STS du 12 juin 1991, Ar/6239 et STS du 8 juill. 1991, Ar/5874, STS du 24 janv. 1992, Ar/69, STS du 29 avril 1993, Ar/3381 relatives à des litiges sur l'application d'un complément salarial d'ancienneté prévu dans une convention et dans un décret. Les juges recoururent ici l'article 3.3 ET et appliquèrent la norme conventionnelle globalement plus favorable. Le cadre sectoriel du litige (personnel civil du Ministère de la Défense) constituait également une spécificité du litige (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 29).

Cette complexité résulte comme le souligne le Professeur GARCÍA MURCIA du fait que la convention et le règlement sont « *deux sources de régulation qui possèdent certaines caractéristiques communes puisque toutes deux sont consacrées dans le texte constitutionnel et que toutes deux occupent une position subordonnée à la loi dans la hiérarchie des sources* » (loc. cit., 1993, p. 9).

accord avec ce binôme mais avec un autre plus complexe formé par le bloc de légalité du travail d'un côté (art. 3.1.a) ET) et par la convention collective de l'autre »¹.

b) La convention comme norme de mise en œuvre des lois en France

505. Il convient tout d'abord de souligner que, malgré l'étendue de l'intervention législative, la dualité des règlements, d'exécution des lois ou autonomes, produit un ensemble de dispositions d'ordre réglementaire non-négligeable, comme en atteste le code du travail.

L'existence de la convention collective a toutefois abouti à une nouvelle limitation de l'intervention réglementaire. En effet, le Conseil constitutionnel a énoncé qu'il est loisible au législateur, en application des dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946 et de l'article 34 de la Constitution, *« 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 »*². Cette décision, qui a permis de reconnaître la capacité normative des organisations professionnelles³, *« habilite le législateur à faire échec à la compétence propre du pouvoir réglementaire en renvoyant directement à la négociation collective le soin de fixer les mesures nécessaires pour l'application des principes fondamentaux du droit du travail édictés par la loi »*⁴. Le règlement qui vient se substituer à la convention collective dans des domaines où la loi avait confié aux interlocuteurs sociaux la détermination des modalités concrètes d'application de la loi, est alors déclaré illégal⁵.

Dans les domaines où peuvent coexister les règlements et la convention collective, la détermination de la disposition à appliquer se déroule selon le même procédé que celui analysé entre la loi et la convention collective. Dans la logique du principe de faveur, s'appliquent, lors de la création des règles, *« le principe général du droit du travail »* selon lequel *« les dispositions législatives ou réglementaires »*

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1990, p. 46. Dans le même sens, voir également M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 253. Selon cet auteur *« les conflits potentiels entre règlement et conventions collectives seront, en réalité, des conflits entre la loi et la convention et devront, pour cela, se rapporter au cadre des relations entre ces deux sources »*. (voir STS du 12 juin 1991, Ar/6239 et STS du 8 juill. 1991, Ar/5874, STS du 24 janv. 1992, Ar/69, STS du 29 avril 1993, Ar/3381).

² DC n° 89-257 du 25 juill. 1989 ; DC n° 2004-494 du 29 avril 2004.

³ Voir supra, n° 407.

⁴ X. PRÉTOT, loc. cit., 1998, p. 187.

⁵ Cons. Etat, 5 oct. 1998, voir P.Y VERKINDT, « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.*, 2006, p. 729.

constituent des normes minimales susceptibles d'amélioration par les conventions collectives conformément à l'OPS, et, au moment applicatif, le « *principe fondamental en droit du travail, selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* ». Il convient toutefois de prendre en compte la force obligatoire du règlement qui, comme pour la loi, ne peut être limitée à la seule impérativité relative.

B. L'application du règlement à défaut de convention collective

506. Il ressort des considérations antérieures que le règlement possède, en droit du travail, un domaine d'intervention relativement limité ou intimement lié à la volonté du pouvoir législatif. Ce dernier a alors pu prendre en considération l'existence de la convention collective au détriment du règlement. Nous estimons cependant qu'il ne s'agit pas d'une substitution totale du règlement par la convention collective puisque plusieurs éléments nous conduisent à penser ou constater que le règlement peut jouer un rôle supplétif à défaut de convention applicable.

1. Les hypothèses restrictives du droit espagnol

507. Le règlement représente encore, dans certaines hypothèses strictement définies par la loi, une source de fixation des conditions de travail qui peuvent être distinctes de la loi, et ce contrairement à la règle de principe de l'article 3.2 ET. Nous nous attacherons ici à deux hypothèses caractérisées par une même finalité, celle qui conduit le règlement à intervenir en cas de carence de la négociation collective¹.

Avant d'analyser ces deux hypothèses, il est intéressant de s'arrêter un instant sur une particularité historique du dispositif espagnol qui envisageait également la carence de la négociation collective. La dictature franquiste se caractérisait par un

¹ Une troisième hypothèse permet au règlement de s'écarter de la loi. Il ne s'agit pas ici de combler l'absence de régulation conventionnelle mais de prendre en compte les spécificités de certains secteurs, activités ou catégories de travailleurs en vue d'adapter certains aspects des dispositions légales (par exemple, art : 17.3 ET permettant au gouvernement d'adopter des mesures spécifiques favorisant l'emploi de catégories de travailleurs déterminés ; art. 34.7 ET permettant au gouvernement d'adopter des mesures particulières relatives au temps de travail dans des secteurs et pour des emplois qui le nécessitent ; art. 35.2 ET permettant au gouvernement de limiter le nombre d'heures supplémentaires maximum légalement fixé à tous les secteurs ou dans un secteur ou un cadre territorial donné ; art. 36.1 ET permettant au gouvernement d'adopter des limitations et des mesures supplémentaires encadrant le travail nocturne dans des activités ou pour des travailleurs déterminés (voir J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 164).

interventionnisme étatique très important qui se matérialisait par une multitude de Réglementations et d'Ordonnances du Travail (ROT) issues directement de l'Administration. Celles-ci affectaient l'ensemble des relations de travail et représentaient la source principale et quasi exclusive de détermination des conditions de travail¹. La Constitution et le Statut des Travailleurs ont fortement reconfiguré ce postulat historique². La transformation des rôles de la loi et de la négociation collective intervient dès 1977 par le Décret-loi 17/1977 du 4 mars de Relations de Travail qui prévoit dans ses articles 28 et 29 que les ROT s'appliqueront, jusqu'à leur abrogation ou substitution, uniquement à défaut de convention collective³. Ce processus d'abrogation et de substitution amorcé en 1994 a constitué un élément fondamental de la (ré)appropriation de la régulation des conditions de travail au niveau sectoriel par la négociation collective⁴. L'Accord Interconfédéral de Couverture des Vides normatifs (AICV) conclu le 28 avril 1997 culmine ce processus et « *inaugure dans le système espagnol [...] une pratique de négociation haut plus au niveau qui n'avait jusqu'à présent eu aucune manifestation* ». Celle-ci se réfère à « *l'emploi de cette modalité de négociation comme instrument de fixation des conditions de travail d'application directe à un groupe de travailleurs et d'employeurs définis [...]* »⁵.

¹ Durant la dictature franquiste, le règlement constituait l'instrument central de détermination des conditions de travail sectorielles, voir supra, n° 17.

² Le Professeur VALDÉS souligna le changement « *des centres d'intérêt dogmatique et pragmatique des règlements « du travail* » » (loc. cit., 1990, p. 35). Voir également T. SALA FRANCO, « Las ordenanzas laborales y el derecho del trabajo postconstitucional », *RL*, 1984, p. 9).

³ L'application subsidiaire de ces normes étatiques constitua la première manifestation de la reconnaissance de la négociation collective dans l'ordre juridique espagnol (M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1983, p. 50).

En cas de concurrence entre une convention collective et une réglementation de travail, c'est donc la convention qui recevra application indépendamment de son caractère plus ou moins favorable (voir STCT du 3 juin 1982, du 14 juin 1985 ou du 7 oct.1987. Sur cette dernière sentence, voir la controverse quant au fondement juridique permettant d'appliquer la norme conventionnelle, T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, « Sobre las relaciones entre reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos », *PJ*, n°10, 1988, p. 187).

⁴ Malgré ce dispositif de transition, l'immense majorité des ordonnances était restée en vigueur du fait de l'absence de régulation conventionnelle. La réforme intervenue en 1994 modifia la disposition transitoire 2° ET en prévoyant que ces ordonnances étaient, sauf accord cadre contraire, abrogées à la fin de cette même année (c'est-à-dire 6 mois après l'entrée en vigueur de la loi) ou après décision du Ministre de forme anticipée. Celui-ci pouvait également proroger jusqu' à la fin de l'année 1995 certaines ordonnances dans les secteurs qui présentaient des problèmes de couvertures (pour un panorama éclairant des conditions de ce processus, voir T. SALA FRANCO, « La suplencia o derogación de la reglamentaciones y ordenanzas del trabajo », in *Estudios en homenaje a M. Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 39).

⁵ F. VALDÉS DAL-RE, « El acuerdo de cobertura de vacíos », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 313. L'auteur souligne également que cet accord a mis en évidence les lacunes du système espagnol de négociation collective relatives à la représentativité patronale inexistante dans certains secteurs.

Abordons maintenant les deux hypothèses antérieurement envisagées.

508. En premier lieu, la loi peut renvoyer directement au pouvoir réglementaire la compétence d'encadrer les relations de travail dans des activités déterminées qui présentent des particularités appelant un traitement spécifique¹. Citons par exemple l'ancienne seconde disposition additionnelle du statut des travailleurs de 1980 qui renvoyait au gouvernement la détermination d'une réglementation spécifique relative aux relations spéciales de travail². Ces relations spéciales de travail envisagées à l'article 2.c ET font l'objet d'une régulation réglementaire en raison, notamment, des difficultés pour parvenir à la conclusion d'une convention collective³. Dans tous les cas, il est possible d'affirmer qu'il ne s'agit pas de réglementation sectorielle puisque ce sont les conditions de la relation de travail qui sont prises en compte et non un secteur d'activité déterminé⁴.

509. En second lieu, la disposition additionnelle 7 ET (DA 7 ET) prévoit que, dans certains secteurs d'activité, la régulation des conditions de travail « *pourra être réalisée par le Gouvernement* ». Cette hypothèse est toutefois prévue dans une situation bien déterminée et doit suivre une procédure spéciale. En ce qui concerne les hypothèses dans lesquelles le Gouvernement peut intervenir, le statut des travailleurs

¹ Un secteur doctrinal critiqua ce mécanisme estimant que s'agissant de relations de travail, quand bien même de caractère spécial, il était contraire à la Constitution en vertu de la réserve matérielle de loi en matière de relations de travail (art. 35 CE). Voir J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 1993, p. 9. Se prononçant clairement sur la conformité des relations spéciales de travail à la Constitution, voir A. MONTOYA MELGAR, « Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador », *REDT*, 2002, n° 109, p. 7. Le Tribunal Constitutionnel valide cette technique (STC du 1 juin 1983 et STC 26/1984 du 24 fév. qui parlent de délégalisation). Le Tribunal Suprême estima également ce mécanisme conforme au principe de légalité (STS du 25 juin 1985, Ar/3542).

² Également utilisée dans la septième disposition finale de l'ET pour le personnel civil non fonctionnaires des établissements militaires et dans la première disposition additionnelle de la loi 32/1984 relative aux arrimeurs portuaires. La loi sur les mines renvoyait par ailleurs au Gouvernement la mission d'élaborer un Statut du mineur (J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 164).

³ Dans sa nouvelle rédaction, cet article renvoie à l'article 2 ET tel que rédigé suite à la réforme de 1995. Celui-ci livre une liste non-exhaustive parmi laquelle on trouve, par exemple, les sportifs professionnels dont le cadre est prévu par le RD 1006/1985, les employés de maison (RD 1424/1985) ou les artistes (RD 1435/1985). Pour approfondir, voir *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL, Madrid, Iustel, 2010, p. 78; M. CARDENAL CARRO, « A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta », *AS*, 2000, n° 9 et 10; A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 2002, p. 7; M^a.T. IGARTUA MIRÓ, *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, Laborum, 2003.

En France, la septième partie du Code du travail regroupe les différentes lois et règlements prévoyant des « *dispositions particulières à certaines professions et activités* », comme, à titre d'exemple, les professions du spectacle ou les employés de maison.

⁴ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 165. L'auteur affirme qu'ici le règlement supplée la loi, incapable de prendre en compte ces relations, et ne porte pas atteinte à la convention collective. Celle-ci s'articulera avec le règlement dans les mêmes conditions qu'elle le ferait avec une loi.

exige l'absence de convention collective applicable dans le secteur en question¹. Qualifié d'« *ordonnance de nécessité* »², cette technique n'intervient donc que pour suppléer l'absence de négociation collective en matière de régulations sectorielles des conditions de travail. Si une convention est conclue dans le champ correspondant à la réglementation sectorielle, celle-ci disparaîtra permettant alors à la convention d'être uniquement applicable. En ce qui concerne la procédure, celle-ci a pour origine une proposition du Ministère du travail. Par la suite, préalablement à l'adoption des réglementations, le Gouvernement pourra réaliser les consultations « *qu'il considère opportunes* » auprès des associations patronales et des organisations syndicales. Dans tous les cas, cette procédure interviendra comme ultime recours³. La D.A 7 ET précise, en effet, que les mécanismes de l'« *extensión* » ou élargissement et de l'adhésion prévues à l'article 92 ET constituent « *la procédure prioritaire* »⁴.

2. Le rôle du règlement dans la loi de 2008 en matière de temps de travail en France

510. L'utilisation du règlement à défaut de convention collective applicable est une pratique peu répandue en France. Il est toutefois intéressant de souligner le rôle du règlement en matière de réglementation du temps de travail. L'article L. 3121-11 CT issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relatif au contingent annuel d'heures supplémentaires prévoit en effet que ce contingent fixé par voie réglementaire est appliqué « *à défaut d'accord collectif* ». Le dispositif réglementaire en matière de contingent d'heures supplémentaires et de répartition du travail sur une période supérieure à la semaine, s'applique donc en cas de défaut de dispositif conventionnel et revêt un caractère supplétif⁵. Dans ce cadre, il n'y a pas de concours et d'application simultanée des deux normes. Ou s'applique la disposition conventionnelle si elle existe

¹ Cette exigence est appréciée restrictivement puisqu'il est considéré que les difficultés temporaires ou conjoncturelles ne justifient pas l'approbation de la réglementation. L'absence de convention s'explique généralement par l'absence de négociateurs légitimes.

² Selon l'expression proposée par E. BORRAJO DACRUZ. Le Professeur GARCÍA MURCIA nuance cependant l'opportunité de cette qualification (loc. cit., 1993, p. 9).

³ J. GARCÍA MURCIA, *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Madrid, Civitas, 2001, p. 239

⁴ Sur cette procédure, voir supra, n° 87.

⁵ La doctrine a souligné que cette norme réglementaire est, en réalité, largement appliquée (F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 256).

ou s'applique le règlement et ce, indépendamment de toute référence au principe de l'application du plus favorable aux salariés.

Conclusion § 2

511. L'analyse des relations entre la convention collective et le règlement au moment applicatif a tout d'abord conduit à prendre en compte la place du règlement dans la hiérarchie des normes. Cela nous a permis de souligner que le règlement est soumis hiérarchiquement à la loi qui en configure largement le champ d'action. Dans ce domaine, il est intéressant de noter qu'en Espagne, conformément au régime politique parlementaire et en réaction à la dictature franquiste, le règlement possède un domaine d'action limité par rapport au droit français dans lequel l'exécutif occupe une place privilégiée.

L'existence de la convention collective bouleverse la donne initiale et appelle à déterminer sa place par rapport au règlement. Incontestablement, la faculté pour la loi de renvoyer la détermination des conditions de sa mise en œuvre à la convention collective, aboutit à réduire la marge d'action du règlement. Deux aspects conduisent cependant à relativiser la portée de cette atteinte. D'une part, la loi conserve la faculté de renvoyer au règlement la détermination de sa mise en œuvre. Certes, en droit espagnol, les limitations du règlement sont plus importantes et la marge de liberté de la loi plus réduite en raison de la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie collective. Il demeure toutefois que le règlement peut continuer de jouer sa fonction classique bien qu'intrinsèquement limitée, de mise en œuvre ou de complément à la loi.

D'autre part, le règlement peut remplir un rôle intéressant, conforme à la finalité protectrice du droit du travail et respectueux du droit à la négociation collective. En effet, considérant que les spécificités de certaines conditions de travail, activités, catégories de salariés et mêmes secteurs doivent être prises en compte, l'absence de convention collective peut justifier l'intervention du règlement. Le règlement apparaît alors comme supplétif par rapport à la convention collective. Dans les deux pays, force est toutefois de constater que l'efficacité générale de la convention devrait permettre une intervention ponctuelle ou résiduelle du règlement.

Quoi qu'il en soit, l'articulation de la convention collective et du règlement au moment applicatif conduit, de manière similaire à la loi, à prendre en compte la force obligatoire du règlement qui peut s'avérer impératif si tel en est la volonté de la loi.

Dans cette hypothèse peut alors intervenir le principe de faveur. Néanmoins, l'articulation entre la convention collective et le règlement apparaît plus complexe et intègre une dimension fonctionnelle qui dépasse la seule perspective hiérarchique.

CONCLUSION CHAPITRE I

512. L'articulation des normes hétéronomes et des conventions collectives représente une question complexe dont le traitement ne peut se restreindre au seul moment applicatif.

Au niveau communautaire, la spécificité du principe de subsidiarité sociale conduit essentiellement à une relation de complémentarité dans laquelle la détermination de la norme applicable met à l'écart le mécanisme de l'application du plus favorable aux salariés. Lorsque le droit communautaire s'applique directement, sans transposition, il est loisible aux interlocuteurs sociaux d'améliorer ces dispositions. Néanmoins, là encore le principe de subsidiarité et les compétences communautaires tendent à marginaliser cette hypothèse et donc à restreindre la portée du mécanisme du plus favorable.

L'articulation des conventions collectives et des normes étatiques a permis de mettre en exergue l'existence, dans les deux pays, d'un mécanisme de détermination de la norme applicable original et propre au droit du travail. Il s'agit d'apprécier la norme la plus favorable indépendamment de son rang hiérarchique. Outre les difficultés pratiques pour apprécier le caractère plus favorable, la généralité de ce mécanisme doit être envisagée en prenant en compte les conditions d'élaboration des normes susceptibles de s'appliquer. Dès lors, une corrélation entre l'impérativité relative des lois et l'application du mécanisme du plus favorable a été établie. On se retrouve en définitive devant une manifestation du dénommé principe de faveur qui joue au moment applicatif et qui complète l'OPS et les minimums de droit nécessaire mis en œuvre au moment créatif. Dans ce cadre, on décèle dans les deux droits, une tendance claire. Parallèlement à la réduction de l'impérativité relative de la loi et à l'essor correspondant de la négociation collective au moment créatif, on constate une réduction des hypothèses dans lesquelles la norme est appliquée en raison de son caractère plus favorable pour les salariés.

Les relations entre le règlement et les conventions collectives présentent certaines spécificités. Afin de les apprécier, il convient de partir du rôle de la loi en la

matière. Sur ce point, conformément à la portée de la reconnaissance de l'autonomie collective, le droit espagnol restreint le rôle du règlement. Dans les hypothèses où la convention et le règlement sont susceptibles de s'appliquer, le mécanisme de l'application du plus favorable jouera dans un cadre similaire à celui de loi et de la convention collective, et dépendra, par conséquent, de l'impérativité du règlement établie par la loi.

513. En définitive, le domaine d'intervention du mécanisme de l'application du plus favorable est théoriquement restreint. Autre chose est, dans la pratique, la politique légale en la matière qui peut aboutir à généraliser ce mécanisme parallèlement à la généralisation de l'impérativité relative des lois et règlements. Force est alors de constater qu'il ne s'agit pas de la tendance actuelle et vraisemblablement future des politiques légales française et espagnole.

Dans tous les cas, la mise à l'écart du mécanisme de l'application du plus favorable permet ici à la négociation collective de se déployer sans restriction. Les propos qui suivent, relatifs à l'articulation entre le contrat de travail individuel et la convention collective, démontreront, au contraire, que la mise à l'écart du mécanisme de l'application de la disposition plus favorable s'effectue cette fois au détriment de la négociation collective.

CHAPITRE II : L'ARTICULATION ENTRE LA CONVENTION COLLECTIVE ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

514. Nous avons abordé jusqu' alors les fonctions et les interactions classiques entre l'autonomie et l'hétéronomie en centrant nos propos sur la loi et la convention collective. Une autre source applicable aux relations de travail intégré dans l'ordre juridique du droit du travail doit bien évidemment être prise en compte : le contrat de travail. Il importe donc de s'intéresser à l'autonomie individuelle et à sa manifestation principale, le contrat de travail, spécialement quant à son articulation avec la convention collective¹.

515. La doctrine distingue trois fonctions différentes remplies par le contrat individuel de travail² : la fonction constitutive, la fonction applicative et la fonction régulatrice.

La fonction constitutive du contrat de travail implique que, parallèlement à sa dimension contractuelle³, ce dernier ouvre au salarié le bénéfice de certains droits d'origine extracontractuelle applicables à la relation de travail⁴. En effet, la conclusion du contrat de travail est le point de départ, l'élément déclencheur de la mise en place d'un régime juridique prédéterminé, celui de travailleur salarié⁵. Ces « polyvalences » du contrat de travail⁶ expliquent alors l'interaction entre l'autonomie collective et l'autonomie individuelle. Cette fonction constitutive du contrat de travail reste

¹ Reprenant les propos du Professeur JEAMMAUD, l'analyse de la place du salarié individuel dans chaque système s'effectue par la prise en considération de trois aspects « 1) les possibilités d'aménager spécifiquement la condition de chaque salarié par rapport à celle de ses collègues ou aux normes légales et conventionnelles ; 2) les facultés offertes à l'employeur de traiter singulièrement chacun de ses salariés ou de traiter directement avec lui ; 3) les prérogatives dont le salarié est personnellement titulaire ou les moyens qui lui sont reconnus de faire personnellement valoir ses intérêts et points de vue » (« La place du salarié individu dans le droit français du travail », in *Le Droit collectif du Travail, études en Hommage Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 349).

² Voir A. BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, CES, 1995.

³ Le contrat de travail constitue l'acte juridique qui donne vie à la relation de travail entre le travailleur et l'employeur (E. BORRAJO DACRUZ, « Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas », *AL*, 1993-I, p. 51).

⁴ A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 300, 308.

⁵ Considérant que ce statut entraîne une régulation exhaustive de la relation de travail, le contrat de travail peut alors être considéré comme un contrat *normé* (le Professeur BORRAJO DACRUZ parle de contrat « *normado* » (loc. cit., 1993, p. 51). Le champ du contrat de travail apparaît, par conséquent « *borné* » par diverses règles extracontractuelles, notamment issues des conventions collectives, qui sont applicables à la relation de travail (A. JEAMMAUD, loc. cit., 1989, p. 307).

⁶ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1989, p. 300.

inamovible traduisant la situation juridique consubstantielle au droit du travail et se retrouve, par conséquent, dans les deux droits.

La fonction applicative du contrat de travail vise à garantir que l'acquisition du droit soit effective et que le salarié puisse en faire exercice¹. Elle n'a pas été développée dans les mêmes termes en France et en Espagne. Le dispositif légal espagnol a prêté une attention particulière à garantir l'application de ce statut au salarié qui ne pourra pas librement en « *disposer* ». En France, les juges sont intervenus afin de combler le silence de la loi en la matière. Il apparaît toutefois que, dans les deux droits, les facultés de renonciation sont strictement admises. Il conviendra de revenir sur ce point en abordant la question plus générale de la disponibilité des droits conventionnels.

516. La fonction régulatrice du contrat de travail² pose le plus de difficultés et demeure le point d'interaction problématique entre l'autonomie individuelle et l'autonomie collective³.

En effet, il semble possible au premier regard d'affirmer que, dans les deux droits, la supériorité hiérarchique de la convention collective affecte profondément cette fonction régulatrice. La détermination des conditions de travail et d'emploi est, dans ce sens, la fonction centrale des conventions collectives. Conformément au principe de faveur et à la finalité protectrice du droit du travail, le contrat de travail peut toutefois améliorer les dispositions conventionnelles et ainsi s'appliquer. Sur ce point, nous verrons par la suite que les deux droits présentent des divergences quant à la traduction juridique de cette règle qui s'inscrit dans la logique du principe de faveur.

Les relations entre l'autonomie individuelle et l'autonomie collective sont néanmoins plus complexes qu'il n'y paraît. En effet, plusieurs brèches peuvent être identifiées. Elles aboutissent toutes à la mise à l'écart de cette règle qui ne détermine plus quelle disposition sera appliquée.

¹ A. BLASCO PELLICER, *op. cit.*, p. 283

² Qui se réfère à la capacité du contrat de régir la relation de travail et d'y établir des droits et obligations.

³ Quant à ses relations avec la loi, reprenant les propos du Professeur RAMÍREZ, elles se posent « *dans des termes traditionnels : le contrat peut améliorer les minimums légaux, sans pouvoir améliorer les maximums ni modifier le droit absolument nécessaire ou impératif* » (« *Autonomía individual y sistema de fuentes* », in *Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ed. Quórum y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2002, p. 68).

SECTION I: La fonction régulatrice guidée par le principe de faveur

517. En Espagne, l'article 3.1.c) ET dresse la liste des sources applicables aux relations de travail et prévoit que la relation de travail est régulée, entre autres, « *par la volonté des parties, manifestée dans le contrat de travail, étant son objet licite et sans que, dans aucun cas, puissent s'établir au préjudice du travailleur, des conditions moins favorables ou contraires aux dispositions légales et des conventions collectives* »¹. En France, aucune disposition comparable ne peut être relevée. Cependant, comme l'a affirmé la doctrine, le contrat crée des obligations contractuelles entre les parties². Dans ce sens, « *tout contrat détermine en partie les conditions d'emploi et de travail du salarié à travers les obligations qu'il fait naître (contenu obligationnel) et les modalités d'exécution des ces obligations (champ contractuel)* »³.

La reconnaissance de cette fonction régulatrice pose alors la question de savoir par quels mécanismes, les dispositions conventionnelles et contractuelles vont être articulées.

Le point de départ de l'analyse est constitué par la proclamation de la supériorité hiérarchique de la convention collective par rapport au contrat individuel de travail auquel elle s'applique de manière impérative⁴. Ce cadre permet alors d'opérer un rapprochement avec les propos antérieurs relatifs aux relations entre la loi et la convention. En effet, conformément à la finalité historique et originaire du droit du travail, il semble logique de voir réapparaître le principe de faveur comme élément régulateur des relations entre le contrat et la convention.

¹ Cet article procède ainsi à l'intégration de la volonté des parties parmi les sources de la relation de travail et « *reconnaît la fonction régulatrice de l'autonomie individuelle* » (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « *Autonomía colectiva y autonomía individual (en torno a la STC 225/2001 de 26 noviembre)* », in *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid, La Ley, 2003, p. 230).

² A. JEAMMAUD, loc. cit., 1989, p. 300.

³ A. JEAMMAUD, M. Le FRIANT et A. LYON-CAEN, loc. cit., 1998, p. 359.

⁴ Comme le rappelle le Professeur ESCRIBANO, « *dans toute analyse relative à la relation entre autonomie individuelle et autonomie collective il faut partir d'une donnée basique : la relation hiérarchique de la convention collective, comme source normative de l'ordre juridique du travail par rapport au contrat de travail, source d'obligations* » (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, Madrid, CES, 2000, p. 81).

§ 1: La supériorité hiérarchique de la convention

518. Il conviendra ici de rappeler tout d'abord les cadres constitutionnels et légaux qui se réfèrent à l'application impérative et automatique de la convention collective aux relations individuelles de travail. Plusieurs éléments de réponse ont déjà été abordés¹. Nous insisterons ici sur les divergences entre les deux droits quant au cadre d'appréciation de cette supériorité.

Par la suite, nous porterons notre attention sur une manifestation spécifique de cette application au travers de l'analyse des facultés de disposer des normes conventionnelles offertes à l'autonomie individuelle. Il s'agira alors de s'attacher à la fonction applicative du contrat de travail et de souligner que les deux droits visent à garantir aux salariés l'application des normes conventionnelles.

A. La reconnaissance de l'effet impératif et automatique

519. L'application impérative de la convention sur le contrat de travail renvoie en réalité à l'efficacité réelle de la convention collective. Des propos antérieurs ont permis de souligner que cette efficacité est consubstantielle à la convention collective.

Dés lors, force est de constater que les fondements de l'application impérative de la convention divergent dans les dispositifs français et espagnol. Une proposition formulée antérieurement semble toutefois offrir un cadre de rapprochement et permet d'élever dans les deux droits les discussions au niveau constitutionnel.

1. La dimension constitutionnelle en Espagne

520. Sur le plan législatif, la reconnaissance de l'application automatique et impérative de la convention collective aux contrats de travail est opérée par l'article 82.3 ET qui prévoit que « *les conventions collectives régulées par cette loi obligent tous les employeurs et travailleurs inclus dans son champ d'application et durant tout le temps de sa vigueur* ». La jurisprudence a également clairement affirmé le caractère impératif de la convention². L'impérativité se réalise alors au travers de la substitution

¹ Voir supra, n° 62 s.

² STS du 17 juill. 1986, Ar/4179.

immédiate¹ et provisoire par les clauses conventionnelles des clauses contraires du contrat de travail².

L'originalité du dispositif espagnol réside alors dans le traitement de cette question au niveau constitutionnel³. L'intervention de la jurisprudence constitutionnelle en la matière est la conséquence de l'intégration du droit à la négociation collective dans le contenu essentiel de liberté syndicale.

Malgré le vif débat qui perdure en droit espagnol, il est possible d'admettre que la proclamation à l'article 37.1 CE de « *la force contraignante* » de la convention collective, implique que soit garantie la soumission du contrat de travail à la convention collective⁴. Les propos qui suivent visent à souligner que la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel avalise une telle interprétation.

Les juges constitutionnels se sont prononcés sur les relations entre l'autonomie collective et l'autonomie individuelle dans deux directions. Ils ont rappelé, d'une part, que la convention collective ne pouvait être écartée par des dispositions du contrat de travail et d'autre part, que le recours à l'autonomie individuelle ne peut porter atteinte au droit à la négociation collective⁵. On adopte dans ce dernier cas une dimension matérielle des sources du droit.

La primauté de la norme conventionnelle sur la disposition contractuelle est clairement affirmée dans deux décisions fondamentales du TC. Il ressort tout d'abord de la décision 58/1985 du 30 avril 1985 que « *ne peut être niée la capacité d'incidence de la convention sur le terrain des droits individuels puisque cela équivaudrait à nier toute virtualité à la négociation collective, contraire à la précision constitutionnelle qui la configure comme un instrument essentiel pour l'aménagement des relations de travail* »⁶. Dans la deuxième décision prononcée en 1992 et considérée comme « *un autre grand pilier de la doctrine constitutionnelle dans cette matière* »⁷, le TC rappelle

¹ C'est-à-dire son effet automatique.

² Voir également STS du 24 janv. 1992, u.d., Ar/69 et STS du 26 juill. 1995, Ar/6722.

³ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 72.

⁴ Voir supra, n° 69 s.

⁵ On peut ainsi distinguer les atteintes à la convention collective en vigueur et les atteintes au droit à la négociation collective (STC 225/2002 et J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 244).

⁶ Déjà citée, voir supra, n° 76. Dans cette affaire, il s'agissait de clauses conventionnelles de mise automatique à la retraite (« retraite forcée »). Voir les commentaires de I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « Nota a la STCo 58/85 de 30 de abril », *RL*, 1985-II, p. 480; F. DURÁN LÓPEZ, *Jurisprudencia constitucional y derecho del trabajo*, Madrid, MTSS, 1992, p. 208. Sur les clauses de conventionnelle de mise à la retraite en droit positif, voir infra, n° 555.

⁷ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 78.

que « le système de négociation collective [...] présuppose, par essence et dans son concept, la supériorité de la volonté collective sur la volonté individuelle » et que « la supériorité de l'autonomie de la volonté individuelle des travailleurs sur l'autonomie collective énoncée dans la convention [...] mettrait fin au système de négociation collective configuré par le législateur dont la virtualité est déterminée par la force obligatoire des conventions constitutionnellement prévue à l'article 37.1 CE »¹.

521. Une pratique patronale a conduit le TC à aborder directement les atteintes portées par l'autonomie individuelle au droit de la négociation collective. Le recours à la pratique des « *contrats en masse* » a en effet permis aux juges de garantir que l'usage de l'autonomie individuelle ne soit pas une voie permettant d'éviter une procédure de négociation collective et par conséquent l'intervention des représentants des travailleurs.

L'appréciation de l'ensemble de la jurisprudence s'avère cependant complexe².

Dans un premier temps, le Tribunal Constitutionnel considéra en 1988 que la conclusion de pactes individuels établissant des conditions différentes mais plus favorables que les dispositions de la convention applicable, était valide³. Le Tribunal estima d'une part, que l'autonomie individuelle ne portait pas atteinte à la liberté syndicale ne modifiant pas la convention collective qui restait applicable aux autres salariés. D'autre part, il considéra que ces pactes respectaient les minimums conventionnels prévoyant une régulation plus favorable.

Un revirement de jurisprudence est amorcé par la STC 105/1992 du 1^{er} juillet. Dans cette affaire, les pactes individuels visaient à substituer à la journée continue de lundi à samedi prévue dans la convention, la journée partagée de lundi à vendredi avec un plus salarial. Le Tribunal Constitutionnel, afin de condamner la pratique patronale, se fonda sur le caractère impératif de la convention qui doit s'appliquer aux sujets compris dans son champ d'application, indépendamment du caractère plus ou moins favorable de la modification⁴.

¹ STC 105/1992 du 1^{er} juill.

² En effet, la doctrine souligna que les différentes décisions « sont conditionnées par les hypothèses concrètes auxquelles elles sont confrontées, par conséquent, les critères qui en dérivent sont difficilement généralisables » (J.M^a. GALIANA MORENO, « Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo », *RMTAS*, 2007, n° 68, p. 16). Le Tribunal constitutionnel avait ainsi averti dès 1985 que l'appréciation devait s'effectuer « en évaluant et pondérant la totalité des circonstances en concours » (STC 58/1985 du 30 avril).

³ Résolution (« *Auto* ») TC 1074/1988 du 26 sept.

⁴ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 73. Sur cette décision, voir les commentaires de A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 218 s. Pour une critique des fondements juridiques de cette sentence, voir E. BORRAJO DACRUZ, loc. cit., 1993-I, p. 54.

L'œuvre de la jurisprudence est complétée par une décision prononcée en 1993¹. Celle-ci a fait l'objet de plusieurs interprétations. Nous estimons quant à nous qu'elle confirme le contrôle des juges en la matière et approfondit la jurisprudence antérieure. Dans cette affaire, une catégorie de travailleurs se voit proposer une augmentation salariale en contrepartie d'une plus grande disponibilité horaire. Indépendamment du contenu des dispositions des pactes individuels², les juges rappellent tout d'abord que l'autonomie individuelle ne peut « *affecter le propre système de négociation collective* » et ne doit pas porter atteinte « *à la fonction de négociation collective qui est constitutionnellement attribuée aux syndicats et aux représentations collectives des travailleurs* ». Ils admettent cependant la validité de ces pactes. Celle-ci réside alors fondamentalement dans le fait que les modifications concernaient une minorité de salariés appartenant à une même catégorie, que leur importance et leur signification ne portaient pas atteinte à l'intervention des représentants des salariés, qu'existait un motif raisonnable justifiant la modification (une meilleure attention aux clients) et enfin que les matières considérées n'avaient pas fait l'objet de négociation³. Cette décision reconnaît ainsi une nouvelle fonction de complémentarité au contrat de travail qui ne porte pas atteinte à son impérativité.

La réforme de 1994 introduit de nouveaux mécanismes permettant à l'employeur de modifier plus facilement certaines conditions de travail en fonction des nécessités de l'entreprise⁴. Dans ce cadre, il était légitime de penser que le recours à l'autonomie individuelle *en masse* perdait de son utilité. Il n'en a rien été.

Une décision de 2000 condamne la pratique patronale attribuant une amélioration salariale de caractère collectif suite à l'échec des négociations⁵. Les juges estiment que l'autonomie individuelle mise en œuvre ici par la décision unilatérale de l'employeur ne peut porter atteinte à la fonction de négociation attribuée aux représentants des travailleurs⁶. Les juges apprécient ici, dans la même ligne que la

¹ STC 208/1993 du 28 juin.

² C'est là l'évolution principale par rapport à la décision de 1992 qui avait pris en compte le caractère plus favorable de la mesure.

³ Voir dans ce sens, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 239.

⁴ Notamment les procédures de modifications substantielles des conditions de travail (voir infra, n° 562).

⁵ STC 107/2000 du 4 mai.

⁶ Le Tribunal Constitutionnel réaffirma que, indépendamment de la valorisation du caractère favorable de la décision patronale, « *l'autonomie individuelle ne peut pas procéder à la régulation des conditions de travail quand par rapport à la transcendance, importance et signification des conditions de travail affectées, elle élude ou évite la présence des représentants syndicaux dans la fonction de négociation* ».

jurisprudence antérieure, l'importance de la matière traitée¹ et l'ampleur de la mesure adoptée², sans s'attacher à l'intention des parties. De nouvelles décisions sont venues asseoir cette jurisprudence en systématisant et précisant les contours de la dénommée « *thèse de l'existence de vulnérations objectives de la liberté syndicale* »³.

522. Au regard de cette jurisprudence, nous considérons que la position du TC présente plusieurs avantages⁴. D'une part, elle contribue au développement du dialogue entre employeurs et représentants des salariés en disciplinant les pratiques patronales qui visent à éviter l'ouverture d'une procédure de négociation⁵. D'autre part, si l'on admet la validité de pactes individuels de dimension collective, on dénaturerait l'esprit originaire de la négociation collective et les fondements de l'apparition du droit du

¹ Peuvent alors être distinguées les conditions de travail selon qu'elles se réfèrent ou non au contenu essentiel de la convention collective. La doctrine a averti des difficultés pour procéder à cette distinction (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 242). L'essai d'une telle construction jurisprudentielle pourrait toutefois revêtir intérêt certain permettant de distinguer diverses matières, notamment la durée et répartition du temps de travail et les salaires, dans lesquelles l'intervention des représentants des salariés doit être garantie.

² Les juges se demandent si le recours à l'autonomie individuelle affecte la fonction de négociation attribuée aux représentants des travailleurs.

³ J.M^a. GALIANA MORENO, loc. cit., 2007, p. 18.

Dans la STC 225/2001 du 26 novembre, les juges condamnent une proposition patronale acceptée massivement par le personnel intermédiaire de l'entreprise aboutissant à une modification de la convention relative au système salarial, au temps de travail et aux horaires. Ils précisent que « *l'impact général de la mesure constitue un élément de valoration ou un facteur indiquant une conduite syndicale bien qu'il ne l'accrédite pas* » (STC 225/2001 du 26 nov. ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 242).

Voir également STC 238/2005 du 26 sept. Dans cette affaire le TC évoque les atteintes au droit à la négociation collective des représentants des salariés, quand bien même la modification apparaît plus favorable ne concerne qu'un nombre réduit de travailleurs. Les juges rappellent ici l'importance des conditions de travail affectées, en l'espèce l'horaire de travail (passage de la journée continue à la journée partagée). Voir A. HERNANDO de LARRAMENDI SAMANIEGO, « *Vulneración del derecho a la negociación colectiva y adecuación del conflicto colectivo para impugnar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo vía « acuerdos individuales en masa »* », *RL*, 2005-II, p. 895; J.M^a. GALIANA MORENO, loc. cit., 2007, p. 19).

⁴ Un courant doctrinal critique toutefois la position du Tribunal Constitutionnel estimant que l'atteinte à la liberté syndicale impliquerait un élément d'intentionnalité et serait constituée dès lors que « *de l'agissement contesté de l'employeur se dégage, clairement et objectivement, une finalité de porter atteinte de manière frontale à l'autonomie collective* » (J.M^a. GALIANA MORENO, loc. cit., 2007, p. 19). Voir également E. BORRAJO DACRUZ, loc. cit., 1993, p. 54. Ces auteurs remettent ainsi en question l'appréciation de la conduite antisyndicale qui se caractérise selon le TC, « *par le résultat pour le droit ou l'objet de tutelle et non pour l'intentionnalité du sujet qui la met en œuvre* » (STC 107/2000). Leur position se rapproche toutefois du droit français dans lequel l'employeur détient une marge d'action considérable à partir du moment où ces engagements respectent les minimums légaux et conventionnels.

⁵ En effet, à partir du moment où les dispositions se réfèrent à des aspects, par essence, collectifs, il semble cohérent de laisser l'autonomie collective s'exprimer sans interférence. Selon le Professeur A. BLASCO PELLICER, l'ensemble des « *préceptes dont la raison d'être dérive de l'application uniforme dans l'entreprise [...] relatifs aux droits syndicaux, à l'organisation du travail en général et à la santé et l'hygiène* » (op. cit., p. 228).

travail¹. Il est certes évident que certaines matières traitées par une convention collective de niveau sectoriel, comme par exemple la répartition journalière du temps de travail, devraient être abordées plus directement par les négociateurs d'entreprise. Il s'agit toutefois d'un problème relatif à la structure de la négociation collective qui ne doit pas être résolu par l'émancipation de l'autonomie individuelle.

2. L'actuelle conception légale en droit français

523. En France, conformément à la hiérarchie des règles juridiques², il est communément admis que l'impérativité de la convention se fonde sur l'article L. 2254-1 CT aux termes duquel « *lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention collective de travail, ces clauses s'appliquent au contrat conclu avec lui [...]* »³. La jurisprudence a sans ambiguïté rappelé l'effet impératif de la convention⁴. Comme en droit espagnol, la clause conventionnelle se substitue provisoirement⁵, de manière automatique et immédiate, à la disposition contractuelle⁶. En se fondant notamment sur l'article L. 2254-1 CT, les juges affirment « *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, [...] déroger par un accord particulier [...], aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent* »⁷. Comme l'a écrit M.L. MORIN, « *de la même façon que la loi d'ordre public assure la protection d'un intérêt supérieur, l'effet impératif assure la protection de l'intérêt collectif* »⁸.

¹ En effet, tout d'abord, considérant que la modification des horaires et des conditions de travail correspond essentiellement à l'intérêt de l'employeur, plus enclin à leur réalisation, on priverait les salariés d'une négociation collective dans laquelle ils peuvent obtenir une contrepartie réelle à ces modifications puisque les intérêts en présence sont plus équilibrés. Ensuite, considérant que le critère décisif pour admettre ces pactes est leur caractère plus favorable, on réduirait alors la négociation collective à une procédure synonyme de dégradation des conditions de travail en s'exposant aux conséquences sociales qui en découleraient.

² M. DESPAX, op. cit., 1989, n° 60, p. 105.

³ Anc. art. L. 135-2 CT (voir M. MORAND, « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 900). Rappelons que l'article L. 135-2 CT permet de « *ne pas subordonner le bénéfice de l'application des dispositions d'une convention collective à l'affiliation des salariés à l'un des syndicats signataires* » (Ph. LANGLOIS, loc. cit., 1994, p. 25, voir supra, n° 86).

⁴ La convention s'impose au contrat de travail (Cass. Soc. 23 avril 1997, *RJS*, 6/97, n° 713).

⁵ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 107.

⁶ Cass. Soc. 19 nov. 1997, déjà cité. La convention s'applique de manière immédiate aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur mais également aux contrats en cours d'exécution (Cass. Soc. 26 mai 1976, *D.*, 1976, p. 207 ; Cass. Soc. 17 juill. 2001, déjà cité).

⁷ Cass. Soc. 3 mars 1988, déjà cité ; Cass. Soc. 13 mars 1987, *Bull. civ.* V, n° 154. Hypothèse dans laquelle l'employeur applique volontairement la convention, Cass. Soc. 30 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 117.

⁸ M.L. MORIN, op. cit., p. 562 ; de la même auteurs, loc. cit., *Cereq*, 1993, p. 137.

Nous estimons cependant qu'il serait possible de fonder l'efficacité réelle de la convention collective depuis une perspective constitutionnelle. En effet, nous avons proposé antérieurement de qualifier le droit à la négociation collective de principe reconnu par les lois de la République en se référant à la loi de 1919 qui prévoyait pour la première fois l'application impérative et automatique de la convention collective aux contrats de travail qui lui sont soumis¹.

524. Une dernière remarque doit alors être formulée. Celle-ci vise à souligner qu'en France comme en Espagne, l'effet impératif et automatique de la convention collective implique qu'aucune manifestation de volonté ne soit exigée. L'idée de l'incorporation du contenu conventionnel au contrat individuel de travail est par conséquent rejetée². La convention est extérieure au contrat de travail qui reste donc autonome³.

B. La disponibilité des droits conventionnels

525. La question de la disponibilité des droits conventionnels englobe les notions de renonciation ou transaction⁴.

La proposition de définition reste toutefois une opération délicate en la matière⁵. Considérons alors que la renonciation peut se définir comme la manifestation de volonté par laquelle une personne abandonne une prérogative attachée par une norme légale ou conventionnelle. Elle a un caractère abdicatif et unilatéral⁶. Elle est une forme de

¹ Voir supra, n° 80.

² En Espagne, dans une décision fondamentale déjà citée, les juges constitutionnels énoncent que la convention collective « *s'impose aux relations individuelles de travail incluses dans ses champs d'application de manière automatique, sans nécessiter l'auxiliaire de technique de contractualisation ou le complément des volontés individuelles* » (STC 58/1985 du 30 avril).

En France, les juges ont affirmé que la cessation des effets d'une convention n'entraîne « *aucune modification des contrats de travail en vigueur* » (Cass. Soc. 17 mars 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 464 ; Cass. 16 nov. 1993, *Dr. soc.*, 1994, p. 53 ; Cass. Soc. 27 janv. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 308, obs. C. RADE ; Cass. Soc. 17 oct. 2000, *Dr. soc.*, 2000, p. 1147, obs. J. SAVATIER).

³ Pour approfondir, voir infra, n° 552.

⁴ A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 286. Selon l'auteur, la disponibilité produit « *un changement dans la situation juridique préexistante et a comme résultat le transfert, la modification ou l'extinction d'un droit* » indépendamment du mécanisme et des modalités selon lesquels elle s'est réalisée. Parmi ces modalités, apparaissent la renonciation ou la transaction.

⁵ Sur les problématiques de la définition de la renonciation, voir A. JEAMMAUD, « La renonciation du salarié », *Dr. ouv.*, 1997, p. 537. L'auteur souligne qu'en France, les tribunaux et la doctrine envisagent largement la renonciation et estiment que la transaction est une forme de renonciation (p. 539).

⁶ A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 287.

disponibilité et constitue son « *hypothèse la plus radicale* »¹. Dès lors, prenant en compte les conséquences extrêmes de la situation de subordination du salarié, elle constituerait un moyen détourné d'écarter entièrement l'application du droit du travail². Dans ce cadre, les droits français et espagnol sont logiquement intervenus et ont limité les possibilités de renonciation des salariés, restreignant ainsi, dans une certaine mesure, la portée de leur propre volonté. Les deux droits divergent toutefois quant à la forme même si les solutions finalement adoptées sont largement similaires et conduisent à restreindre les facultés de renonciation.

La transaction de droits, contrairement à la renonciation, suppose l'existence d'une contrepartie à la suppression d'un droit du salarié. L'élément de réciprocité contraste donc avec le caractère unilatéral de la renonciation³. Sa réalité dans les deux droits est une question qui apparaît plus complexe que celle de la renonciation et qui se pose notamment lors de la rupture du contrat de travail.

1. La renonciation

526. La question de la renonciation ne fait pas l'objet du même traitement légal dans les deux dispositifs. Alors que dans le droit français, le silence de la loi a conduit la jurisprudence à se prononcer, le droit espagnol compte sur une disposition légale spécifique qui reconnaît un principe d'irrenonçabilité ou d'indisponibilité des droits⁴. Néanmoins, malgré l'inconsistance du dispositif légal en la matière⁵, la doctrine a souligné que « *le droit français maintient une certaine défiance à l'égard de la*

¹ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La indisponibilidad de derechos », in *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, Vol. 2, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Edersa, 1994; F.J. PRADOS DE REYES, « La renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, 1980, n° 127, p. 59.

² Le rendant par-là flexible ? La renonciation est en effet un instrument de flexibilité (G. LYON-CAEN, loc. cit., p. 801).

³ A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 291. L'auteur évoque un acte bilatéral et onéreux.

⁴ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 314. Pour approfondir sur ces notions, voir M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002.

⁵ En droit français, quelques dispositions légales traitent de manière ponctuelle la renonciation (art. L. 1231-4 CT : « *L'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre* » relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ; art. L. 3243-3 CT qui prévoit que « *l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le salarié ne peut valoir de sa part renonciation...* » ; art. L. 3142-102 relatif à la renonciation au congé ; voir A. JEAMMAUD, loc. cit., 1997, p. 535). La réglementation relative au reçu pour solde de tout compte démontre également une certaine préoccupation pour les risques de renonciation (voir infra, n° 528). Dans tous les cas, force est de constater que l'on ne retrouve pas de disposition similaire au droit espagnol qui reconnaît ce principe d'irrenonçabilité.

renonciation du salarié »¹. La Cour de cassation est intervenue en la matière et a refusé d'admettre les renoncations du salarié aux droits qu'il tient des normes conventionnelles en prononçant leur nullité. Les juges affirment que « *doivent être considérés comme nuls, les avenants aux contrats de travail comportant renonciation aux dispositions d'un accord d'entreprise* »². Ils précisent également que l'interdiction de déroger par accord particulier aux stipulations de la convention collective, s'étend à « *toute la durée du contrat* »³.

Les principales difficultés se sont alors focalisées sur le sens de l'expression « *pendant toute la durée du contrat* » et sur le moment auquel il est possible d'affirmer que le contrat est rompu⁴. Selon la jurisprudence, cette rupture doit être « *définitive* »⁵. A la suite de cette rupture, les impératifs liés à l'intérêt général et à la protection du salarié ainsi que la subordination de dernier vis-à-vis de l'employeur disparaissent et ne justifient donc plus les limites aux facultés de renonciation⁶. Dès lors, elle est concevable lorsque le contrat est rompu⁷. Les juges ont toutefois porté une attention particulière à l'existence de compensations ce qui nous amène alors sur le terrain de la transaction⁸.

527. En Espagne, aux termes de l'article 3.5 ET, « *les travailleurs ne pourront valablement disposer, avant ou après leur acquisition, des droits qu'ils auront reconnu par les dispositions légales de droit nécessaire. Ils ne pourront pas non plus disposer valablement des droits reconnus comme indisponibles par la convention collective* ».

¹ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1997, p. 535. L'auteur souligne également que la doctrine n'a attaché qu'une faible attention à la renonciation (G.H. CAMERLYNCK, « La renonciation du salarié », *Dr. Soc.*, 1960, p. 629 ; I. VACARIE, « La renonciation du salarié », *Dr. soc.*, 1990, p. 757 et F. HENOT, *La renonciation du salarié*, Thèse, Université de Picardie, 1996) ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 436 ; M. MORAND, loc. cit. 2009, p. 900.

² Cass. Soc. 26 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 278 ; Cass. Soc. du 9 juin 2004, *Bull. civ. V*, n° 162.

³ Cass. Soc. 3 mars 1988, déjà cité.

⁴ La doctrine affirme que « *reste sans effet toute renonciation lors de la conclusion et pendant l'exécution du contrat de travail* » (A. JEAMMAUD, loc. cit., 1997, p. 541).

⁵ La chambre sociale de la Cour de cassation estime, depuis, que le caractère « *définitif* » de la rupture intervient postérieurement à la réception de la lettre de licenciement permettant au salarié de connaître les motifs du licenciement (Cass. Soc. 29 mai 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 689, J. SAVATIER, « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Dr. soc.* 1996, p. 687 ; Cass. Soc. 15 janv. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 419, obs. J. PELISSIER ; Cass. Soc. 14 juin 2006, *RDT*, 2006, p. 172, obs. B. LARDY-PELISSIER).

⁶ J. SAVATIER, note sous Cass. Soc. 8 oct. 1987, *Dr. soc.*, 1988, p. 136.

⁷ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 437 ; Cass. Soc. 20 fév. 1986 ; 30 mars 1995 ; 30 mai 2000, *Dr. soc.*, 2000, p. 803, obs. G. COUTURIER ; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, E. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 749. Dans ce cadre, l'article L. 1231-4 CT aux termes duquel « *l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre* » relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, prend une dimension particulière.

⁸ Pour approfondir, voir infra, n° 528.

Cet article, loin d'attribuer une sécurité juridique souhaitable, donne lieu à plusieurs interprétations et représente, aux dires d'un courant doctrinal, « *l'un des articles les plus confus du Statut des Travailleurs* »¹.

Il est toutefois possible d'affirmer qu'il établit un principe d'irrenonçabilité aux droits légaux et conventionnels qui constitue une règle d'ordre public relative aux droits fondamentaux des travailleurs². Cette affirmation générale doit alors faire l'objet de plusieurs remarques complémentaires. Trois points méritent ici notre attention.

D'une part, l'article 3.5 se réfère de manière maladroite aux « *droits reconnus comme indisponibles par la convention collective* »³. Cette formule peut alors laisser penser que les droits reconnus par les conventions sont, en principe, disponibles et que ce sont les négociateurs qui leur attribuent une valeur impérative. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence considère néanmoins que les droits reconnus dans la convention sont présumés indisponibles sauf si, de forme expresse, il est prévu autre chose⁴. L'interprétation contraire « *s'oppose frontalement à l'interprétation globale du précepte* »⁵ et pourrait remettre en cause le système de négociation collective qui suppose par essence la primauté de la volonté collective⁶.

D'autre part, l'expression « *avant ou après* » l'acquisition des droits légaux et conventionnels a posé la question de la limitation temporelle de la renonciation. Un premier courant doctrinal considère que le terme « *avant* » correspond à la phase de formation du contrat et vise à assurer aux salariés l'acquisition du droit. L'article 3.5 ET rappelle ainsi le principe d'indérogeabilité de la norme conventionnelle déjà énoncé à

¹ A. BLASCO PELLICER, loc. cit., p. 285.

² STS du 25 mars 1991, Ar/1898. Sur les différents fondements de cette règle, voir F.J. PRADOS DE REYES, loc. cit., 1980, p. 57 ; A. BLASCO PELLICER, op. cit., 1995, p. 289 ; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 188.

³ Cet article se réfère également aux « *droits qu'ils auront reconnu par les dispositions légales de droit nécessaire* ». Pour approfondir, A. OJEDA AVILÉS, *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, IEP, 1971, p. 260 ; A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 205).

⁴ F.J. PRADOS DE REYES, loc. cit., 1980, p. 73 ; A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MÚRCIA, op. cit., 2012, p. 524 ; voir également M^a.E. CASAS BAAMONDE, « *La individualización de las relaciones laborales* », *RL*, 1991-I, p. 133 et *RL*, 1991-II, p. 414. Le Professeur RAMÍREZ se montre quant à lui plus réservé (loc. cit., 2002, p. 88).

Pour la jurisprudence, les préceptes conventionnels sont indisponibles dès lors qu'ils développent des normes de droit nécessaire ou de caractère minimum (STCT du 12 nov. 1987, Ar/24841 ; STS du 11 juin 1985, Ar/4337, du 22 sept. 1987, Ar/6265 ; STS du 17 avril 1996, Ar/3428 ; STS du 6 fév. 2000, Ar/1606).

⁵ Le Professeur BLASCO PELLICER affirme également que cette position permet de « *conjuguer la littéralité du texte avec la logique qui impose une interprétation systématique adéquate de l'article complet* » (op. cit., 1995 p. 306).

⁶ M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1197.

l'article 3.1 c) ET qui joue au moment créatif¹. La préposition « *après* » se rapporterait, quant à elle, à l'indisponibilité des droits « *qui prétend garantir que le droit acquis ne sorte pas du patrimoine du travailleur* »². Un deuxième courant doctrinal estime toutefois que le terme « *avant* » conduit à distinguer les droits anticipés et les droits acquis. Dans cette interprétation, l'indérogeabilité des droits est une autre question qui n'est pas envisagé par ce précepte³. L'article 3.5 ET ne constituerait pas un simple rappel de l'indérogeabilité des normes mais, combiné à l'article 3.1.c)⁴, permettrait de dégager « *trois moments distincts : la dérogation, la disposition anticipée et la disposition proprement dite une fois le droit acquis* »⁵. Dès lors, durant l'exécution du contrat, « *le travailleur ne peut disposer d'un droit « avant » de l'acquérir et « après » l'avoir acquis* »⁶.

Une attention spécifique doit enfin être portée à l'arrivée à terme du contrat de travail qui implique que le travailleur ne soit plus soumis au pouvoir de direction de l'employeur. Comme le souligne la doctrine, le cadre temporel du principe d'irrenonçabilité ne se réfère pas au contrat de travail mais au droit en tant que tel, « *avant ou après son acquisition* »⁷. Dans ce cadre, la renonciation semble impossible lors de la rupture du contrat de travail puisque le salarié ne peut disposer d'un droit acquis⁸. Néanmoins, alors qu'elle semble ferme sur l'impossible renonciation à des

¹ L'indérogeabilité renvoie au « *pacte dérogatoire durant lequel le travailleur consent à la dérogation et à la non application au contrat d'une règle impérative* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., CEF, 2003, p. 114).

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 83; L'indisponibilité « *proprement dite que présuppose l'existence du droit auquel il renonce* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 2003, p. 114).

³ La confusion provient de la considération selon laquelle de l'indérogeabilité des normes découle leur irrenonçabilité (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 2003, p. 113). Il s'agit cependant de deux notions distinctes du point de vue objectif (l'indérogeabilité renvoie à la qualité des normes alors que l'indisponibilité suppose l'attribution de droits) et du point de vue subjectif (l'indérogeabilité envisage la relation entre le sujet et la norme, l'indisponibilité la relation entre le sujet et les intérêts, les biens et droits évoqués ; voir M. I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002, p. 21).

⁴ Qui établit l'indérogeabilité des droits légaux et conventionnels lors de la formation du contrat permettant leur acquisition.

⁵ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 84. La combinaison des articles 3.1.c et 3.5 ET répond alors à un triple objectif : assurer l'acquisition du droit, garantir sa permanence dans le patrimoine du salarié et permettre son exercice effectif durant l'application du contrat. Dans le même sens, A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 309.

⁶ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 83. L'auteur propose alors un exemple éclairant: le travailleur ne peut prévoir dans son contrat un salaire inférieur au Salaire Minimum d'Interprofessionnel (SMI) (en vertu de l'art. 3.1.c). Il ne peut pas non plus renoncer à gagner le SMI avant d'avoir effectué la prestation de travail y afférente (art. 3.5 ET quand il dit « avant »). Enfin, il ne peut pas renoncer à toucher le SMI après avoir effectué la prestation de travail y correspondant (art. 3.5 quand il dit « après »).

⁷ M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002, p. 65; A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 303. Le droit français envisage quant à lui « *le contrat pendant toute sa durée* ».

⁸ Dans ce sens, STS du 8 juill. 1986, Ar/3993 ; STS du 12 fév. 1988, Ar/617 ; STS du 24 fév. 2000, Ar/2758.

droits qui n'étaient pas connus ou à des droits éventuels non-ouverts qui constituent de simples expectatives au moment de leur renonciation¹, la jurisprudence a toutefois admis qu'une fois la relation de travail rompue, le salarié puisse renoncer à un droit acquis². Le dénommé « finiquito »³ et les procédures de conciliation⁴ ont parallèlement permis aux juges de contrôler les conditions de la renonciation qu'ils peuvent recouvrir et de prononcer, le cas échéant, leur nullité⁵. Ces deux notions présentent toutefois une dimension bilatérale qui conduit alors à se déplacer, comme en droit français, vers la transaction.

2. La transaction

528. La validité de la transaction est une question plus complexe. En effet sa nature contractuelle implique l'existence de concessions réciproques et de contreparties⁶. Dès lors, la transaction intègre une dimension subjective qui laisse supposer à un rééquilibrage des pouvoirs.

En France, la transaction est uniquement envisagée lors de la rupture définitive du contrat de travail⁷ et doit remplir certaines conditions de validité⁸. La Cour de

¹ STS du 11 juin 1987, Ar/4337 ; STS du 30 sept. 1992, Ar/6830 ; STS du 24 juill. 2000, Ar/8200. Dans ce sens, voir J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 93, note 74.

² STS du 25 nov. 1986, Ar/6513 ; STS du 28 nov. 1989, Ar/8278 ; STS du 18 juin 1990, Ar/5476.

³ Ou solde de tout compte. De manière synthétique, l'effet libérateur est admis dans des conditions d'interprétations strictes. Pour approfondir sur le *finiquito*: voir I. ROMERO SÁNCHEZ, « Voluntad, transacción y renuncia de derechos. El valor liberatorio y extintivo del recibo de saldo y finiquito (Comentario a la STS 4ª de 13 de mayo de 2008) », *RL*, 2009-I, p. 627; M.A. GARCÍA RUBIO, *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 86).

⁴ L'existence même de ces procédures de conciliation judiciaire et extrajudiciaire constitue un argument des partisans de la validité des transactions. Selon eux, ces procédures impliquent par nature la possibilité pour le salarié de disposer d'un droit en vu d'obtenir l'accord (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 315).

⁵ Le finiquito et la procédure de conciliation peuvent en effet cacher une renonciation interdite aux termes de l'article 3.5 ET.

⁶ Selon l'article 1809 C. civ espagnol, « *la transaction est un contrat par lequel les parties, donnant, promettant ou gardant chacune une chose évitent la provocation d'un procès ou mettent fin à celui qui avait commencé* ». Selon l'article 2044 C. civ. français, « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »).

⁷ La Cour de cassation a posé le principe de la licéité des transactions conclues lors de la rupture d'un contrat de travail (Cass. Soc. 18 mai 1953, cité par J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÉS, op. cit., p. 577). Voir également A. JEAMMAUD, loc. cit., 1997, p. 540. Une transaction réalisée avant la notification du licenciement est sanctionnée par la nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié (Cass. Soc. 28 mai 2002, *D.*, 2002, somm. comm., p. 3116, obs. A. POUSSON et *Dr. soc.*, 2002, p. 874, note Ph. COURSIER).

⁸ Les juges ont notamment estimé que la transaction signée par un salarié pour bénéficier de la mise en oeuvre d'un accord collectif applicable, est sans effet (Cass. Soc. 5 avril 2005, n° 04-44, p. 626 PBRI).

cassation a précisé que devaient exister des concessions réciproques réelles¹ et l'expression de la volonté non-équivoque du salarié de transiger². La situation finale plus favorable pour le salarié peut également être prise en compte par les juges sans toutefois constituer un élément déterminant³. Notons alors que parallèlement, la loi est largement intervenue puisqu'elle régleme dans le même temps les effets du reçu pour solde de tout compte⁴ et la rupture amiable du contrat⁵ qui constituent deux éléments centraux lors de la rupture du contrat de travail. Dans ce sens, bien que le principe de la transaction soit admis au moment de la rupture du contrat de travail, la loi demeure vigilante établissant des cadres légaux dans lesquels l'autonomie individuelle va se déployer.

En Espagne, l'utilisation du verbe « disposer » a suscité une controverse doctrinale relative à l'inclusion ou non de la transaction dans le champ de l'indisponibilité des droits. Interprétant largement la notion d'indisponibilité, un courant doctrinal soutient que la transaction est interdite. Les partisans de cette interprétation soulignent tout d'abord que la notion d'indisponibilité est plus large et générique que celle de renonciation et englobe également la transaction⁶. Un argument historique et lexical est également avancé puisque le changement terminologique opéré par le ET, de substituer le terme « disposer » à celui de « renoncer », se réfèreit « *directement* » à la transaction⁷.

¹ Cass. Soc. 27 mars 1996, *Dr. ouv.*, 1996, p. 346, note M. POIRIER et *Dr. soc.*, 1996, p. 741, obs. H. BLAISE ; Cass. Soc. 21 mai 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 745, obs. G. COUTURIER.

² Certaines difficultés se posent lorsque la transaction se réalise de manière tacite et donc déduite du comportement des parties. La jurisprudence estime que l'existence d'une renonciation ne peut être déduite que d'un comportement signifiant, actif et, de manière générale, non équivoque, c'est-à-dire qui ne peut s'expliquer autrement que par la volonté de renoncer. Dans ce sens, la simple inaction ne serait être assimilée à une renonciation (Cass. Soc. 30 janv. 1997, *Bull. civ.* V, n° 46) qui ne se présume pas et requiert « *une volonté non-équivoque* » (Cass. Soc. 16 juill. 1987, *Bull. civ.* V, n° 493). Certaines dispositions légales suivent cette position, par exemple, l'article L. 3243-3 CT relatif à la portée de « *l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le salarié* » (voir supra, n° 526).

³ La transaction se voit alors « *dictée par l'ordre public social* » (favorable à cette idée, voir I. VACARIE, loc. cit., p. 763).

Dans tous les cas, l'exigence de concessions réciproques conduit les juges à considérer nulle une transaction dans laquelle l'employeur verse au salarié une indemnisation inférieure au montant cumulé de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de préavis auquel il peut prétendre (Cass. Soc. 27 mars 1996, déjà cité).

⁴ L'effet libératoire du reçu pour solde de tout compte est reconnu sous réserve de l'absence de dénonciation de la part du salarié dans un délai de six mois qui suivent sa signature (pour approfondir, voir D. BOULMIER, « Le reçu pour solde de tout compte : un acte de tous les dangers pour le salarié », *Dr. soc.*, 1996, p. 927 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÉS, op. cit., p. 575).

⁵ Sur cette rupture, voir infra, n° 544.

⁶ Une interprétation restrictive entrerait en contradiction avec la littéralité de l'article 3.5 ET (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 84).

⁷ F.J. PRADOS DE REYES, loc. cit., 1980, p. 59 ; A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 294.

Le secteur doctrinal majoritaire retient toutefois une conception pure et simple de l'idée de disposition qui se restreint à la renonciation sans compensation. L'article 3.5 ET ne se réfère donc pas à la transaction qui peut alors être considérée comme licite¹. Dans ce sens la transaction doit être admise « *quand elle supposera une authentique solution à un conflit au travers de la modération des intérêts et droits en présence par la voie de concessions réciproques et équivalentes entre les parties* »².

Enfin, une troisième position consiste à refuser de se prononcer catégoriquement et à estimer qu'il faut apprécier le caractère des droits objets de la transaction. Dans ce cadre, « *les droits sur lesquels les parties transigent doivent être disponibles, appartenir au champ de leur autonomie, ou formulé en d'autres termes, être compris dans leur faculté de disposition* »³. La transaction reste ainsi possible mais fortement limitée dans son objet puisqu'elle ne pourra s'effectuer uniquement sur des droits qui ne sont pas régulés par des dispositions légales de droit nécessaire ou sur des droits reconnus comme disponibles par la convention collective⁴.

Il convient toutefois de préciser que les juges ont admis la transaction sur des droits supposés indisponibles. Les juges se sont alors attachés à vérifier l'existence de contreparties, de compensations, de concessions mutuelles qui demeurent un élément constitutif et fondamental de la transaction, pour souligner l'élément de faveur de la nouvelle situation juridique pour le salarié⁵.

Avant la promulgation du Statut des Travailleurs, le dispositif légal évoquait la renonciation des droits Pour une analyse de ce dispositif, voir L.E. DE LA VILLA GIL, « El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales », *RPS*, 1970, n° 85, p. 25.

¹ M. ALONSO OLEA et M^a.E. CASAS BAAMONDE, op. cit., 2008, p. 1197; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 315.

² J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, « La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada », *DL*, n° 24, 1988, p. 22; M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., CEF, 2003, p. 385.

³ A. BLASCO PELLICER, op. cit., 1995, p. 293. Dans ce sens, STS du 23 mars 1987, Ar/1656 ; STS du 17 oct. 1988, Ar/7833.

⁴ Le Professeur VALDÉS souligna ainsi que la transaction, du fait de l'infime proportion de droit disponible pour la contrat de travail, se réduit dans la pratique à la transaction des droits issus des conditions plus avantageuses d'origine contractuelle (« Continuidad y crisis en la doctrinal judicial sobre el valor liberatorio del finiquito », *RL*, 1993-II, p. 58). Sur cette notion de condition plus avantageuse, voir infra n° 534.

⁵ STS du 27 avril 1999 (Ar/4538) et du 28 oct. 1999 (Ar/9105). Les juges évoquent alors une « *disposition conditionnée* » dans laquelle l'élément de faveur pour le salarié prend une importance considérable (en l'espèce il s'agissait de salariés qui renoncèrent à une indemnité de déplacement ayant comme contrepartie le choix d'une destination concrète à laquelle ils n'avaient aucune priorité). Voir également STC 51/2003 du 17 mars (relatif à la renonciation de droits fondamentaux de la part des syndicats) : la renonciation est possible dès lors qu'elle est basée sur une « *conduite sans équivoque et fondée sur le bénéfice et l'avantage qu'elle rapportera aux titulaires de l'action* ».

529. En guise de conclusion, retenons que la renonciation durant l'exécution du contrat est difficilement valable en France comme en Espagne. Cette position est selon nous justifiée par l'existence d'une subordination du salarié et par le caractère du contrat de travail qui est un contrat à exécution successive conduisant à prendre en compte un ensemble de droits acquis et futurs. Précisons toutefois que cette solution est conditionnée au caractère impératif de la norme en question et à la source du droit considéré¹. L'hypothèse de la transaction offre un cadre plus ouvert. Alors qu'initialement l'emploi du terme « disposer » conduirait à affirmer que le droit espagnol est plus restrictif, interdisant la transaction quel que soit le moment considéré, il convient de souligner que les juges admettent la transaction s'attachant alors à l'appréciation de contreparties réelles et de la situation du salarié. En France, la transaction est également admise. L'exigence de contreparties est par conséquent incontournable. Néanmoins, la transaction semble circonscrite au moment de la rupture du contrat de travail.

Conclusion § 1

530. Au regard de ces développements, il ressort que les droits français et espagnol n'abordent pas de la même façon la question de l'application automatique et impérative de la convention collective au contrat de travail. La dimension constitutionnelle du droit espagnol est une conséquence naturelle de la constitutionnalisation du droit à la négociation collective et de son rattachement au contenu essentiel de la liberté syndicale. Le droit français retient une conception de la négociation collective plus restreinte, essentiellement soumise à la loi. Une prise en considération de l'esprit de la loi de 1919 pourrait toutefois conduire au rapprochement des deux droits.

Malgré cette divergence quant à son fondement, l'application automatique et impérative de la convention collective au contrat de travail poursuit dans les deux pays le même objectif et répond à la volonté d'élever la confrontation d'intérêts au niveau collectif plutôt qu'au niveau individuel soumis au déséquilibre juridique et économique

¹ Par conséquent, lorsque les droits sont issus d'une norme sur laquelle le renonçant a la maîtrise, rien ne s'oppose à leur abandon. Le salarié peut ainsi toujours renoncer aux droits qui ont pour source son contrat de travail dans la limite des dispositions minimales légales et conventionnelles (F.J. PRADOS DE REYES, loc. cit., 1980, p. 73 ; A. BLASCO PELLICER, op. cit., 1995, p. 288. En droit français, A. JEAMMAUD, loc. cit., 1997, p. 540 et I. VICARIE, loc. cit., p. 758).

de la relation de travail. Dans ce panorama, la convention collective est un instrument d'amélioration de conditions de travail dont l'obtention s'avère plus difficile au niveau individuel.

Cette considération s'inscrit dans la logique du principe de faveur et implique corrélativement la capacité du contrat de travail d'améliorer les dispositions conventionnelles.

§ 2: *L'application de la disposition contractuelle plus favorable*

531. Les propos qui suivent s'inscrivent dans la même logique que celle adoptée lors des développements antérieurs relatifs aux relations entre la loi et la convention. Ainsi, nous verrons dans un premier temps que la traduction légale de l'application de la disposition contractuelle plus favorable au salarié ne s'est pas réalisée de la même façon dans les deux droits. Là encore, le moment pris en compte constitue une variable différenciatrice. Dans un deuxième temps, il conviendra de relever les problèmes relatifs aux modalités d'appréciation du plus favorable.

A. Les fondements de l'application de la disposition contractuelle plus favorable

532. Le Code du travail et le Statut des travailleurs contiennent tous deux une disposition relative à la capacité d'amélioration des dispositions conventionnelles reconnue au contrat de travail. Le droit français évoque toutefois l'application de la disposition contractuelle plus favorable alors que le droit espagnol se réfère à la capacité du contrat « *d'établir* » des conditions plus favorables ou plus avantageuses. Nous savons que la réalité du principe de faveur appelle à la prise en compte combinée du moment créatif et du moment applicatif. Il conviendra donc d'aborder dans les deux droits comment est envisagé l'ensemble du processus permettant au salarié de bénéficier de la disposition plus favorable.

1. L'application de la disposition contractuelle plus favorable en droit français

533. Une disposition encadre explicitement les relations entre l'autonomie collective et la liberté individuelle et établit une règle permettant la protection avancée

du salarié¹. Il s'agit de l'article L. 2254-1 CT (ancien article L.135-2), aux termes duquel les dispositions conventionnelles s'appliquent au contrat de travail « *sauf dispositions plus favorables* ». Comprendons sauf disposition plus favorable du contrat individuel². Dès lors, sur le fondement de cet article, les juges ont affirmé que les dispositions conventionnelles « *lorsqu'elles prévoient un avantage ayant le même objet ou la même cause qui est plus favorable au salarié, reçoivent application de préférence aux stipulations du contrat de travail* »³.

On voit bien que le principe de faveur et, spécialement, le mécanisme de l'application du plus favorable permettent de sélectionner la disposition qui sera effectivement appliquée à la relation de travail. La loi corrige ainsi la hiérarchie des sources applicables aux relations de travail et permet au contrat de travail de s'appliquer de préférence à la convention collective, norme hiérarchiquement supérieure, en raison de son caractère plus favorable pour le salarié⁴.

Dans ce cadre, il convient de se demander comment cette règle légale doit être envisagée au regard du « *principe fondamental en droit du travail* » dégagé par la Cour de cassation selon lequel « *en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* »⁵.

Une première interprétation s'inscrit dans la logique de l'OPS et consiste à considérer, de manière globale, la capacité d'élaborer des dispositions plus favorables et la garantie de les voir s'appliquer⁶. Selon le Professeur G. LYON-CAEN, la norme conventionnelle serait à l'égard du contrat « *d'ordre public relatif* »⁷. Dans ce sens, les juges affirment que la prohibition de dérogation ne s'applique pas lorsque les clauses

¹ Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 246-247.

² Le Professeur Y. CHALARON propose quant à lui une appréciation plus large estimant qu'« *en visant en termes très généraux les dispositions plus favorables, ce texte n'interdit pas d'y voir un principe général de solution des concours, même ceux qui impliquent la loi* » (loc. cit., 1989, p. 243).

³ Cass. 25 fév. 1998, *RJS*, 4/98, n° 497. Les juges affirment dans le même sens que « *seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat* » (Cass. Soc du 27 juin 2002, *RJS*, 10/02, n° 1075).

⁴ N. ALIPRANTIS estime que « *l'application de la norme la plus favorable aux salariés* » constitue un « *principe à portée générale en droit français* » valant dans les rapports entre la loi et la convention collective, et la convention collective et le contrat de travail. L'ordre juridique socioprofessionnel présenterait alors une structure pyramidale dans laquelle la convention collective peut améliorer les normes issues d'autorités publiques et être elle-même améliorée par le contrat individuel de travail. (op. cit., p. 52).

⁵ Cass. Ass. Plén., 18 mars 1988 (voir supra, n° 478).

⁶ Ph. WAQUET estime alors que « *les éventuelles contradictions entre le contrat et la convention seront résolues par l'ordre public social : c'est la disposition la plus favorable qui s'appliquera* » (« *Contrat de travail et statut collectif* », *RJS*, 6/1994, p. 400 ; voir également M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 110).

⁷ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1985, p. 801.

contractuelles apparaissent plus favorables pour les salariés¹. Un courant doctrinal estime au contraire que cette disposition légale est une composante supplémentaire de l'inexistence d'un principe de faveur. On note toutefois que le principe se réfère à des normes ce qui exclurait par conséquent son application au contrat individuel de travail². Par ailleurs, lorsque ce mécanisme s'applique c'est en raison d'une règle légale et non d'un principe général³. Dès lors, la disposition légale comble cette lacune et aboutit à la généralisation de l'application du plus favorable aux conflits entre la loi et la convention et la convention et le contrat.

Nous considérons que l'expression « *d'ordre public social* » prête à confusion renvoyant, selon nous, au moment de l'élaboration des normes⁴. Il sous-entend la capacité au moment de la conclusion du contrat de travail de prévoir des dispositions plus favorables que celles de la convention collective applicable à la relation de travail concernée. Aucun recours à un tel principe n'est nécessaire au moment applicatif en raison de la règle explicitement prévue à l'article L. 2254-1 CT. Dès lors, il est intéressant de souligner que cette logique s'oppose à celle abordée en matière de relations loi-convention collective quant au moment d'appréciation⁵ mais aboutit finalement à l'instauration du même mécanisme garantissant que la norme hiérarchiquement inférieure s'applique dès lors qu'elle est plus favorable.

2. L'hétérogène principe de condition plus avantageuse en Espagne

534. Selon l'article 3.1.c) ET, « *dans aucun cas* », le contrat de travail ne peut « *établir au préjudice du travailleur, des conditions moins favorables [...] aux dispositions légales et des conventions collectives* »⁶.

¹ « *Les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, [...] déroger par un accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent* » (Cass. Soc. 3 mars 1988, déjà cité)

² Néanmoins, cette explication se voit mise en doute par la jurisprudence. En effet, en vertu de ce principe, la Cour de cassation a estimé que les clauses d'un contrat de travail ne pouvait empêcher l'application d'un usage local plus favorable (Cass. Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106).

³ J. PELISSIER, *loc. cit.*, 2002, p. 396.

⁴ Tant l'article L. 2254-1 CT comme la jurisprudence se réfèrent au moment applicatif.

⁵ Dans laquelle c'est la capacité d'amélioration des dispositions légales par la convention collective explicitement envisagée par la loi, qui sous-entend l'application des dispositions conventionnelles plus favorables (voir supra, n° 376 s.).

⁶ La doctrine souligne alors que cet article constituait une « *restriction au principe de l'autonomie de la volonté de l'article 1255 du Code Civil* » prévoyant que le contrat ne peut établir au préjudice du travailleur, des conditions moins favorables ou contraires aux dispositions légales ou conventionnelles, assurant par la même l'application du corps normatif. (A. BLASCO PELLICER, *op. cit.*, p. 281).

Notons tout d'abord que ce précepte se réfère au moment de l'élaboration du contrat ce qui diffère de la règle relative aux relations entre la loi et la convention dans lesquelles l'ET élabore une règle d'application de ces deux normes, et du droit français qui prévoit, en présence du contrat de travail, une règle focalisée sur le moment applicatif.

Quoi qu'il en soit, il ressort de cet article que le contrat de travail possède la capacité d'améliorer les dispositions légales et conventionnelles et prévoir des conditions de travail plus favorables pour le salarié. La jurisprudence constitutionnelle a eu l'occasion de reconnaître cette faculté et énonce que « *la compatibilité entre l'autonomie individuelle et la collective n'empêche pas que, dans le respect des minimums établis dans la convention correspondante, puisse s'améliorer les conditions des travailleurs* »¹. Dans une décision fondamentale déjà citée, les juges affirment dans le même sens que, « *respectant dans tous les cas les minimums établis dans la convention correspondante* », le contrat de travail garde la faculté « *d'améliorer les conditions de travail* »².

La faculté d'amélioration constitue donc un élément permettant d'assurer l'équilibre entre l'autonomie collective et la liberté individuelle décrite par le TC et de définir la marge d'action du contrat.

535. Cette faculté d'amélioration fait néanmoins l'objet d'une controverse importante relative à la consistance du principe de « condition plus avantageuse »³. Le Professeur ALARCÓN affirme, dans ce sens, que « *presque chaque auteur explique le principe de la condition plus avantageuse d'une manière différente* »⁴.

La majorité de la doctrine, appuyée par la jurisprudence⁵, se fonde sur l'article 3.1 c) ET pour fonder ce principe¹. Cet article joue au moment créatif et vise la capacité

¹ Résolution (« *Auto* ») TC 1074/1988 du 26 sept.

² STC 58/1985 du 30 avril. Voir également STC 34/84 du 9 mars ; M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 1991-II, p. 402.

³ Ce principe a une importance pratique considérable. Selon le Professeur OJEDA, « *nous nous trouvons, probablement, devant le principe de plus grande application en droit du travail, au regard des répertoires de jurisprudence* » (« El principio de condición más beneficiosa », in *Los principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LÓPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 171.) Dans le même sens, C. TOLOSA TRIBIÑO, « La aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa », in *Los principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LÓPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 189.

⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 2000, p. 227.

⁵ Voir par exemple STS du 5 mai 1987 ; STS du 18 fév. 1988 ; STS du 4 juill. 1994 ; STSJ de Navarre du 29 fév. 1995 (AS/4680). Pour approfondir, voir M.T. DÍAZ AZNARTE, *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 92 s. L'auteur souligne

du contrat de travail d'améliorer pour les salariés les dispositions conventionnelles. Dès lors, on peut estimer que le principe de condition plus avantageuse s'attache aux conséquences de cette faculté au moment applicatif. Il renvoie par conséquent à la capacité du contrat de travail de prévoir une disposition plus favorable que la convention collective. On retrouve ainsi la logique du principe de faveur et l'aménagement consécutif de la hiérarchie des sources². Dans ce cadre, le principe de condition plus avantageuse se maintient dans la sphère contractuelle et ne pose pas de difficultés particulières.

Néanmoins, ce principe revêt deux autres dimensions qui posent en revanche de nombreux problèmes juridiques et pratiques. L'une d'entre elles amène à se demander quelles sont les sources permettant la reconnaissance d'une telle condition³. En effet, outre l'hypothèse dans laquelle un pacte exprès entre l'employeur et le salarié est établi⁴, la condition plus avantageuse peuvent provenir de pactes individuels tacites, de décisions unilatérales de l'employeur, de simples pratiques patronales, d'usages dans l'entreprise et même de pactes ou accords collectifs⁵. Elle conduit alors à « *l'intériorisation dans le contrat de travail* »⁶ de conditions de travail provenant de ces diverses sources. Soulignons que, lorsqu'aucun pacte ne s'est réalisé, la condition plus avantageuse est tacite, se fondant sur les agissements de l'employeur et non sur une

notamment qu'outre cette mention à l'article 3.1 c) ET, les juges se réfèrent également au droit en vigueur sous la dictature franquiste ou à des préceptes du Code civil pour fonder le principe de la condition plus avantageuse.

¹ Voir parmi la doctrine la plus récente, A. BEJARANO HERNÁNDEZ, *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 33; F. BALLESTER LAGUNA, *La condición más beneficiosa*, Granada, Comares, 2001, p. 13; M.T. DÍAZ AZNARTE, op. cit., p. 83.

Contre: A. OJEDA AVILÉS, « El principio de condición más beneficiosa », *RPS*, 1982, n° 134, p. 13; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, « La condición más beneficiosa », *DL*, 1991, n° 33, p. 59.

Pour un traitement des différentes positions, voir M.T. DÍAZ AZNARTE, op. cit., p. 85 s.

En marge de cette controverse, il est certain que la notion de condition plus avantageuse est indirectement envisagée par le dispositif légal comme le démontre l'existence, à partir de 1994, de deux références à cette notion dans le statut des travailleurs qui se rapportent toutefois aux conditions de leur possible suppression. Concrètement il s'agit de l'article 26 ET relatif au mécanisme de compensation et absorption et de l'article 41 ET en cas de modification substantielle des conditions de travail (voir infra, n° 561 s.).

² A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2001, p. 20 qui parle alors dans cette hypothèse de condition plus avantageuse « *dans son sens le plus générique* ».

³ Dans la dernière dimension, la condition plus avantageuse permet de justifier le caractère inamovible du contrat de travail devant de nouvelles dispositions conventionnelles moins favorables (voir infra, n° 560).

⁴ Il peut s'agir de clauses contractuelles ou d'avenants aux contrats.

⁵ Il est possible de considérer que la condition plus avantageuse soit issue du contrat de travail, d'accords ou pactes collectifs ou « *d'une décision unilatérale de l'employeur à effets collectifs* » (art. 41 ET. Pour approfondir sur cet article, F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 45). Nous reviendrons plus loin dans le travail sur les implications de la référence aux accords ou pactes collectifs (voir infra, n° 797).

⁶ M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, « Condición más beneficiosa: absorción y compensación », *RL*, 1992-I, p. 190. Selon l'auteur, le contrat de travail est le « *récepteur naturel* » de la condition plus avantageuse (p. 187).

rencontre claire des volontés de l'employeur et du salarié¹. Il s'agit donc essentiellement d'un problème de preuve. Par ailleurs, la finalité de cette notion est particulièrement intéressante. Le principe de condition plus avantageuse permet de « forcer » le rattachement au contrat de travail de conditions de travail issues d'une décision de l'employeur², voire d'accords ou pactes collectifs. C'est dans ces hypothèses qu'apparaît la spécificité du droit espagnol puisqu'en droit français les décisions de l'employeur ou les accords atypiques n'échappent pas au cadre de son pouvoir³. Dans tous les cas, la condition plus avantageuse ne peut provenir d'une disposition légale ou conventionnelle qui ne peut s'incorporer aux contrats de travail en raison de leur nature normative⁴.

536. En guise de conclusion, contentons-nous ici de retenir que la condition plus avantageuse représente un concept extrêmement complexe et fortement hétérogène et, pour ce qui nous intéresse, qu'elle ne peut provenir d'une disposition conventionnelle et qu'elle permet la contractualisation de conditions de travail dont la modification répond, comme nous le verrons par la suite, à une logique spécifique.

¹ Trois éléments sont nécessaires : la volonté claire de concession de la part de l'employeur, la concession effective et la consolidation postérieure. Reprenant les propos de C. TOLOSA TRIBIÑO, « *en definitiva, il ne suffit pas d'une simple tolérance de la part de l'employeur du bénéfice additionnel. [...], l'employeur doit assumer et manifester clairement sa volonté de s'obliger et de maintenir cet agissement dans le temps* » (loc. cit., p. 195). Voir également, F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 131 s.

En ce qui concerne la jurisprudence, les juges ont affirmé que l'acquisition de la condition plus avantageuse reste fortement dépendante des agissements de l'employeur (STS du 13 fév. 1997, Ar/1265) dont doit émaner une volonté sans équivoque de concéder cette condition (STS du 16 sept. 1992, Ar/6789 ; STS du 8 juill. 1996, Ar/5758 ; STS du 28 avril 2005, Ar/5727).

² Dans ce sens, les juges ont affirmé que, « *conformément à un critère interprétatif consolidé qui se fonde sur l'article 3.1 c) ET, les conditions de travail qui ont leur origine dans une concession unilatérale et volontaire de l'employeur, s'incorporent, [...], au rapport contractuel, de manière à ce qu'elles ne peuvent être supprimées ou réduites unilatéralement par l'employeur* » (STS du 9 nov. 1989, Ar/8029).

³ Le droit français exclut quant à lui toute contractualisation des décisions unilatérales de l'employeur. Remplissant une certaine procédure, l'employeur demeure libre de les dénoncer (S. Le GAC-PECH. « La figure contractuelle en droit du travail », *D.*, 2005, chron., n° 33, p. 2253 ; G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 516, 519).

⁴ F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 27 s. ; M.T. DÍAZ AZNARTE, op. cit., p. 109 s. Dans ce sens, il apparaît superflu de se référer aux conditions plus avantageuses d'origine contractuelle par opposition à celles d'origine normative qui sont par nature exclues.

B. Les difficultés inhérentes aux modalités de comparaison

537. L'appréciation de la méthode de comparaison permettant de déterminer quelle disposition est plus favorable nous conduit à revenir à la distinction entre la sphère matérielle et la sphère personnelle de la comparaison¹.

En France, en ce qui concerne la sphère matérielle, la méthode de comparaison analytique par catégorie d'avantages ayant le même objet doit être retenue², privilégiant une conception individualiste du principe de faveur. Dans tous les cas, le principe du non-cumul demeure³. En ce qui concerne la sphère personnelle, doit être favorisé l'intérêt du salarié et prise en compte sa situation particulière⁴. Il revient au juge de procéder, par une comparaison « *thématique et abstraite* »⁵, à l'appréciation de la favorabilité des dispositions considérées⁶.

En Espagne, la doctrine part de la distinction entre les conditions de travail de caractère quantitatif⁷ et celles de caractère qualitatif⁸. La comparaison pose alors des problèmes spécifiques lorsque la disposition est d'ordre qualitatif⁹. En effet, les

¹ Voir supra, n° 486.

² G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 517 ; N.ALIPRANTIS, op. cit., p. 61. ; M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 110.

Un courant doctrinal enclin à recourir à une interprétation plus globale soutient qu'en présence de deux normes contractuelles « la comparaison se fera sur l'ensemble des avantages consentis les uns en contreparties des autres » (J. BARTHELEMY, loc. cit., 2001, p. 8).

³ Cass. Ass. Plén., 18 mars 1988, déjà cité.

⁴ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 517 ; N.ALIPRANTIS, op. cit., p. 61. ; M. DESPAX, op. cit., 1989, n° 62 ; C. RADE, note sous Cass. Soc. 26 oct. 1999, déjà cité, p. 383.

⁵ A. MAZEAUD, op. cit., p. 260 pour qui « la méthode n'est ni à proprement parler « analytique » (clause par clause), ni globale ».

Le terme de subjectif doit ici être entendu comme relatif à l'intérêt individuel du salarié et non pas comme relatif au sujet qui doit procéder à la comparaison. En droit français, doctrine et jurisprudence affirment qu'il revient au juge d'apprécier le caractère plus favorable de la disposition à appliquer (voir A. CHEVILLARD, loc. cit., 1993, p. 364 s.). Voir également T. KATZ, op. cit., p. 282 qui évoque le recours à l'appréciation subjective lorsqu'il est impossible de déterminer objectivement la disposition plus favorable.

⁶ J. PELISSIER, loc. cit., 1998, p. 793.

En matière de temps de travail notamment, un salarié peut voir le montant de son salaire apprécié en terme absolu diminuer à la suite de la conclusion d'un tel accord de réduction du temps de travail. Néanmoins, considérant que le taux horaire de rémunération avait augmenté, on peut considérer l'accord plus favorable (voir Y. CHALARON, loc. cit., 1998, p. 363 ; J. PELISSIER, loc. cit., 2001, p. 109).

⁷ Comme la rémunération, le temps de travail.

⁸ Comme les horaires de travail, la répartition horaire, les dates de vacances (sur cette distinction, voir F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA, « Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo », *RL*, 1991-I, p. 390).

En France, la doctrine évoque les lois qui ont un objet mesurable « en ce sens qu'elles assurent des avantages minimaux susceptibles d'être aisément situés dans la gradation du plus ou moins favorable » et les lois qui ont un objet non-mesurable « qui ne peut être – ou bien avec difficultés et grand risque d'arbitraire – situé dans une telle gradation » (Y. CHALARON loc. cit., 1989 p. 248).

⁹ D'un point de vue quantitatif, une comparaison des chiffres permet d'identifier sans difficultés la disposition plus favorable

difficultés pour établir quelle disposition est plus favorable ont conduit un courant doctrinal à estimer qu'il revenait au salarié individuel de déterminer la disposition qu'il estime lui être plus favorable¹. Cette position renvoie à la controverse relative au sujet qui doit procéder à la comparaison. Nous reprenons alors les propos du professeur CHEVILLARD, « *l'appréciation subjective offrirait le moyen de tenir en échec des dispositions d'ordre public : échec de la protection du salarié, dont le choix, alors qu'il est sous la subordination juridique [rajoutons économique] de son employeur, risque de ne pas être libre* »².

Conclusion SECTION I

538. Indépendamment de la règle légale ou du développement jurisprudentiel, il apparaît dans les deux pays que la configuration traditionnelle des relations entre la convention collective et le contrat de travail s'inscrivent dans le principe de faveur assurant au salarié l'application de la disposition qui lui est la plus favorable³. Dès lors, le contrat remplit à l'égard de la convention collective la même fonction que remplit celle-ci vis-à-vis de la loi⁴. Schématiquement et reprenant les propos éclairants du Professeur BORRAJO, « *les normes de droit nécessaire d'origine étatique encadrent le champ à réguler pour la convention collective de travail ; et les normes de droit nécessaire de ces pactes collectifs encadrent le champ à réguler pour l'autonomie individuelle* »⁵. Le principe de faveur remplit, dans ce cadre, une fonction centrale et limitative de l'action de l'autonomie individuelle⁶.

SECTION II : Les brèches du modèle traditionnel

539. Nous venons de souligner que le contrat de travail est tout d'abord cantonné à un rôle d'amélioration des conditions de travail établies dans la convention.

¹ A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 230.

² Loc. cit., 1993, p. 365.

³ Reprenant les propos de M^a.E CASAS BAAMONDE, il est indéniable que « *l'autonomie contractuelle individuelle reste liée dans sa fonction régulatrice par le principe de la plus grande faveur en relation avec les dispositions légales et conventionnelles collectives minimales* » (loc. cit., RL, 1991-II, p. 409).

⁴ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « *Autonomía individual y sistema de fuentes* », loc. cit., 2002, p. 67.

⁵ E. BORRAJO DACRUZ, loc. cit., AL, 1993, p. 52.

⁶ Reprenant les propos du Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, « *le principe de faveur crée ainsi des espaces de négociations ouverts à l'autonomie et à l'autodétermination des parties au contrat de travail* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 2003, p. 115).

Néanmoins, de nombreuses brèches peuvent être constatées à l'intérieur de ce schéma. Les mécanismes d'articulation entre la convention et le contrat se sont en effet transformés et ne visent plus à assurer au salarié l'application de la disposition qui lui est la plus favorable¹.

L'affaiblissement de la règle de faveur dans les relations entre la convention et le contrat est ainsi teinté d'ambivalence favorisant dans certaines hypothèses l'interconnexion des deux statuts et renforçant dans d'autres leur autonomie. Dans ce cadre, on observe tout d'abord une tendance permettant au contrat de travail de s'émanciper de la tutelle collective. L'action de l'autonomie individuelle peut être ici envisagée comme un palliatif, un correcteur de l'objectif d'uniformisation de la convention collective et de sa force normative. Ensuite, paradoxalement, on observe comment l'autonomie du contrat de travail est affectée par l'application de normes conventionnelles. Bien que le contrat de travail démontre « *une singulière force d'endurance* »², force est alors de constater que sa capacité de résistance se voit limitée à plusieurs égards. L'intensité de ces limitations varie toutefois dans les deux droits, notamment en raison des dernières réformes légales intervenues en Espagne qui amènent à se demander si l'employeur ne dispose pas désormais d'une marge de manœuvre démesurée pour modifier unilatéralement le contrat de travail des salariés.

§ 1: L'émancipation du contrat de travail

540. Durant les années 90, les droits espagnol et français connaissent un vaste débat doctrinal relatif à l'individualisation des conditions de travail, au travers de laquelle doit s'opérer « *la récupération de la fonction de régulation du contrat de travail* »³. Les discussions ne traitent donc plus de la « *disponibilité collective des droits individuels* » mais se réfèrent à « *la plus grande disponibilité individuelle de la régulation collective* »⁴. Les tenants et les aboutissants de cette revitalisation du contrat de travail présentent néanmoins une grande hétérogénéité⁵. Un point commun peut être

¹ Un auteur français affirma ainsi que le principe de faveur « *est sérieusement malmené lorsqu'il s'agit de coordonner l'application d'une convention collective et d'un contrat individuel de travail* » (voir J. PELISSIER, loc. cit., 2001, p. 107).

² G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 514.

³ A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 35.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 2003, p. 125.

⁵ Dans tous les cas, cette discussion, comme l'a souligné le Professeur RAMÍREZ, « *a eu le mérite de mettre en évidence la nécessité de prendre en compte une nouvelle configuration du monde du travail, une réalité dans laquelle ne prédomine plus un type homogène de travailleur mais un panorama plus*

détaché et se réfère au recul parallèle des normes légales et conventionnelles. Dès lors deux interprétations sont recevables. D'un côté, elle permet aux initiatives individuelles de se déployer et au contrat individuel de travail de récupérer une place centrale quant à la détermination des conditions de travail¹. D'un autre côté adoptant une position plus critique, l'individualisation vise à augmenter le rôle de l'autonomie individuelle au détriment de l'autonomie collective², participant au phénomène de flexibilisation du droit du travail et « *altérant le rôle du principe de faveur par la réduction de l'espace de la norme indérogeable* »³. Le retour du contrat de travail s'inscrit alors dans un processus global visant à une réforme générale du système⁴. Formulée en d'autres termes, l'autonomie individuelle peut permettre l'expression de l'accord conclu librement et dans une relation d'égalité entre le salarié et l'employeur ou renvoyer à la faculté pour l'employeur, libéré des limites légales et conventionnelles, de jouer de ses pouvoirs économique et juridique⁵.

complexe dans lequel tous les travailleurs ne présentent pas les mêmes intérêts » (loc. cit., 2003, p. 229). Cette même idée est soutenue par M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 1991-II, p. 405.

¹ Selon cette première vision, deux aspects sont à relever : d'une part, il s'agit, en fait, de revenir aux fondements civils du contrat estimant que le consentement du salarié qui n'est pas entaché des vices classiques, constitue une garantie suffisante et représente l'équilibre des relations de travail et démontre son bénéfice. Le travailleur est capable de négocier individuellement et directement ses conditions de travail et serait le seul à pouvoir apprécier ce qui lui est le plus favorable (pour approfondir voir les développements de A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 215). L'argument central des partisans du renouveau du contrat de travail réside, en définitive, dans la prise en compte du travailleur comme personne libre. D'autre part, renforçant l'idée antérieure, une attention particulière et plus intense doit être apportée aux droits fondamentaux, de valeur constitutionnelle, aux « *droits attribués au travailleur en tant que tel et indépendamment de son contrat de travail* » (A. JEAMMAUD, loc. cit., 1994, p. 351 ; du même auteur, voir loc. cit., 1991, p. 612. Voir également, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 123; F. VALDÉS DAL-RÉ, « Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador », in *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, p. 27; M. I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002, p. 258; F. DURÁN LÓPEZ, « El futuro del derecho del trabajo », *REDT*, 1996, n° 78, p. 613.

² Elle se présente alors comme une alternative à la collectivisation des relations de travail et au rôle joué par la négociation collective dans la détermination des conditions individuelles de travail. La doctrine mis en évidence le « *danger [...] que puisse se développer un discours « anticollectif » quand pas franchement antisindical* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « Legislación estatal y reforma del mercado del trabajo », in *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo*, Coord. J. CRÚZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 37).

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 2003, p. 117.

Dans ce cadre, elle « *ne traite pas de restituer l'autonomie individuelle dans un autre lieu plus préférentiel mais de diminuer la quantité de normes légales ou conventionnelles qui établissent les conditions du contrat et de modifier les relations concrètes entre l'autonomie de la volonté et l'autonomie collective* » (A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 197). Il s'agit en fait d'un réaménagement de la répartition de la fonction normative entre les diverses sources de la relation de travail (U. ROMAGNOLI, « La déréglementation et les sources du droit », *RIDC*, 1990, n° 1, p. 16), d'une nouvelle délimitation de l'ordre public social (T. SALA FRANCO, loc. cit., 1988, p. 18).

⁴ F. DURÁN LÓPEZ y SÁEZ LARA, loc. cit., 1991, p. 383.

⁵ Reprenant les propos du Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO, « *l'autonomie privée agit dans le contrat de travail, pas uniquement comme exécution bilatérale de l'autonomie contractuelle dans la régulation de la relation obligatoire mais également comme un espace libre d'exercice des pouvoirs patronaux sur le travailleur* » (loc. cit., 2003, p. 111).

Indépendamment de l'interprétation retenue, il est cependant incontestable que le renouveau du contrat de travail constitue une proposition largement soutenue et promue par les milieux patronaux¹.

541. En droit positif, la capacité d'émancipation du contrat de travail amène à dessiner un panorama contrasté. En France, il ressort de l'article L. 2254-1 CT que le contrat de travail reste circonscrit à sa fonction d'amélioration des dispositions conventionnelles. On décèle toutefois un mouvement légal contemporain qui attribue au contrat de travail une marge de liberté considérable sur des matières concrètes en marge des dispositions légales ou conventionnelles. En droit espagnol, la réforme de 1994 a dans le même sens amplifié la marge d'action du contrat de travail en lui renvoyant directement ou indirectement la réglementation de certaines matières.

Une spécificité du droit espagnol doit cependant être relevée. En effet, à côté de la fonction classique d'amélioration, l'ET reconnaît que le contrat de travail dispose d'une marge de manœuvre supplémentaire et peut prévoir des dispositions qui ne sont pas contraires aux dispositions conventionnelles.

A. Le sens de la prohibition d'établir des dispositions contraires en droit espagnol

542. Le dispositif espagnol se distingue à plusieurs égards du droit français. En effet, la formulation légale et l'interprétation des juges constitutionnels aboutissent à doter l'autonomie individuelle de fonctions qui dépassent la seule amélioration des dispositions légales et conventionnelles. L'autonomie individuelle ne peut, selon le TC, être annulée par l'autonomie collective, ce qui implique de déterminer son champ d'action². C'est dans ce cadre que doit être abordée la signification de la prohibition de

¹ Dans ce sens, voir A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 193. Soutenant la même idée, le Professeur PALOMQUE écrit que l'individualisation des relations de travail constitue « *l'ultime objectif des opérations de révision institutionnelle d'origine patronale* » (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, loc. cit., 2003, p. 32).

Plus nuancé se montre le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO qui avertit de « *la simplification de comprendre dans tous les phénomènes d'individualisation de la relation de travail une manœuvre ou idéologie patronale* ». L'individualisation représenterait également « *le droit du travailleur d'agir librement comme personne* » et permettrait d'« *articuler des réponses différenciées et flexibles à des réalités objectives et subjectives différenciables et changeantes* » (loc. cit., 1995, p. 37).

² STC 58/1985 du 30 avril 1985 déjà citée : « *La négociation collective ne peut annuler l'autonomie individuelle, puisque celle-ci, comme garantie de la liberté personnelle, doit compter sur une marge*

dispositions contractuelles contraires aux dispositions légales et conventionnelles prévue à l'article 3.1 c) ET.

Selon l'article 3.1.c) ET, le contrat de travail ne peut en aucun cas établir des dispositions moins favorables ou « *contraires aux dispositions légales et des conventions collectives* ». L'utilisation du terme « *contraires* » conduit alors à déterminer l'ampleur de l'adaptabilité des conditions de travail par le biais du contrat individuel de travail. Celle-ci met à l'écart le concept de faveur. Selon le sens attribué à ce terme, le contrat de travail peut voir considérablement s'agrandir son champ d'action.

La doctrine s'accorde pour affirmer que ce terme permet de contempler les relations entre la convention collective et le contrat de travail lorsqu'il s'agit de dispositions relatives à des conditions de travail qualitatives¹.

Un premier courant doctrinal propose alors de différencier les clauses distinctes et les clauses contraires². Selon cette interprétation, l'article 3.1.c) n'interdit que les clauses contraires et permet la conclusion de dispositions distinctes qui n'ont pas à être systématiquement contraires à la règle qu'elle substitue³. Cette position est soutenue par de nombreux auteurs et se retrouve largement reflétée dans la jurisprudence⁴.

Une deuxième interprétation propose de réserver l'usage du terme *distinct* aux clauses nouvelles du contrat sur des matières non traitées par la convention renvoyant alors à la fonction de complémentarité⁵. L'élément décisif n'est donc pas la distinction

d'action même dans des cadres comme l'entreprise dans lesquels les exigences de caractère économique, technique ou productive réclament une conformation collective de conditions uniformes ».

¹ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 231. Sur la distinction entre conditions quantitatives et conditions qualitatives, voir supra, n° 537. Considérons ici que s'il s'agit de clauses quantitatives, la modification opérée par le contrat suppose nécessairement une amélioration des minimas prévus par la convention. La régulation contractuelle ne peut donc pas être considérée comme contraire puisqu'elle respectera les dispositions conventionnelles.

² F. DURÁN LÓPEZ y SÁEZ LARA, loc. cit., 1991, p. 390; C. MORENO DE TORO, « Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad », *RL*, 1996-I, p. 648.

³ E. BORRAJO DACRUZ, « La regulación de las condiciones de trabajo en España: poderes normativos y autonomía individual », in *La reforma del mercado de trabajo*, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, Actualidad Editorial, Madrid, 1993. Du même auteur, voir « La eficacia reguladora de la autonomía individual », *AL*, 1996-I, p. 213.

Pour une interprétation stricte du terme « *contraire* » qui conduirait à fortement limiter la liberté contractuelle, voir M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 1991-II, p. 409.

⁴ STSJ La Rioja du 27 juin 1995 Ar/2248. Voir également STS 21 juin 1994, Ar/6315.

⁵ « *Dans ce cas, il n'y a pas de problème : il n'y a pas de conflit entre contrat et convention et les deux peuvent s'appliquer, chacun dans la matière qu'il régule* » (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 232).

La STC 208/1993 déjà commentée ouvre au contrat de travail la faculté de réguler les « *conditions qui ne sont ni envisagées, ni régulées par la loi et la convention* ». Pour le Tribunal Suprême, voir STS du 30 avril 1994, Ar/3475. L'ensemble de la doctrine reconnaît cette fonction de complémentarité (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1999, p. 409 ; A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 223. L'auteur précise toutefois que cette faculté peut s'exercer sous réserve que lesdites conditions n'aient pas été traitées lors du processus de négociation. Le recours aux contrats *en masse* pourrait en effet permettre à l'employeur

entre les termes « *contraire* » et « *distinct* » mais le caractère préjudiciable ou non pour le salarié de la modification¹. Si la modification n'est pas préjudiciable au salarié, la contrariété n'est pas problématique et la disposition contractuelle peut s'appliquer. Plutôt que de parler de « *conditions distinctes mais non contrares* », on parle alors de « *conditions contrares mais non préjudiciables* »². La difficulté se déplace, par conséquent, vers la détermination des critères permettant d'apprécier l'existence ou non d'un préjudice pour le salarié. L'absence de préjudice peut alors se constater si sont prévues des compensations qui permettront de valider une régulation individuelle contraire à la conventionnelle³. Si la modification n'est pas compensée, alors la contrariété entre les deux régulations empêchera de considérer comme valide la règle individuellement conclue⁴. L'appréciation de la contrariété au regard de l'existence de compensations pose toutefois deux questions. Tout d'abord, ces compensations peuvent affecter le principe d'indisponibilité des droits prévu à l'article 3.5 ET. Ensuite, il demeure difficile de confier aveuglément à l'acceptation du salarié pour déduire le caractère non-préjudiciable de la clause contractuelle dès lors que ce dernier risque de perdre son emploi en cas de refus⁵. Dans ce cadre, nous adhérons au propos du Professeur RAMÍREZ qui souligna justement que la compensation « *devra revêtir des caractères d'exceptionnalité [puisque], en définitif, l'acceptation individuelle ne garantit pas que le pacte contraire ne soit pas préjudiciable du fait de la situation inégale des parties à la relation de travail* »⁶.

de proposer, par le biais d'adhésions volontaires, des conditions de travail qui ont été antérieurement refusées par les représentants des salariés lors des négociations, p. 228).

¹ J.A. SAGARDOY BENGOCHEA estime qu'une régulation distincte qui ne s'avère pas préjudiciable au travailleur, ne peut être considérée comme contraire à la convention collective (loc. cit., 1988, p. 18).

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 70.

³ Le Professeur RAMÍREZ affirme que la compensation peut être en principe admise bien qu'il convienne de s'attacher aux dispositions légales prévues pour chaque matière concrète (loc. cit., 2003, p. 233). Le Statut des travailleurs admet dans certaines matières, qui sont de plus des matières centrales de la relation de travail, la compensation (comme en matière salariale, art. 26.5 ET ou en matière d'heures supplémentaires, art. 35 ET) et la refuse dans d'autres (en matière de congés payés par exemple, art. 38 ET) ; loc. cit., 2002, p. 78.

⁴ Le Professeur BORRAJO estime quant à lui que l'absence de compensation n'entraîne pas automatiquement la contrariété. Il appartient alors au travailleur d'apprécier la disposition la plus conforme à ses intérêts (loc. cit., 1993, p. 115).

⁵ On retrouve les mêmes problématiques évoquées pour les méthodes de comparaison du plus favorable et concrètement pour l'appréciation subjective (voir supra, n° 537).

⁶ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2003, p. 234.

B. Les renvois de la loi au contrat individuel de travail

543. L'émancipation du contrat de travail du carcan légal ou conventionnel peut résulter d'une intervention légale explicite. La loi peut en effet se référer à l'autonomie individuelle afin de déterminer certaines conditions de travail sans contraintes du principe de faveur. Cette référence peut toutefois revêtir plusieurs formes et avoir une portée variable. La loi française démontre dans ce sens une certaine réticence à attribuer au contrat de travail une liberté totale. En Espagne, quand bien même la réforme de 1994 a indéniablement conduit à augmenter la place du contrat dans certaines matières déterminées, il ressort que le contrat reste largement soumis aux dispositions conventionnelles.

1. Les renvois ponctuels et encadrés du droit français

544. L'émancipation du contrat de travail dans la détermination des conditions de travail en marge de l'application du principe de faveur se décèle clairement de plusieurs dispositions légales.

En premier lieu, la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail introduit une troisième forme de rupture du contrat de travail à durée indéterminée en marge du licenciement et de la démission¹. La rupture conventionnelle met fin au contrat de travail de manière amiable et permet notamment au salarié de convenir avec son employeur des conditions de la rupture de la relation de travail². Plusieurs problèmes applicatifs ont été pointés par la doctrine³. Retenons que la rupture conventionnelle a contribué à restreindre le champ d'application de la procédure de licenciement. Dans tous les cas, dans cette hypothèse, la réduction de l'impérativité de la loi, en l'espèce des règles relatives au licenciement, se fait directement au bénéfice de

¹ Art. L. 1237-11 CT s. Cette loi reprend un ANI du 11 janvier 2008 (G. AUZERO, loc. cit., 2008, p. 152 ; F. KRAMARZ, « Un accord historique ? » et A. LYON-CAEN, « Un modeste compromis ? », *Controverse, RDT*, 2008, p. 146). Pour un bref panorama antérieur à la loi, C. RADE, « L'autonomie du droit au licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. soc.*, 2000 (a), p. 178, spéc. p. 181.

² La loi insiste fortement sur la vérification de l'existence d'un commun accord et prévoit une procédure spécifique.

³ Problèmes relatifs notamment à l'interconnexion entre la rupture conventionnelle et le licenciement ou la démission (B. GAURIAU, « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », *Dr. soc.*, 2008, p. 1065), ou à la distinction avec les notions de renonciation ou transaction (G. COUTURIER, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.*, 2008, p. 927. Retenons que la transaction ne peut être un mode de rupture du contrat de travail mais une manière d'en régler les conséquences, voir A. JEAMMAUD, loc. cit., 1997, p. 540).

l'autonomie individuelle notablement favorisée, ce qui constitue une rareté dans le dispositif français¹.

En deuxième lieu, la loi peut renvoyer au contrat de travail la régulation de certaines matières « à défaut de » convention collective. Cette modalité se retrouve dans le code du travail, notamment quant à la fixation de contreparties par la convention collective ou, à défaut, par le contrat de travail².

En troisième lieu, l'organisation du temps de travail a constitué pour le personnel d'encadrement un champ d'expérimentation du renforcement de l'autonomie individuelle. La convention de forfait en heures ou en jours sur l'année issue de la loi du 20 août 2008 permet en effet de ramener les négociations au niveau individuel³. Deux remarques doivent néanmoins être formulées. D'une part, apparaît un certain paradoxe puisque l'essor de l'autonomie individuelle nécessite un encadrement conventionnel⁴. Le caractère dérogatoire de la matière explique cependant cette solution. En effet, la loi permet au contrat de s'émanciper mais sous le contrôle de la négociation collective qui demeure la seule habilitée à déroger à la loi⁵. D'autre part, certains auteurs voient dans la convention de forfait, l'incarnation d'un nouveau droit du travail souple et flexible ou le symbole de la déconstruction du droit du travail⁶. En la matière, il est alors intéressant de noter le rôle joué par le droit communautaire qui permet ici de protéger le salarié et de limiter les velléités du législateur français⁷.

¹ Selon le Professeur COUTURIER, « permettre des ruptures du contrat de travail qui, parce que conventionnelles ne sont pas soumises au droit du licenciement c'est, d'une certaine façon, permettre aux parties de mettre fin au contrat en dehors du droit du licenciement ; c'est faire que les règles de ce droit soient en quelque sorte dérogeables » (loc. cit., 2008, p. 926).

² Art. L. 3121-3 CT : Les contreparties au temps nécessaire pour les opérations d'habillage et de déshabillage sont « déterminées par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par le contrat de travail ».

³ Art. L. 3121-38 et L. 3121-40 CT. « La convention de forfait est l'accord par lequel un employeur et un salarié conviennent d'une rémunération globale pour l'ensemble des heures de travail à effectuer, sans distinguer heures normales et heures supplémentaires » (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit, p. 807 ; voir également P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2010 (a), p. 387).

⁴ Un auteur évoque une relation de dépendance entre l'autonomie collective et l'autonomie individuelle (M. MORAND, loc. cit., 2009, p. 904). Dans le même sens, le recours à certains contrats de travail comme le travail intermittent ou le contrat de mission est conditionné à son autorisation par une convention ou un accord collectif. La mise en place de contrats à temps partiel modulé ou dans un cadre annuel s'inscrit également dans le cadre d'un accord collectif.

⁵ Considérant que la dérogation est une manifestation de la supplétivité, il est possible de relever qu'en France, « la règle supplétive n'est jamais écartée au profit d'une règle provenant d'un accord individuel de volontés. Seules les règles conventionnelles peuvent se substituer à la règle supplétive » (S. FROSSARD, loc. cit., 2009, p. 85).

⁶ P.Y. VERKINDT, loc. cit., 2010 (a), p. 387.

⁷ L'incompatibilité du dispositif légal en matière de convention de forfait et d'astreinte avec la Charte sociale européenne a été soulignée (notion de durée raisonnable du travail journalier ou hebdomadaire, droit au repos hebdomadaire et la règle du paiement majoré des heures supplémentaires), voir S. LAULOM, « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens », *RDT*,

2. Les renvois à l'autonomie individuelle dans la réforme de 1994

545. La réforme de 1994 a, comme nous l'avons déjà abordé, opéré un recul important de la loi au bénéfice de la négociation collective. Elle s'attacha également à définir plus formellement le cadre d'action du contrat individuel de travail selon deux voies. Tout d'abord, elle écarte l'intervention du contrat dans certaines matières¹. Ensuite, elle procède à l'augmentation de sa capacité de régulation dans d'autres. Dans ces hypothèses, le contrat de travail s'écarte de sa fonction traditionnelle d'amélioration des normes légales et conventionnelles. La loi peut se référer directement aux contrats de travail afin de leur attribuer, dans des conditions spécifiques, certaines prérogatives. Le contrat de travail voit également ses marges d'action s'élargir de manière indirecte lorsque le silence de la convention dans les domaines que la loi lui renvoie, conduit à l'intervention de l'autonomie individuelle.

a) Les renvois de la loi au contrat

546. La loi se réfère directement aux contrats de travail selon trois modalités : ou bien la loi vise uniquement le contrat de travail afin de réguler une matière, ou bien, elle vise à la fois le contrat et la convention collective, ou bien elle vise le contrat à défaut de convention.

Antérieurement aux réformes légales inaugurées en 2010, la doctrine majoritaire a identifié trois articles de l'ET permettant au contrat de travail d'agir directement sur certaines matières² : l'article 91 ET relatif à l'arbitrage et la médiation dans les conflits

2011, p. 298 ; M.F. MAZARS, S. LAULOM, C. DEJOURS, « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, Santé et validité des forfaits en jours », *RDT*, 2011, p. 481.

¹ Par exemple, Article 11.2.c) ET relatif à la durée du contrat de stage (selon l'expression « *au travers de convention de cadre sectoriel estatal, ou à défaut, de conventions sectorielles de cadre inférieur...* »), article 29.1 ET relatif aux exigences de documents en matières de salaires (qui évoque uniquement une convention collective ou à défaut un accord d'entreprise. Dans le même sens, l'article 34. 3 ET relatif au temps de travail quotidien maximum) ou article 14.1 ET relatif à la période d'essai (pour approfondir, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 104).

² M^a.M. RUIZ CASTILLO, « El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo », in *Los protagonistas laborales tras la reforma del Mercado del Trabajo*, Coord. J. CRÚZ VILLALÓN, 1995, p. 315; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 107.

Un auteur inclut néanmoins dans cette catégorie les articles 45.1.b ET sur les causes de suspension du contrat et 49.1.b ET sur les causes d'extinction du contrat (A. MONTOYA MELGAR, « Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral », *DL*, 1996, n° 49, p. 30).

individuels portant sur l'application et l'interprétation de la convention¹ ; l'article 22.5 ET relatif à la détermination du contenu de la prestation de travail et de la catégorie professionnelle² ; l'article 39.5 ET relatif aux changements de fonctions du salarié qui n'entrent pas dans les hypothèses régulées dans les autres préceptes de l'article 39 ET³. Deux remarques peuvent être ici formulées : d'une part, les matières traitées présentent clairement une vocation individuelle qui fait obstacle à une intervention de l'autonomie collective⁴. D'autre part, ces hypothèses qui permettent au contrat de rester intangible à la régulation légale ou conventionnelle⁵, revêtent quantitativement un caractère exceptionnel préservant la primauté de la négociation collective lors des reculs de la loi⁶.

Le statut des travailleurs utilise également une formule apparemment alternative en employant l'expression « *dans la convention collective ou le contrat individuel* ». La relation entre convention et contrat ne semble alors plus être de subsidiarité. Cette formule se retrouve en matière de promotion économique (art. 25.1 ET), de durée du temps de travail (jornada, art. 34.1 ET), de temps de pause (art. 34.4 ET), d'heures supplémentaires obligatoires (art. 35.4 ET) ou de période de vacances (congrés payés, art. 38.1 ET). Elle se caractérise par son manque de clarté⁷, par l'indécision de la loi qui ne semble pas attribuer de préférence. La doctrine majoritaire propose alors de revenir aux critères généraux d'articulation et aux dispositions de l'article 3.1.c) ET assurant l'application de la convention sauf si le contrat est plus favorable⁸.

¹ Pour approfondir, C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO, T. SALA FRANCO, « La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes del art. 91 ET », *AL*, 1995, n° 22 et M^a.E. CASAS BAAMONDE, « Arbitraje laboral, autonomía colectiva y autonomía individual », *RL*, 1994-II, p. 3 s.

² Pour approfondir, F. ALEMÁN PÁEZ, « Autonomía individual, determinación y determinabilidad del objeto de trabajo », in *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo*, Coord. J. CRÚZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 360; voir également A. BLASCO PELLICER, op. cit., 1995, p. 234. Suite aux dernières réformes, cette disposition se retrouve à l'article 22.4 ET.

³ M^a M. RUIZ CASTILLO considère cependant cet article comme une « *fausse garantie* » estimant que la faculté qu'il attribue s'insère en fait dans la procédure plus générale encadrant la mobilité fonctionnelle (loc. cit., 1995, p. 339). En fait, cet article ne vise non pas l'accord sur la modification des fonctions mais constitue un accord permettant d'écarter la procédure de modifications substantielles des conditions de travail de l'article 41 ET (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 110). Voir également M. I. QUINTANA, op. cit., p. 268. En droit positif, nouvel article 39.4 ET (pour approfondir, voir bibliographie citée infra, n° 562, 797 en matière de modification substantielle des conditions de travail).

⁴ Plus généralement, le Professeur RAMÍREZ souligne que « *l'autonomie individuelle joue un rôle important dans la détermination des fonctions et du lieu de travail car ni la loi, ni la convention prédétermine quelles doivent être les unes et l'autre* » (loc. cit., 2002, p. 80).

⁵ M^a del M. RUIZ CASTILLO, loc. cit., 1995, p. 323.

⁶ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 111.

⁷ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 106.

⁸ En d'autres termes, « *prévaut la régulation plus favorable* » (A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 31). Un courant de la doctrine propose cependant d'assimiler le renvoi alternatif au renvoi subsidiaire (M.I. QUINTANA, op. cit., p. 267).

La loi renvoie enfin au contrat de travail la régulation de certaines matières « à défaut de » convention collective. Citons les articles 26.3 ET sur la structure du salaire et la détermination des compléments salariaux et 35.1 ET relatif aux modalités de compensation des heures supplémentaires. Cette formulation conforte la supériorité hiérarchique de la convention collective¹ inscrivant la relation entre le contrat et la convention dans un rapport de subsidiarité². L'intervention du contrat en présence d'une convention collective s'effectuera alors conformément à sa fonction classique d'amélioration ou de complémentarité prévue à l'article 3.1.c) ET.

Au regard de ces trois hypothèses, la réforme de 1994 semble en fait circonscire l'action du contrat à certaines hypothèses particulières en centrant son attention de manière beaucoup plus importante sur la convention collective. Reprenant les propos du Professeur SALA la réforme peut se résumer ainsi : « *moins de loi, plus de convention et un peu plus, mais guère, de contrat individuel* »³.

b) L'incidence de l'augmentation du rôle de la négociation collective

547. L'essor de la négociation collective au détriment de la loi amène à formuler deux questions relatives aux implications de cette politique législative sur le rôle attribué au contrat individuel de travail.

548. En premier lieu, il convient de se demander si la convention collective peut renvoyer au contrat des attributions qui lui sont confiées par la loi? Afin de répondre à cette question, il convient d'aborder plus généralement les différentes modalités des relations entre le contrat de travail et la convention. Suite aux réformes des années 90, le Professeur ESCRIBANO propose d'appliquer le même schéma que celui relatif à l'articulation entre la norme légale et la norme conventionnelle⁴.

Tout d'abord, la convention renvoie purement et simplement le traitement d'une matière au contrat de travail. Les négociateurs de branche peuvent à leur tour considérer que le contrat de travail constitue le cadre le plus adéquat et opportun pour encadrer

¹ S. DEL REY GUANTER, « Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores », *REDT*, 1996, n° 77, p. 430.

² R. ESCUDERO RODRÍGUEZ et E. PALOMO BALDA, « La reforma del régimen de los salarios », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RE et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 13.

³ T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 13. Dans le même sens, S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *REDT*, 1996, p. 427.

⁴ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 85.

certaines matières et ainsi procéder à la délégation de leurs compétences¹. Cette option conventionnelle peut aboutir à une « *configuration en cascade* » de la législation du travail qui représente un phénomène peu satisfaisant². Ce type de renvoi paraît de plus contestable pour plusieurs motifs : d'une part, le renvoi de la loi vise sans équivoque la convention collective et non le contrat de travail. La délégation de la convention collective dénature par conséquent l'objectif législatif³. D'autre part, la réalité du droit est conditionnée à l'action de l'autonomie individuelle⁴. L'absence de régulation contractuelle ou la capacité de renonciation du travailleur pose alors de sérieuses difficultés⁵. Enfin, les modalités de mise en œuvre du renvoi peuvent intervenir individuellement pour chaque salarié mais également par la technique de « *l'accord en masse* » qui constitue une procédure critiquable⁶.

Ensuite, la convention peut instaurer une relation de complémentarité dans laquelle l'autonomie individuelle finalise et met en pratique les règles générales prévues dans la convention. Cette relation se centre essentiellement sur des matières caractérisées par leur dimension individuelle et s'inscrit dans les règles classiques de l'article 3.1.c) ET. Antérieurement à la réforme de 1994, la doctrine avait déjà souligné que cette modalité de relation ne se heurtait à aucun obstacle juridique⁷.

Enfin, peut être instaurée une relation d'exclusion qui permet à la convention d'établir « *un champ réservé à l'autonomie collective, veillant à ce que l'autonomie individuelle soit empêchée d'entrer dans la régulation du supposé de fait en question* »⁸. Cette forme de relation amène, en fait, à se demander si l'article 3.1.c) ET est susceptible de disposition de la part de l'autonomie collective ou s'il est, au contraire, d'ordre public. En effet, elle éliminerait toute faculté pour le contrat de travail d'améliorer les normes conventionnelles. La jurisprudence, qui rappelle que la négociation collective ne peut annuler l'autonomie individuelle laisse alors penser que

¹ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 97.

² A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 21.

³ M. I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002, p. 207. Selon l'auteur, le renvoi de la convention au contrat est impossible, « *cette hypothèse est admissible uniquement lorsque c'est la norme légale qui habilite le contrat de travail à intervenir, à défaut de convention collective* ».

⁴ Le renvoi ne peut s'opérer en dehors des fonctions classiques de l'autonomie individuelle, autrement dit permettre l'adoption de dispositions préjudiciables au travailleur

⁵ Le renvoi au niveau individuel permet ainsi à la liberté individuelle de disposer du droit considéré (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 2003, p. 118; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 97).

⁶ En effet, établissant sa dispositivité, la convention collective « *ne peut prévoir quel sera l'instrument utilisé pour mener à bien cette diversification* » (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 99). Sur le recours aux contrats *en masse*, voir supra, n° 521.

⁷ T. SALA FRANCO, « La funcionalidad del pacto individual como vehículo flexibilizador de las condiciones contractuales », *TS*, 1993, n° 36, p. 8.

⁸ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 95.

« l'article 3.1.c) ne semble pas permettre l'exclusion de l'autonomie individuelle comme mécanisme d'amélioration »¹ permettant toujours au salarié d'améliorer les dispositions conventionnelles et légales au travers de son contrat de travail².

549. En second lieu, il convient de déterminer quelles seront les conséquences vis-à-vis du rôle du contrat si la convention ne procède à aucune régulation. Cela produit-il un agrandissement des marges d'action du contrat ? Nous savons qu'un des champs d'action du contrat comprend les matières et objets qui ne sont traités ni par la loi, ni par la convention. L'autonomie individuelle peut occuper « l'espace libre de régulation légale ou contractuelle collective [qui reste par conséquent] ouvert à l'exercice de la liberté d'entreprise et de l'autonomie contractuelle »³. Or, la promotion de la négociation collective et le recul de la loi constituent incontestablement un mécanisme favorisant la multiplication de vides normatifs⁴ permettant ainsi l'augmentation parallèle des champs pouvant être couverts par l'autonomie contractuelle. L'intensité de ce phénomène varie cependant en fonction du caractère de la loi⁵: si la loi est supplétive, l'absence de régulation conventionnelle devrait conduire à l'application de la régulation légale. Cependant l'ET a clairement tranché la question en prévoyant l'intervention du contrat parallèlement à celle de la convention, lui donnant ainsi priorité par rapport à la loi⁶. Le rôle du contrat prend dans tous les cas une importance majeure lorsque la loi procède à une délégalisation au bénéfice de la convention⁷. Dans le silence de la convention, une matière ne bénéficiera d'aucune régulation légale ou conventionnelle laissant par conséquent un champ d'intervention

¹ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 95.

² Une partie de la doctrine estime néanmoins que la convention peut adopter des dispositions dotées d'impérativité absolue empêchant au contrat de prévoir une régulation différente même plus favorable (M^e.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 1991-II, p. 409). Pour une position plus modérée, voir S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *REDT*, 1996 p. 430. Selon cet auteur, l'interdiction absolue doit être justifiée par un caractère exceptionnel et par l'existence d'un intérêt particulier.

³ STC 208/1993.

⁴ Spécialement en matière de vides conventionnels, la doctrine espagnole souligna deux autres hypothèses favorisant leur apparition : lorsque les négociateurs excluent l'ultra-activité du contenu normatif (article 86 ET) et réduisent le champ d'application personnel des conventions collectives excluant certains salariés (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 102).

Notons également l'impact pouvant résulter de l'abrogation des ordonnances de travail qui a été pris en compte par les acteurs sociaux (Conclusion de l'AI de couvertures des vides en 1997), voir supra, n° 507.

⁵ A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 20; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 17.

⁶ Dans ce sens les renvois alternatifs ou les renvois au contrat à défaut de convention collective.

⁷ Par exemple l'article 11.1.b) relatif à la durée des contrats de stages, l'article 34.2 relatif à la distribution irrégulière de la durée de travail annuelle ou l'article 22.1 relatif à la détermination du système de classification professionnel.

important à l'autonomie individuelle et au pouvoir unilatéral de l'employeur¹. La régulation, le contenu et l'existence du droit seront donc conditionnés par l'action de l'autonomie individuelle.

550. Au regard de ces considérations, il est indiscutable que le contrat de travail voit sa marge d'action s'élargir. Néanmoins, il convient de souligner que l'ampleur du rôle de l'autonomie individuelle reste, en fait, largement conditionnée par l'autonomie collective. En effet, le recul de la loi en faveur du contrat n'est pas absolu puisque celle-ci transmet à l'autonomie collective le contrôle et la délimitation de l'intervention de l'autonomie individuelle. Cette politique législative s'inscrit dans le cadre constitutionnel puisque comme le rappelle la Professeur CASAS, « *la négociation est source essentielle pour l'aménagement des relations de travail, non-pas face à la loi mais face à l'autonomie individuelle* »².

Conclusion § 1

551. En guise de conclusion sur la capacité d'émancipation du contrat de travail, force est de constater que le droit espagnol attribue une marge d'action plus importante au contrat de travail que le droit français. Néanmoins, il convient de souligner que, fondamentalement, les deux droits demeurent peu enclins à libérer le contrat de travail du cadre conventionnel ou légal. En droit espagnol, une interprétation systématique de l'article 3.1 c) ET conduit de plus à affirmer que la possibilité d'adopter des dispositions distinctes reste conditionnée à l'intérêt du salarié qui ne peut subir de préjudice.

§ 2: Les limites à la résistance du contrat de travail

552. En raison de l'effet impératif de la convention collective qui exclut l'idée de son incorporation au contrat de travail, l'autonomie de la sphère conventionnelle et de la sphère contractuelle permet, en principe, au contrat de travail de se maintenir intacte face à l'intervention de la convention collective moins favorable³. Le Professeur BORENFREUND estime néanmoins que « *le principe de non-incorporation doit être*

¹ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 105.

² M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., CEF, 2003, p. 389.

³ Voir supra, n° 524.

entendu dans une acceptation purement matérielle, sans que son affirmation conduise nécessairement à prôner une séparation radicale du régime applicable aux avantages respectivement issus du contrat et des normes collectives »¹. De plus, la transformation du contenu des conventions collectives a ravivé une controverse doctrinale relative à l'application de la convention indépendamment de son caractère plus favorable.

L'application d'une convention qui aboutit à une dégradation des conditions de travail du salarié, se réalise dès lors au travers de deux voies de portée fort différente. D'une part, dans certaines hypothèses, la convention collective moins favorable s'applique, bien que le silence du contrat de travail en la matière s'avère plus favorable au salarié. D'autre part, lorsque la convention ne peut s'appliquer directement et que le contrat de travail joue comme écran protecteur, la discussion se déplace vers la capacité de l'employeur de modifier les contrats de travail.

A. L'application de la convention collective moins favorable dans le silence du contrat de travail

553. Il s'agit ici d'aborder les conséquences de la prévision d'une clause conventionnelle établissant une obligation à la charge des salariés pris individuellement dans le silence du contrat de travail.

En droit français, ce type de clause fait généralement référence à la non-concurrence, à la mobilité géographique ou à la période d'essai². Les juges ont décidé d'appliquer ces clauses qui lient, par conséquent, individuellement chaque salarié³. Cette application n'est cependant pas automatique et reste conditionnée à certaines exigences : la clause conventionnelle doit être claire, précise et directement applicable⁴

¹ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 523.

² Le raisonnement développé peut se transposer sans majeure difficulté à ces trois types de clauses. Précisons toutefois que la jurisprudence relative à la période d'essai va certainement évoluer en raison du nouvel article L. 1221-23 CT issu de la loi du 25 juin 2008 qui indique que la période d'essai ne se présume pas et qu'elle doit être expressément prévue par une clause du contrat (M. MORAND, loc. cit., 2009, p. 906).

³ Cass. Soc. 8 janv. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 323, obs. G. COUTURIER. Le Professeur PELISSIER souligna que cette « solution semble résulter de l'application littérale de l'article 135-2 CT [L. 2254-1]: l'employeur étant lié par une convention collective, les clauses de celle-ci s'appliquent aux contrats de travail » (loc. cit., 2001, p. 108).

⁴ La clause conventionnelle peut notamment prévoir les conditions de mise en œuvre de l'obligation. Dans ce cas, l'employeur devra respecter ces conditions et pourra procéder uniquement à leur modification si celles-ci apparaissent plus favorables aux salariés (en matière de clause de mobilité concernant le respect d'un délai de prévenance, voir CA de Douai, 16 avril 2004, *Dr. ouv.*, 2004, p. 471). Conforme à cette solution, G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 523.

et le salarié doit avoir été informé, lors de son engagement, de l'existence et de l'application de la clause conventionnelle¹.

Cette solution semble cependant critiquable à plusieurs titres. Tout d'abord, si la convention instituant l'obligation est postérieure à la conclusion du contrat, l'obligation conventionnelle ne peut être appliquée². Si l'employeur veut malgré tout l'appliquer au salarié, il devra se placer dans le cadre des règles de la modification du contrat de travail³. Apparaît ainsi une distinction entre les salariés selon leur date d'embauche : les salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention ne seront pas soumis à l'obligation conventionnelle, contrairement aux salariés qui, lors de leur embauche, pouvait prendre connaissance de ladite obligation. Dans tous les cas, ce traitement différencié des salariés selon leur date d'embauche constitue une situation regrettable. Ensuite, la portée attribuée au silence du contrat de travail ne semble pas totalement satisfaisante. En effet, comment ne pas estimer que l'absence de prévision de ces obligations dans le contrat résulte de la volonté des parties de ne pas y être liées. Cette remarque prend une ampleur supplémentaire en matière de clauses de non-concurrence au regard des restrictions aux libertés fondamentales qu'elles entraînent. Dans ce cas, comme le souligna un auteur, « *la clause conventionnelle est, par conséquent une régression non par rapport au vide mais par rapport aux contrats individuels* »⁴. Il est alors possible d'affirmer comme le Professeur PELISSIER que « *cette solution est en contradiction complète avec le principe de faveur* »⁵. Enfin de manière plus pragmatique, l'exigence d'information ne semble pas satisfaisante. En effet, il est difficile de croire que lors de son embauche, le salarié puisse prendre

¹ En synthèse et reprenant littéralement les propos de la Cour de cassation, « *si, même en l'absence de clause de mobilité géographique insérée au contrat de travail du salarié, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective, lorsque la disposition se suffit à elle-même, c'est à la condition que le salarié ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance* » (Cass. Soc. 27 juin 2002). Pour une clause relative à la période d'essai (Cass. Soc. 29 mars 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 454, rapp. J.M. DESJARDINS) et pour une clause de non-concurrence (Cass. Soc. 8 janv. 1997, déjà cité).

² Cass. Soc. 17 oct. 2000, déjà cité et J. MOULY, « La clause de non-concurrence imposée par une convention collective après l'embauche du salarié: les embarras de la Cour de cassation », *D.*, 2001, p. 2061.

³ Voir infra, n° 557.

⁴ E. DOCKES, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Dr. ouv.*, 1997, p. 505.

Considérant que le silence contractuel vaut exclusion implicite de ces obligations, on aboutirait alors à un conflit entre le contrat de travail dont le silence apparaît plus favorable aux salariés et la convention collective (J. PELISSIER, loc. cit., 2002, p. 396).

⁵ J. PELISSIER, loc. cit., 2001, p. 108. Voir G. VACHET, « La liberté du travail et l'obligation de non-concurrence du salarié », in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, PU Aix-Marseille, 1994, p. 61.

connaissance et accepter ainsi l'ensemble des règles prévues dans le statut collectif applicable à l'entreprise. Un auteur proposa alors une solution, selon nous satisfaisante, qui consiste à retranscrire dans le contrat de travail les obligations prévues par la convention collective applicable¹.

554. Cette solution se rapproche alors du système espagnol en matière de clause de non-concurrence. La régulation des clauses de non-concurrence fait l'objet d'une disposition spécifique dans l'ET qui attache une attention particulière au consentement individuel du salarié. Aux termes de l'article 21.2 ET, le *pacte de non-concurrence*² est un véritable contrat qui suppose un accord de volonté de caractère individuel entre l'employeur et le salarié affecté³. Dans ce cadre, une convention collective ne peut prévoir une telle obligation de manière générique et indiscriminée, directement applicable⁴. Elle peut toutefois prévoir par exemple que l'accès à un poste de travail soit conditionné à l'acceptation par le salarié de l'application d'un ensemble de règles imposées collectivement parmi lesquelles figure un pacte de non-concurrence de cadre collectif⁵. Dans tous les cas, l'application de l'obligation de non-concurrence envisagée par la convention demeure conditionnée à la manifestation de la volonté du travailleur d'accepter les règles collectives applicables⁶.

555. Un dernier type de clauses conventionnelles doit être abordé tant ses conséquences sur l'autonomie individuelle sont importantes⁷. Il s'agit des clauses

¹ E. DOCKES, loc. cit., 1997, p. 505.

² Notons que la terminologie employée par le droit espagnol qui utilise le terme « pacte » se démarque d'ores et déjà de celle utilisée en droit français qui emploie le terme plus restrictif de « clause ».

³ Sur l'ensemble de la question, voir M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia post contractual*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, Monografías Ciencias Jurídicas, 1998, p. 78. L'auteur souligne, « l'indispensable nécessité que le pacte de non-concurrence soit accepté librement, volontairement et individuellement par le travailleur affecté ».

⁴ Le Professeur ESCRIBANO GUTIÉRREZ souligna que la convention ne peut « disposer des droits pour lesquels elle n'est pas expressément habilitée [...], ce type d'obligation additionnelle du travailleur naît du pacte, et seulement du pacte entre les sujets du contrat » (op. cit., p. 133).

⁵ La clause conventionnelle doit cependant respecter les exigences prévues à l'article 21.2 ET, voir M. NOGUEIRA GUASTAVINO, op. cit., 1998, p. 81.

⁶ Remplissant les exigences générales posées à l'article 21.2 ET, la convention peut alors se révéler être « un mécanisme de contrôle important contre les clauses de non compétence indiscriminées et sans justification objective » en établissant par exemple une durée maximale, la compensation économique et les conditions de sa justification (voir M. NOGUEIRA GUASTAVINO, op. cit., 1998, p. 82). Dans ce cas, il n'y aura pas de négociation au niveau individuel sur le contenu de la clause. La doctrine souligna cependant la quasi inexistence dans la pratique conventionnelle de prévisions en la matière (voir M. NOGUEIRA GUASTAVINO, op. cit., 1998, p. 82).

⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo », *RL*, 2008, n° 2, p. 3.

conventionnelles de mise à la retraite automatique ou forcée. Celles-ci, connectées au droit fondamental au travail¹, ont été admises en droit français et espagnol mais demeurent soumises à une habilitation légale et doivent respecter des conditions de validité.

En Espagne, tout d'abord admise puis abrogée et une nouvelle fois admise, la faculté pour la convention collective de prévoir des clauses de mise à la retraite forcée est actuellement régulée par la disposition additionnelle 10 ET². Ce précepte soumet leur validité au respect de trois conditions : le salarié doit avoir atteint l' « *âge ordinaire de retraite fixée par les normes de la Sécurité Sociale* », il doit avoir cotisé « *la période minimale pour avoir droit à la pension de retraite dans sa modalité contributive* »³ et enfin cette mesure doit être en cohérence avec la politique d'emploi établie dans la convention⁴.

En France, ces clauses sont traitées aux articles L.1237-5 et suivants du Code du Travail⁵. Le dispositif légal se rapproche de celui établi en Espagne mais apparaît plus favorable aux salariés qui peuvent seuls en réclamer le bénéfice qui n'intervient pas de plein droit⁶. Outre la fixation d'un âge minimum à partir duquel un salarié peut être affecté par ces clauses, les dispositions légales prévoient l'obligation pour la convention de fixer « *des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle* »⁷ et conditionnent la mise à la retraite au bénéfice pour le salarié d'une pension de vieillesse à taux plein au sens du code de la sécurité sociale⁸. Est enfin prévue une indemnité de mise à la retraite qui sera au moins égale à l'indemnité établie en matière de licenciement.

¹ Dans le même ordre d'idée se situe la clause de non-concurrence même si son ampleur est plus réduite.

² Loi 14/2005 du 1er juill. et STC 280/2006 du 9 oct. ; STC 341/2006 du 11 déc. Pour un panorama général de la question, voir I. ALBIOL MONTESINOS, « *Jubilación forzosa y convenio colectivo* », in *Tratado de jubilación, Homenaje al Profesor LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*, Madrid, Iustel, 2007, p. 1353.

³ La pension minimale représente 50% de la pension retraite. La convention collective peut toutefois prévoir une période plus importante.

⁴ Pour une critique relative à l'interprétation extensive de cette exigence, voir I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 2007, p. 1368.

⁵ Anc. art. L.122-14-13 CT

⁶ ARUFE VARELA, « *La protección de los intereses del trabajador individual frente a su jubilación forzada pactada en convenio colectivo. Un apunte de derecho comparado sobre la regulación del tema en las legislaciones laborales y de seguridad social de España y de Francia* », *AL*, 2006-I, p. 1027.

Pour approfondir la situation française, G. COUTURIER, « *Les clauses « couperet », encore...* », *Dr. Soc.*, 1995, p. 231 et J. SAVATIER, obs. sous Cass. Ass. Plén. 6 nov. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 94.

⁷ Ce qui va plus loin que le dispositif espagnol.

⁸ La régulation légale espagnole prévoit un bénéfice minimum nettement inférieur.

556. Pour conclure ce développement, il semble important de souligner que l'ensemble de ces clauses démontre que la frontière entre l'autonomie collective et l'autonomie individuelle n'est pas totalement imperméable et que le contrat ne représente pas « *la forteresse qui s'oppose victorieusement à toute réduction immédiate des droits des salariés* »¹.

B. La portée du droit de refus en France

557. Considérant que la source juridique d'un avantage gouverne le régime de sa modification², il est possible de considérer qu'une condition contractuelle de travail ne peut être remise en cause par une convention collective. De l'autonomie de la convention collective et du contrat de travail, il ressort l'incapacité de la convention collective de modifier un contrat de travail individuel³. Les juges ont dans ce sens affirmé que le salarié est en droit de refuser une modification de son contrat de travail consécutive à une disposition conventionnelle moins favorable⁴.

En revanche, ils ont estimé a contrario que « *lorsque le statut d'un salarié dans l'entreprise résulte exclusivement de dispositions conventionnelles, les modifications*

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1985, p. 809.

² En droit espagnol, la notion de condition plus avantageuse qui permet, entre autre, la contractualisation d'une pratique de l'employeur (voir supra, n° 534), conduit toutefois à nuancer cette affirmation, notamment lorsqu'il s'agit d'une condition plus avantageuse issue d'un accord d'entreprise (pour approfondir, voir infra, n° 797).

³ Le contrat ne peut être modifié que par un accord de volontés des parties aux contrats (Cass. Soc. 17 fév. 1993, *RJS*, 4/93, n° 391). L'acceptation de la modification doit être expresse, l'exécution du contrat de travail aux nouvelles conditions ne vaut pas acceptation des nouvelles conditions (Cass. Soc. 8 oct. 1988, Arrêt Raquin, *Dr. soc.*, 1998, p. 135, note J. SAVATIER). Voir également M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 107 ; Ph. WAQUET, loc. cit., 1994, p. 399 ; J. DEPREZ, « Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1986, p. 906). Comme le souligne la doctrine, « *cette solution constitue le corollaire naturel de l'absence d'incorporation au contrat des avantages issus d'une convention collective* » (G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 521).

Le caractère intangible du contrat de travail joue également face à la modification unilatérale de la part de l'employeur (en matière de rémunération, voir Cass. Soc. 19 mai 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 885, obs. G. COUTURIER) quand bien même une clause contractuelle permet cette modification en dehors de toutes limites ou de critère objectifs la justifiant (clause déclarée nulle, Cass. Soc. 27 fév. 2001, C. RADE, « Haro sur le contrat : à propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 514 ; Cass. Soc. 2 juill. 2002, *D.*, 2003, somm. comm., p. 391, obs. V. WAUQUIER ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 614).

⁴ Cass. Soc. 25 fév. 1998, *RJS*, 4/98, n° 97 ; Cass. Soc. 14 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 251 ; Cass. Soc. 13 nov. 2001, *Bull. civ. V*, n° 340). La modification est possible si le salarié adhère individuellement à l'accord (Cass. Soc. 25 fév. 2003, *RJS*, 5/03, n° 567).

Notons que ce droit de refus peut être expressément prévu dans la loi comme en matière de repos dominical dans les grandes agglomérations, les zones touristiques et les commerces alimentaires (dans cette hypothèse, « *le travail dominical suppose l'acceptation du salarié, du moins tacite* » (voir F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 256).

régulièrement apportées à ces dispositions s'imposent, sauf clause contraire, à lui, sans qu'il puisse prétendre au maintien de droits acquis »¹.

558. L'existence d'accords dérogatoires ou « donnant-donnant » a bouleversé ce cadre tranquille et conduit à s'interroger sur la capacité d'un accord de dégrader les conditions de travail contractuelles des salariés. Il importe alors de déterminer le fondement de l'incapacité de la convention de modifier une clause contractuelle.

Plusieurs positions doctrinales se dégagent² et conduisent à des solutions variées.

Un premier courant doctrinal fonde le maintien de la disposition contractuelle sur son caractère plus favorable³. Cette solution se heurte toutefois aux difficultés relatives à la détermination de la disposition plus favorable qui se voient accentuées par l'essor des accords donnant-donnant⁴. Plusieurs auteurs se tournent alors vers des fondements civilistes et la force obligatoire du contrat⁵. La capacité de résistance du contrat de travail à un accord collectif se fonde alors « *par référence au principe de l'intangibilité contractuelle* »⁶.

A l'opposé, plusieurs auteurs considèrent que les dispositions de la convention doivent s'appliquer. En référence aux accords dérogatoires, il a été très tôt souligné que si ces derniers écartent la loi, il ne peut être admis que l'autonomie individuelle puisse

¹ Cass. Soc. 30 mars 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 521. Dans ce sens, tout en rappelant que la rémunération est un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié (Cass. Soc. 28 janv. 1998, *RJS*, 3/98, n° 275) et que la réduction conventionnelle de salaire est sans effet sur le montant du salaire prévu au contrat (Cass. Soc. 27 mars 2001, *RJS*, 6/01, n° 751), les juges ont estimé que si le contrat renvoie la fixation du salaire ou la détermination de ses éléments à la convention collective, les modifications ultérieures des normes conventionnelles s'appliqueront sur les relations individuelles et le salarié ne pourra invoquer son contrat de travail (C. RADE, « Les limites du « tout contractuel » (Cass. Soc. 27 juin 2000, Crochard et autres c/ Sté. Air-France) », *Dr. soc.*, 2000, p. 828 ; Ph. WAQUET, « En marge de l'arrêt Air France (Cour Cass. Ch. Soc. 27 juin 2000) », *Dr. soc.*, 2000, p. 1007 ; Cass. Soc. 10 juin 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 887, obs. C. RADE ; J. PELISSIER, loc. cit., 2001, p. 108. Du même auteur, « La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouv.*, 2005, p. 92 ; M. MORAND, « Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif », *RDT*, 2007, p. 145.

² Pour approfondir, voir F. CANUT, op. cit., p. 415.

³ Selon eux, un employeur peut appliquer une clause conventionnelle uniquement si elle est plus favorable que le contrat de travail du salarié. L'entrée en vigueur d'une convention conduit à l'existence d'un concours de normes à résoudre selon l'article L. 2254-1 CT (C. RADE, obs. sous Cass. Soc. 10 juin 2003, déjà cité ; P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2003 (a), p. 88).

⁴ T. KATZ, op. cit., p. 281.

⁵ Art. 1134 C. civ. ; G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.*, 1990, p. 632 ; Y. CHALARON, loc. cit., 1998, p. 363 ; F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 255. Sur la délicate question de l'application du droit commun des contrats aux contrats de travail, voir S. Le GAC-PECH., loc. cit., p. 2253.

⁶ F. CANUT, op. cit., p. 409.

les écarter¹. Le droit de refus du salarié conduirait également à atténuer les effets juridiques traditionnels des conventions collectives dont la place ne cesse pourtant de progresser². Le Professeur PELISSIER affirme ainsi qu'« *en autorisant tel ou tel salarié à refuser qu'il lui soit fait application de telle ou telle clause conventionnelle au motif que son contrat individuel contient une clause plus favorable que la clause conventionnelle, on ôte à la clause conventionnelle sa portée collective et on dissuade du même coup les employeurs de signer de telles conventions* »³.

Actuellement, la jurisprudence favorise le maintien de la disposition contractuelle en se référant notamment à l'application des règles de droit commun des contrats⁴. Cette position permet alors de maintenir la protection des intérêts des salariés en présence d'accords dérogatoires ou « donnant-donnant » qui peuvent aboutir à une dégradation de leurs conditions de travail. Les controverses ne sont cependant pas closes. Bien au contraire, les nouvelles règles de représentativité et de majorité issues de la loi de 2008, offrent un argument supplémentaire et de poids aux partisans de l'application de la convention indépendamment de son caractère plus ou moins favorable⁵. Il est alors intéressant de mettre en exergue un arrêt récent de la Cour de cassation dans une matière tant problématique comme l'aménagement du temps de

¹ Dans ce sens, le Professeur DESPAX soulignait qu'admettre l'opposabilité individuelle conduirait à priver d'effet la convention conclue (op. cit., 1989, p. 256).

Or, reprenant les propos du Professeur BORENFREUND, l'application de la convention au détriment du contrat « *reviendrait à considérer que les clauses de l'accord collectif dérogatoire doivent prévaloir par principe sur celles du contrat individuel. La hiérarchie des sources en droit du travail serait ainsi doublement perturbée, du point de vue de la relation de la loi avec l'accord collectif et de la relation de l'accord collectif avec le contrat. L'abandon du caractère impératif de la loi donnerait naissance à un effet impératif renforcé de l'accord collectif vis-à-vis du contrat* » (loc. cit. 1990, p. 632). Dans le même sens, on peut considérer que si la loi prévoit elle-même sa mise à l'écart par rapport à l'accord dérogatoire, aucun texte ne met à l'écart l'article L. 2254-1 CT relatif à l'application du contrat plus favorable (T. KATZ, op. cit., p. 258, note 1198).

² Dans ce sens, un auteur affirme que l'essor de la négociation collective « *rend insupportable l'idée que le contrat de travail puisse s'opposer à l'efficacité de la norme négociée* » (M. MORAND, loc. cit., 2007, p. 144).

³ Loc. cit., 2000, p. 110.

⁴ Dans ce sens, Cass. Soc. 7 nov. 2007, inédits et G. PIGNARRE, « Faux conflits et vraies distinctions : les rapports entre contrat de travail et accord collectif postérieur réglés par référence au principe de l'intangibilité contractuelle », *RDT*, 2008, p. 31.

⁵ Partisan du renforcement du contrat face à la convention, le Professeur DOCKES affirmait antérieurement à la réforme de 2008 que « *le minimum, pour que la question (relative à l'application d'un accord sans pouvoir invoqué le contrat de travail) puisse seulement être envisagée serait de réserver la conclusion des conventions collectives aux syndicats majoritaires* » (« Elargir le champ et la force du contrat », *RDT*, 2007, p. 149). Le Professeur BORENFREUND affirmait également que « *la prédominance de l'accord collectif exige, pour le moins, que la représentativité réelle des syndicats soit garantie* » (loc. cit., 1990, p. 634). Le Professeur PELISSIER, favorable à l'application de la convention, estime quant à lui que la suprématie de la norme conventionnelle sur la norme contractuelle est « *indissolublement liée à l'exigence que les conditions de validité des conventions collectives soient beaucoup plus rigoureuses de telle sorte que l'application des conventions soit acceptée par les salariés* » (loc. cit., 2001, p. 110).

travail¹. Les juges y ont estimé que l'instauration conventionnelle d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail². Voilà donc une belle illustration de la capacité de résistance du contrat de travail face à l'impérativité des conventions collectives. Force est cependant de constater que la loi est intervenue de manière directe pour mettre fin à cette jurisprudence. En effet, depuis la loi dite Warsmann adoptée en mars 2012, l'article L. 3122-6 al. 1^{er} CT dispose désormais que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* »³.

559. Dans tous les cas, il est important d'insister sur le fait que le droit de refus ainsi exprimé par le salarié n'empêche pas l'employeur de modifier un contrat de travail afin, par exemple, d'intégrer une nouvelle régulation conventionnelle. La discussion se déplace alors sur la marge de manœuvre de l'employeur pour modifier unilatéralement le contrat de travail d'un salarié⁴.

Il ne s'agit pas ici d'analyser en détail la procédure de modification du contrat de travail, qui se distingue de l'hypothèse de changements des conditions de travail⁵, mais de mesurer la façon dont l'employeur peut prétendre modifier un contrat de travail à la suite de l'entrée en vigueur d'une convention⁶. Cette procédure conduit l'employeur à

¹ Cass. Soc. 28 sept. 2010, *JCP S*, 2010, 1466 ; J. BARTHELEMY, « Modulation des horaires et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 151 ; F. FAVENNEC-HERY, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL*, 2010, n° 1464, p. 10.

² P.Y. VERKINDT, « Le temps de travail et l'articulation des sources », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation mars 2011*, Paris, Dalloz, 2011, p. 21.

³ Art. 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

Reprenant les propos du Professeur ANTONMATTEI, « *la réponse [légale] est cinglante et il est inutile de s'interroger longuement sur le traitement du refus du salarié : c'est désormais du disciplinaire. À bon entendeur...* » (« Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Dr. soc.*, 2012, p. 672. Voir également F. FAVENNEC-HERY, « L'article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *SSL*, 2012, n° 1534, p. 4).

⁴ Le Professeur BORENFREUND écrit dans ce sens que « *l'application effective des dispositions [de la convention] serait subordonnée à l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction, vis-à-vis de chaque salarié pris individuellement* » (loc. cit. 1990, p. 636).

⁵ Dans ce cas, l'employeur agit dans le cadre de son pouvoir de direction et de gestion sans que les salariés puissent opposer leur contrat de travail audit changement (pour approfondir, J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 639).

⁶ La distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail est consacrée par plusieurs arrêts de 1996 (Cass. Soc. 10 juill. 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 976, obs. H. BLAISE). Antérieurement les juges évoquaient une autre distinction prenant en compte le caractère substantiel ou non de la modification opérée (J. PELISSIER, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », *D.*, 1992, chron. 30).

Sur la problématique relative à la qualification de modification du contrat de travail, Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », *RJS*, 12/1996, p. 798 ; du

proposer au salarié la modification envisagée afin de recueillir son accord¹. Si le salarié refuse, l'employeur peut renoncer à la modification ou procéder au licenciement du salarié². Le licenciement doit dans tous les cas être fondé sur une cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a alors affirmé que le motif du licenciement ne peut se fonder uniquement sur le refus du salarié³. Les juges devront alors « *rechercher si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement* »⁴. Le Professeur BORENFREUND souligne, pour ce qui nous intéresse, que l'accord collectif élément déclencheur de la modification constitue « *un indice fort qui ne dispense pas les juges de contrôler* » la réalité des motifs invoqués⁵.

Selon le motif de la modification, la qualification du licenciement peut être d'ordre personnel⁶ ou économique⁷. Des dispositions légales prennent cependant en considération deux hypothèses spécifiques. D'une part, dans l'hypothèse où l'employeur propose la modification à plusieurs salariés et qu'au moins dix salariés refusent la modification, l'article L. 1233-25 CT prévoit que les règles relatives au licenciement collectif pour motif économique doivent s'appliquer⁸. D'autre part, la loi prévoit expressément que lorsque la modification est consécutive à l'application d'un

même auteur, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS*, 5/1999, p. 383; J. PELISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 101 ; du même auteur « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS*, 1/04 ; M. MORAND, loc. cit., 2009, p. 903 ; R. KELLER, « Modification du contrat de travail ou simple changement des conditions de travail ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 419.

Contentons-nous de préciser que les tribunaux disposent d'une large marge de manoeuvre qui a pu aboutir à une réduction du champ du contractuel et corrélativement à une augmentation des pouvoirs de l'employeur (dans ce sens, la création prétorienne des clauses non contractuelles ou clauses informatives, Cass. Soc. 3 juin 2003 relative à la détermination du lieu de travail, *Dr. soc.*, 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER). Pour approfondir, S. Le GAC-PECH., loc. cit., p. 2250).

¹ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 520.

² Cass. Soc. 4 fév. 1988, *Bull. civ.* V, n° 96. Le salarié peut également prendre acte de la rupture en l'imputant à l'employeur et saisir le Conseil des prud'hommes qui jugera dans cette hypothèse que la rupture s'analyse en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (pour approfondir, voir J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 639).

³ « *Le seul refus d'accepter une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement* » (Cass. Soc. 14 nov. 2007, *JCP S*, 2008, p. 1097, note B. BOSSU).

⁴ Cass. Soc. 10 déc. 1996, *Dr. soc.*, 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER.

⁵ Loc. cit., 1997, p. 521 ; Y. CHALARON, loc. cit., 1998, p. 364, pour qui, le refus ne peut être considéré comme une faute justifiant le licenciement. « *Il appartiendrait alors au juge de dire dans chaque cas et sans automatisme, si l'accord présentait pour l'entreprise un intérêt tel, notamment pour la sauvegarde de la compétitivité que son application constituait une cause économique réelle et sérieuse de rupture des contrats des salariés réfractaires* ».

⁶ La modification du contrat est par exemple consécutive à une faute du salarié.

⁷ Art. L. 1233-3 CT : « *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 à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ».

⁸ Anc. art. L. 321-1-3 CT.

accord collectif de réduction de la durée du travail¹, le refus par un ou plusieurs salariés devait s'analyser en un licenciement pour motif personnel ne reposant pas sur un motif économique². Il est de plus possible d'affirmer que « *le motif réel et sérieux du licenciement trouve sa source dans l'accord collectif de réduction du temps de travail* »³. Dans tous les cas, lorsqu'il s'agit d'un motif économique les juges doivent apprécier si la modification est « *consécutive à de difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité* »⁴.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que le refus du salarié s'accompagne finalement d'effets assez modestes⁵. En effet, un salarié confronté à une modification de son contrat de travail consécutive à l'entrée en vigueur d'une norme conventionnelle moins favorable, peut, ou bien l'accepter, ou bien s'exposer à un « *licenciement, « avec les honneurs » mais en principe justifié !* »⁶.

C. Le principe d'inamovibilité du contrat de travail et la suppression de la condition plus avantageuse en Espagne

560. Les développements antérieurs nous ont permis de souligner que la notion de condition plus avantageuse est une notion hétérogène et multiforme⁷. Outre l'amélioration des dispositions légales ou conventionnelles et la capacité d'englober des conditions issues de sources non strictement contractuelles, une troisième facette de la

¹ L'article L. 1222-7 CT énonce également que « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* ».

² Art. L. 1222-8 CT (anc. art. L. 212-3). Le licenciement ainsi prononcé est un « *licenciement sui generis, de troisième type entre licenciement pour cause personnelle et licenciement économique* » (M. MORAND, loc. cit., 2007, p. 146 ; Cass. Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 107). Dans tous les cas, cela conduit à l'inapplication des obligations inhérentes au licenciement économique (procédure spécifique de consultation des représentants du personnel, présentation d'un plan social, proposition d'une convention de conversion, obligation de reclassement, priorité de réembauchage).

³ Cette règle qui visait à faciliter la réduction de la durée légale de travail hebdomadaire amorcée en 1998, demeure en droit positif et pourrait, en période de crise économique, s'appliquer à des accords de réduction du temps de travail qui ne sont plus liées à la réforme légale (M. MORAND, loc. cit., 2009, p. 905-906).

⁴ Cass. Soc. 14 mai 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 740, obs. F. FAVENNEC-HERY.

⁵ « *En pratique, lorsque la modification imposée par convention collective est économiquement justifiée, lorsqu'elle a une cause réelle et sérieuse, reconnaître un droit de refus revient simplement à exiger une certaine transparence (envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception à chaque salarié selon la procédure de l'article L. 321-1-2 CT) et le respect d'une procédure de licenciement pour les récalcitrants* » (E. DOCKES, loc. cit., 2007, p. 149).

⁶ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1994, p. 362.

⁷ Voir supra, n° 534.

notion de condition plus avantageuse doit être ici envisagée. Elle permet alors de souligner qu'en raison de sa contractualisation, la condition plus avantageuse ne peut être modifiée par une convention collective¹. Le principe est clair : le contrat est inamovible, sa modification nécessite l'accord mutuel des parties².

La condition plus avantageuse traduit donc cette solution et vise ici la capacité du contrat de résister aux changements normatifs moins favorables³. Pour le Professeur M. ALONSO GARCÍA, le principe de la condition plus avantageuse est celui « *en vertu duquel les conditions plus favorables dont bénéficie le travailleur, nées de situations apparues sous la norme abrogée, seront respectées et continueront à s'appliquer jusqu'à l'extinction de la relation de travail* »⁴. Pour le TS, l'article 3.1 c) ET ouvre la possibilité d'établir « *des conditions plus favorables pour le travailleur que celles prévues dans les dispositions légales et conventionnelles et que, comme conditions plus avantageuses d'origine contractuelle, elles ne soient pas en principe affectées par de possibles régulations générales postérieures plus restrictives* »⁵. La convention ne peut donc pas supprimer ou réduire ces conditions⁶ qui restent immunes aux changements des normes étatiques ou conventionnelles⁷.

¹ « *Quand il s'agit de droits acquis à titre individuel qui ont permis de consolider une position déterminée du travailleur dans l'entreprise, ces droits qui ne rentrent pas en collision avec l'intérêt collectif exprimé dans la convention, doivent et peuvent être conservés* » (M. I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002, p. 203).

² Lorsque la condition plus avantageuse provient d'un pacte exprès ou tacite entre un salarié et son employeur, tous deux peuvent par la conclusion d'un nouveau pacte ultérieur convenir de sa diminution ou suppression. Le travailleur peut également accepter une modification proposée par l'employeur (STSJ des Balears du 21 déc. 1999, AS2000/543. Voir également M. I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 2002, p. 276).

³ La condition plus avantageuse conduit logiquement à limiter le pouvoir de l'employeur. Dès lors, reprenant les propos du Professeur VALDÉS, la condition plus avantageuse a trois conséquences juridiques : « *en premier lieu, cette condition s'incorpore au noyau contractuel, intégrant le patrimoine du travailleur, en second lieu, la condition se convertit en obligatoire pour l'employeur qui ne pourra ni la méconnaître, ni la supprimer, sauf si dans l'acte constitutif une réserve expresse de son éventuelle suppression était prévue ; enfin ladite condition prévaut sur la norme et, par conséquent, sur les changements normatifs qui peuvent intervenir* » (« Prólogo » in E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, *La compensación y absorción de salarios*, Madrid, MTSS, 1984, p. 14).

⁴ M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, Ariel, 1981, p. 255; F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 225, T. SALA FRANCO, *El principio de la condición más beneficiosa*, Madrid, AEDIPE, 1982, p. 46 et A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 273; M.T. DÍAZ AZNARTE, op. cit., p. 87.

⁵ STS du 24 juin 1992, Ar/4667.

⁶ STS du 1^{er} juin 1992, Ar/4504 ; STS du 27 janv. 2004, Ar/953 ; STS du 21 nov. 2006, Ar/752 de 2007.

⁷ Sur ce point, la condition plus avantageuse semble alors se déplacer vers la question relative à la succession des normes dans le temps. La condition plus avantageuse demeure cependant une notion centrée sur la relation entre autonomie collective et autonomie individuelle et sur un problème de hiérarchie des sources (M.T. DÍAZ AZNARTE, op. cit., p. 87).

561. Il convient toutefois de souligner que l'ET prévoit deux mécanismes conduisant à la diminution ou à la suppression de cette condition¹. La dégradation des conditions de travail qui en découle, peut alors s'opérer au travers de la procédure de modifications substantielles des conditions de travail et de la règle légale de la compensation et absorption.

562. La procédure de modifications substantielles des conditions de travail est prévue à l'article 41 ET². Elle permet à un employeur de modifier ou supprimer une condition plus avantageuse prévue dans un contrat de travail individuel³ et ainsi intégrer, de manière indirecte, une nouvelle régulation conventionnelle⁴.

Une observation doit être ici formulée. Selon le caractère individuel ou collectif reconnu à la modification, l'employeur est soumis à des exigences différentes⁵, quand bien même certaines exigences générales sont partagées⁶. Antérieurement à la réforme de 2012, le critère de distinction entre les modifications de caractère individuel et celles de caractère collectif, était la source de la condition prétendant être modifiée⁷. La modification de caractère individuel se référait à « *des conditions de travail que possèdent les travailleurs à titre individuel* », c'est-à-dire rattachées aux contrats de

¹ Les juges ont dans ce sens souligné que le maintien de certains droits et avantages ne garantit pas pour autant leur application *ad vitam eternam*. Reprenant les termes du Tribunal Central du Travail espagnol, « *il ne doit jamais dériver d'une action de l'entreprise un attachement à vie pour celle-ci* » (STCT du 11 janv. 1989, Ar/6).

Une autre possibilité pour l'employeur de procéder à la suppression de la condition consiste à appliquer la clause *rebus sic stantibus*. La doctrine souligna néanmoins les grandes difficultés quant à sa mise en œuvre (F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 321 ; C. TOLOSA TRIBIÑO, loc. cit., p. 207).

² L'article 41 ET se réfère uniquement aux modifications substantielles des conditions de travail. Comparablement au droit français, sont donc distingués deux types de modifications auxquelles s'appliquent deux régimes différents. D'une part, les modifications substantielles et, d'autre part, les modifications non substantielles du contrat de travail. Comme en droit français, peuvent être considérées comme modifications non-substantielles, les modifications qui correspondent « *à l'exercice régulier des facultés de direction attribuées au chef d'entreprise* » (article 5.c) et 20.2 ET ; voir, F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Alicante, Universidad de Alicante, 1984, p. 130.

³ Précisons que le salarié et l'employeur peuvent par accord mutuel procéder à cette modification et ainsi écarter l'application de l'article 41 ET qui constitue une procédure subsidiaire (STS du 6 mai 1996, Ar/4379 ; J.M RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 417), dès lors que les dispositions légales et conventionnelles impératives sont respectées et que la liberté syndicale n'est pas atteinte (STS du 2 juill. 1997, Ar/69).

⁴ Notons par ailleurs que l'article 41 ET se réfère de manière explicite et différenciée à la modification de la convention collective statutaire (voir infra, n° 748 s.).

⁵ Basiquement, il s'agit de l'ouverture d'une période de « *consultation-négociation* » avec les représentants du personnel en cas de modification de caractère collectif (voir infra, n° 771).

⁶ Il s'agit d'une limitation matérielle et d'une exigence de causalité (pour approfondir, voir infra, 754 s.).

⁷ Art. 41.2.2 ET. A. LORENTE RIVAS, op. cit., 2009, p. 158. Précisons toutefois qu'en matière de fonctions et d'horaires, jouait également de manière cumulative un critère numérique, relatif aux nombre de travailleurs affectés.

travail. Le caractère collectif renvoyait aux conditions « *reconués aux travailleurs en vertu d'accords ou de pactes collectifs ou appliquées aux travailleurs en vertu d'une décision unilatérale de l'employeur à effets collectifs* »¹. Désormais, suite à la réforme de 2012, aux termes de l'article 41.2 ET, le critère de distinction réside dans le nombre de travailleurs affectés², comme en matière de mobilité géographique³. La modification d'une décision unilatérale de l'employeur à effets collectifs mais surtout d'un accord ou d'un pacte ou accord collectif⁴, peut donc revêtir une dimension individuelle.

Centrant ici notre analyse sur la modification de caractère individuel, cette procédure implique que l'employeur qui prétend modifier les conditions de travail, communique sa décision par une simple notification au(x) travailleur(s) affecté(s) et à ses représentants légaux avec un préavis de 15 jours⁵. Lorsque la modification revêt une dimension individuelle, l'employeur n'est par conséquent soumis à aucune exigence ou contrainte d'ordre collectif. Si la procédure de modification remplit toutes les exigences légales, le salarié peut, dans tous les cas, demander la résiliation de son contrat de travail⁶. Il est ainsi considéré comme à l'initiative de la rupture du contrat de travail mais percevra néanmoins une indemnisation correspondant à 20 jours par année travaillée avec une limitation de 9 mensualités⁷. Si le salarié refuse cette modification estimant que les exigences légales ne sont pas réunies, il peut contester au plan judiciaire la modification⁸. Dans le cas où la modification ne respecte pas les exigences

¹ STS u.d. 8 nov. 2002, Ar/10576; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2001, p. 70. La prise en compte de l'intérêt personnel du ou des salariés concernés constituent l'élément différenciateur décisif.

² Est collective la modification qui affecte, dans une période de 90 jours, au moins diez travailleurs dans les entreprises qui occupent moins de cent travailleurs, au moins 10% du nombre de travailleurs dans les entreprises qui occupent entre 100 et 300 travailleurs et, enfin, au moins 30 travailleurs dans les entreprises qui occupent plus de 300 salariés.

Est individuelle, la modification qui dans la période de référence n'atteint pas ces seuils.

³ Art. 40 ET.

⁴ Pour approfondir sur cette question, voir infra, n° 797.

⁵ Art. 41.3 ET. Antérieurement à la réforme de 2012, ce délai était de 30 jours (pour approfondir, voir A. BEJARANO HERNANDEZ, *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Madrid, Civitas, 2000, p. 107).

⁶ C. SÁEZ LARA, « Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo », *TL*, 2012, n° 115, p. 244.

⁷ Art. 41.3 al. 2 ET. Il incombe au salarié d'établir le préjudice subi (STS du 18 mars 1996, Ar/2082 ; STS du 18 juill. 1996, Ar/6165). Cette indemnité est établie sans préjudice de l'article 50.1 a) ET en matière de droit à la formation et de droit à la dignité qui prévoit des dommages spécifiques plus élevés. Pour approfondir, voir C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 213 s. ; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 185.

⁸ La contestation judiciaire de la décision de modification des conditions de travail peut être individuelle ou collective. La contestation individuelle est ouverte au salarié qui pourra agir dans le cadre de l'article 138 LPL qui prévoit une procédure spécialement élaborée à cette fin. La contestation collective mise en œuvre par les représentants des salariés suivra quant à elle la procédure classique de conflit collectif prévue aux articles 151 à 160 LPL.

légales, le salarié peut alors prétendre au retour au poste de travail dans les conditions antérieures. Si l'employeur persiste, il devra recourir à la procédure de licenciement injustifié pour être non-conforme au droit¹ ou reprenant la terminologie française, sans cause réelle et sérieuse.

En définitive, un employeur qui prétend adapter les conditions de travail aux nouvelles dispositions conventionnelles doit passer par cette procédure sans que la convention puisse s'appliquer de manière automatique. Les dispositions conventionnelles sont donc appliquées au travers du filtre de l'autonomie individuelle permettant aux salariés de s'opposer à cette modification et d'être, en ultime recours, licenciés, comme en droit français, avec les honneurs.

Cette procédure de modifications substantielles revêt néanmoins une dimension supplémentaire en raison de la prise en compte de la diversité des sources pouvant être à l'origine d'une condition plus avantageuse. En effet, nous avons vu antérieurement que la condition plus avantageuse pouvait être issue, outre du contrat individuel de travail (de manière expresse ou tacite), d'une décision de l'employeur à effets collectifs² ou d'un pacte ou accord collectif.

Deux hypothèses doivent alors être distinguées. Lorsqu'il s'agit de modifier un contrat de travail ou une décision unilatérale de l'employeur à effets collectifs, il importe d'apprécier les conditions et les exigences qui entourent cette modification, notamment l'exigence de causalité. Admettant que cette dernière a été fortement neutralisée par la réforme de 2012³, l'employeur peut désormais modifier, pratiquement

L'analyse de ces procédures de contestation est source d'abondantes discussions doctrinales. Pour approfondir ces questions, voir notamment G. MOLINER TAMBORERO, « La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo », *REDT*, 2003, n° 117, p. 454; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, Madrid, CES, 1996, p. 153 s.; A. BEJARANO HERNANDEZ, op. cit., 2000, p. 131 s. Voir également, J. CRUZ VILLALÓN, « La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo », in *La modificación del contrato de trabajo*, Ibidem, Madrid, 1997, p. 147 et J. MALPARTIDA MORANO, « Modalidad procesal para las modificaciones sustanciales de condición de trabajo (sucinto análisis del artículo 138 LPL) » *AL*, 2003-I, p. 289.

¹ En Espagnol « *improcedente* ».

² En l'espèce, dès son introduction en 1994, la doctrine avait souligné que, poursuivant l'objectif d'adaptabilité, l'article 41 ET « *met fin à l'intangibilité qu'entourait la figure des conditions les plus avantageuses au travers de la décision unilatérale de l'employeur* » et permet « *l'introduction d'une augmentation considérable des facultés unilatérales des employeurs* » (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 183 ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 81). Pour le Professeur PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, la nouvelle rédaction de cet article constitue « *le véritable axe politique* » de la réforme (« *La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa* », *AL*, 1996-II p. 413). Favorable à la nouvelle rédaction: A. MONTROYA MELGAR, « *La nueva configuración del poder de dirección del empresario* », in *Estudios en homenaje a M. ALONSO GARCÍA*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 190 et 199).

³ Voir infra, n° 754 s.

à sa guise, les termes d'un contrat de travail. Il est dès lors possible d'affirmer que la dimension contractuelle de la relation de travail se voit nettement affectée au bénéfice du renforcement des pouvoirs de l'employeur, remettant ainsi en cause les principes du droit commun des contrats¹ et permettant par ailleurs d'accentuer l'autonomie et les spécificités du droit travail.

En revanche, il est difficilement concevable d'admettre la modification individuelle d'une condition de travail qui a été déterminée collectivement. Dans le dispositif antérieur à la réforme de 2012, le critère de distinction entre la modification individuelle et collective était la source de la condition de travail, ce qui permettait de garantir que l'intervention de l'employeur visant à modifier une condition issue d'une manifestation du droit à la négociation collective, et par conséquent de nature collective, soit dans tous les cas soumise à une procédure impliquant l'intervention des représentants du personnel et l'éventuelle conclusion d'un accord également issu de l'autonomie collective². Désormais, la modification d'une manifestation de la négociation collective peut s'opérer dans le cadre de la procédure de modification individuelle si les seuils des salariés affectés ne sont pas atteints³. La conséquence est alors « *une manifeste « décollectivisation » d'hypothèses qui antérieurement avaient la considération de collectives* » ce qui entraîne par là même une réduction des droits de consultation et de négociation collective inhérents aux modifications collectives⁴. Plus loin, indépendamment du caractère individuel ou collectif de la réforme, la possibilité pour l'employeur de modifier un pacte ou un accord collectif qu'il peut par ailleurs avoir lui-même signé, pose de nombreuses difficultés en raison de la reconnaissance à l'article 37.1 CE du droit à la négociation collective et de la force contraignante des « *conventions collectives* ». Nous reviendrons plus loin sur cette problématique. Limitons-nous ici de mettre en exergue que le changement de critère permettant de distinguer la modification de caractère individuel ou collectif et ainsi de déterminer l'intervention des représentants du personnel et l'éventuelle conclusion d'un accord en la matière, n'a fait qu'accentuer et renforcer les problèmes juridiques entourant l'article 41 ET.

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., *TL*, 2012, p. 49 s.

² Sur cette procédure de modification collective qui reste malgré la réforme de 2012, intimement liée au droit à la négociation collective, voir infra, n° 771.

³ C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 241. L'auteur souligne par ailleurs que cette réforme « *ne fait qu'appeler modification individuelle à une modification de conditions fixées par accord collectif qui peut affecter de plus à tous les travailleurs de l'entreprise, si celle-ci à moins de 10 travailleurs* ».

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 39.

563. Le deuxième mécanisme conduisant à la réduction ou suppression de la condition plus avantageuse est prévu légalement à l'article 26.5 ET en matière de salaires¹ et fait référence à la règle de la compensation et absorption². Ici, contrairement au dispositif de l'article 41 ET, la suppression ou modification de la condition plus avantageuse résulte non pas des pouvoirs de l'employeur mais provient essentiellement de la convention collective³.

L'objet de cette technique est « *d'éviter que l'amélioration conventionnellement établie s'accumule à celle dont profitaient antérieurement les travailleurs en raison du bénéfice d'une condition plus avantageuse* »⁴. Elle conduit à la neutralisation de la

¹ Aux termes de l'article 26.5 ET, « *s'opérera la compensation et absorption quand les salaires réellement payés, dans leur ensemble et dans leur décompte annuel, seront plus favorables pour les travailleurs que ceux fixés dans l'ordre normatif ou conventionnel de référence* ».

Deux controverses doctrinales se posent. En premier lieu, cette règle peut-elle jouer dans d'autres matières que celle des salaires ? Pour certains, aucune base légale ne le prévoit ce qui conduit à restreindre son application à la matière salariale (F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 262). D'autres auteurs admettent l'absorption et compensation, établies dans une convention, entre des conditions non-salariales tout en exigeant que ces matières puissent se traduire de forme numérique, autrement dit se référer à des conditions de travail quantitatives (T. SALA FRANCO, op. cit., 1977, p. 52 et L.M. CAMPS RUIZ, « *La condición más beneficiosa* », in *III Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 269).

En deuxième lieu, lorsqu'il s'agit de la matière salariale, la doctrine s'oppose quant à la méthode de comparaison. L'absorption et compensation peuvent s'opérer entre une comparaison globale ou une comparaison entre concepts salariaux (pour approfondir, voir F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 240). La jurisprudence a tranché ce débat affirmant que les concepts sur lesquels est opérée la compensation doivent être homogènes et posséder une finalité identique ou analogue (pour approfondir voir E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, *La compensación y absorción de salarios*, Madrid, MTSS, 1984, p. 95 et 149).

² La condition plus avantageuse connaît une limite temporelle explicitement prévue par la loi. Pour approfondir voir A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 278; S. ROMERO de BUSTILLO, « *La absorción y compensación* », *DL*, n° 49, 1996, p. 59 et J. THIBAUT ARANDA, *La compensación y absorción de salarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Dans tous les cas, l'article 26.5 ET présente un caractère potestatif pour l'employeur qui n'implique pas, par conséquent, sa mise en œuvre automatique. Au contraire sa mise en œuvre reste donc dépendante de l'action de l'employeur (S. ROMERO de BUSTILLO, loc. cit., p. 64 et F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 257). Il revêt également un caractère dispositif qui permet aussi bien au niveau individuel ou collectif de conclure un pacte visant à éliminer le jeu de la compensation et absorption. (A. BLASCO PELLICER, op. cit., p. 279; F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 257. Contre, considérant que l'article 26.5 ET est impératif, voir V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, « *La absorción y compensación como instrumento legal de potenciación de la autonomía individual* », *AL*, 1993, n° 22, p. 399. Pour une synthèse, voir J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 177-178).

La convention peut également déclarer ses améliorations incompensables et prévoir leur application cumulée aux améliorations reconnues au niveau individuel (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 89).

³ Les règles de l'absorption et de la compensation représentent « *des mécanismes créés en faveur de l'autonomie collective pour, à court ou moyen terme, éliminer la subsistance des conditions plus avantageuses* » (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 174).

⁴ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, loc. cit., p. 174. Pour la jurisprudence, voir entre autres, STS du 20 déc. 1989 (Ar/9060) et du 2 avril 1991 (Ar/3244).

condition plus avantageuse permettant ainsi aux successives améliorations normatives et spécialement conventionnelles, de la rattraper.

CONCLUSION CHAPITRE II

564. Le mécanisme d'articulation traditionnel entre le contrat de travail et la convention collective reflète par essence la fonction classique de la négociation collective. En effet, l'option de garantir l'application de la norme conventionnelle sauf si le contrat de travail est plus favorable, permet de garantir par principe la protection du salarié tout en lui laissant une marge pour la négociation individuelle. L'application du principe de faveur permet à cette négociation de s'effectuer dans un cadre plus équilibré. En effet, il convient de ne pas perdre de vue que la relation contractuelle en droit du travail s'inscrit par nature dans une relation de double subordination qui joue dès la formation du contrat¹.

Le droit espagnol, en interdisant au contrat de travail de prévoir des dispositions « contraires » aux normes légales et conventionnelles, semble offrir une voie supplémentaire à l'exercice de l'autonomie individuelle. Néanmoins, les exigences d'organisation de l'entreprise, la protection du droit à la négociation collective et le nécessaire respect des dispositions impératives légales et conventionnelles constituent autant d'arguments conduisant à restreindre la marge de manœuvre de l'autonomie individuelle. Nous verrons toutefois plus loin dans le travail que le droit espagnol veille à maintenir et à faciliter la possibilité d'adopter, au niveau collectif, des mesures spécifiques à l'entreprise.

565. Les possibles dégradations des conditions de travail des salariés peuvent alors provenir de l'application de la convention collective moins favorable que le contrat de travail. Deux scénarios peuvent être envisagés. Le premier scénario correspond au droit positif. La convention collective moins favorable ne peut s'appliquer automatiquement et doit passer par le filtre de l'autonomie individuelle. Le salarié peut alors opter pour accepter la modification ou s'exposer à un licenciement dont l'indemnité variera selon le motif évoqué. Le deuxième scénario, virtuel, envisage l'application automatique et impérative de la convention collective dont les conditions de négociation et de conclusion garantissent la légitimité. En France, la politique légale

¹ Le salarié doit, en effet, offrir lors de l'embauche, une flexibilité très importante afin de s'ajuster aux propositions de l'employeur. Ces propositions seront, quant à elle, caractérisées par une très grande rigidité. Comme l'a fort justement souligné le Professeur G. LYON-CAEN « *si le mot flexibilité a un sens, c'est bien ici ; celui qui loue sa force de travail plie entièrement celle-ci aux nécessités et aux possibilités de l'entreprise qui le salarie* » (loc. cit., 1985, p. 801).

semble se déplacer vers la distinction entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail. Dans ce cadre, la règle générale continue d'être l'autonomie des deux sphères juridiques qui demeurent connectées par le principe de faveur. Les juges évitent en définitive d'aborder la périlleuse question de l'articulation entre les contrats de travail et la convention collective à la légitimité renouvelée. Le droit espagnol permet alors d'apporter un certain éclairage. En effet, la légitimité de la convention à laquelle s'est attachée la loi dès la promulgation de l'ET, ne justifie en aucun cas, l'annulation de l'autonomie individuelle et la soumission du contrat de travail plus favorable. En définitive, il semble que le recours aux procédures de modifications des contrats de travail constitue la voie la plus adéquate afin d'intégrer une disposition conventionnelle moins favorable que le contrat de travail. Elle semble en effet permettre de conjuguer la protection du travailleur et sa liberté de choix avec le pouvoir de l'employeur et la nécessaire organisation de l'entreprise.

CONCLUSION TITRE I

566. Il ressort clairement de ces développements que la convention collective constitue aujourd'hui l'épicentre de la détermination des conditions de travail.

Au niveau européen, la subsidiarité sociale implique, avec toutes les conséquences positives et négatives, l'intégration du dialogue social comme source de référence en matière de droit du travail. La transcription des règles élaborées au niveau européen renvoie dès lors à la relation entre hétéronomie et autonomie collective dans chaque Etat membre.

Vis-à-vis des lois, la réduction de leur impérativité implique parallèlement la mise à l'écart du mécanisme du plus favorable au moment applicatif. L'essor de la convention collective s'opère ici d'un point de vue qualitatif car, en vertu de sa fonction d'amélioration des conditions de travail, la convention s'appliquait déjà de préférence à la loi. D'un point de vue comparatif, deux remarques peuvent être formulées. Tout d'abord, il est intéressant de noter que ni le droit français, ni le droit espagnol ont envisagé dans sa globalité le principe de faveur mais se sont attachés à l'une de ses deux séquences. Alors que la loi française permet à la convention d'établir des dispositions plus favorables dont l'application est confirmée par les juges, la loi espagnole garantit l'application de la convention collective plus favorable dont la capacité d'amélioration est par conséquent sous-entendue. Ensuite, il apparaît, selon nous, que la multiplication des fonctions de la négociation collective s'est effectuée dans un cadre plus ample et normalisé en droit espagnol. La conception du droit à la négociation collective constitue une variable fondamentale pour comprendre ce décalage.

La relation de la convention collective avec le contrat de travail demeure en réalité le dernier bastion dans lequel le mécanisme de l'application du plus favorable revêt un caractère général. En effet, en France comme en Espagne, le contrat de travail reste, sauf exceptions, largement soumis à la convention collective tant du point de vue qualitatif que quantitatif ce qui le restreint à sa fonction d'amélioration.

567. Considérant que les deux dispositifs ont largement favorisé l'essor de la négociation collective et le parallèle effacement de la loi, les propos qui suivent visent à

démontrer que ce mouvement n'est pas neutre et répond à une politique légale de promotion de la négociation au niveau de l'entreprise.

TITRE II : L'ARTICULATION ENTRE CONVENTIONS COLLECTIVES ET AVEC LES AUTRES PRODUITS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

568. Cette formulation très large permet de saisir un sujet extrêmement complexe qui regroupe plusieurs aspects. La complexité de la question de l'articulation entre conventions collectives est la conséquence de l'hétérogénéité et de la multiplicité des normes conventionnelles. Celles-ci sont le produit de la liberté de négociation à tous les niveaux reconnue dans les deux droits. Fondée sur la liberté contractuelle ou sur la reconnaissance du droit à la négociation collective comme liberté face à l'Etat, la liberté de négociation résulte, en France, de l'article L.2222-1 CT (anc. art. L. 132-5 CT) qui énonce que « *les conventions et accords collectifs de travail, ci-après désignés « conventions » et « accords » dans le présent livre, déterminent leur champ d'application territorial et professionnel* » et, en Espagne, de l'article 83.1 ET qui prévoit, quant à lui, que « *les conventions collectives auront le champ d'application que les parties accorderont* ».

569. La notion de champ d'application se définit en fonction de quatre dimensions¹. Peuvent ainsi être distingués les champs d'application territorial ou géographique, temporel, personnel et enfin professionnel.

Le champ d'application territorial ou géographique permet, en France comme en Espagne, de savoir si la convention s'applique dans un cadre national, d'une ou plusieurs régions (CCAA), interdépartemental (interprovincial), départemental (« *provincial* » en espagnol) et même local. Notons que dans les deux systèmes juridiques, les interlocuteurs sociaux retiennent, de manière générale, un cadre territorial correspondant à une circonscription administrative.

Le champ d'application temporel permet de déterminer la durée de la convention collective. Il est connecté aux problématiques de la révision et de la dénonciation de la convention collective, autrement dit de la succession de conventions.

Le champ personnel permet fondamentalement de déterminer à quels sujets la convention va obliger ce qui le distingue de la notion d'unité de négociation².

¹ Dans ce sens, voir en Espagne, l'article 85.3.b) ET.

² Voir supra, n° 40.

Le champ professionnel¹ permet de détacher trois niveaux « *typiques, prédominants* »²: le niveau interprofessionnel, les branches professionnelles et la négociation d'entreprise ou d'établissement. Rajoutons néanmoins le niveau du groupe³. Il renvoie à l'activité économique à laquelle se réfère la convention⁴. Cette notion permet en effet de définir, dans les deux pays, le champ d'application d'une convention sectorielle⁵ et de déterminer la convention applicable à l'entreprise⁶. Elle répond par conséquent à des enjeux économiques et sociaux, mais également à des enjeux strictement juridiques qui renvoient à l'établissement de critères efficaces afin d'identifier l'activité de l'entreprise. Nous n'aborderons pas ici en détail cette question bien qu'elle recèle de nombreuses difficultés et de conséquences pratiques importantes. Contentons-nous d'en énoncer les deux principales problématiques. D'une part, la définition d'une branche d'activité revient aux propres interlocuteurs sociaux. Force est alors de constater que la partie patronale reste à l'initiative de cette question⁷. Dans ce cadre, la définition de la branche répond à des intérêts essentiellement économiques qui peuvent faire perdre de la cohérence à la structure de la négociation collective d'un point de vue social⁸. Par ailleurs, la négociation collective comme produit de l'ère de la

¹ Le droit espagnol parle de « *ámbito funcional* ».

² Le Professeur VALDÉS souligne toutefois que « *le catalogue [...] est si nombreux et varié que n'importe quelle tentative d'élaborer une liste des possibles cadre de négociation de manière exhaustive serait un échec* » (loc. cit., 1983, p. 399).

³ Voir supra, n° 161.

⁴ En droit français, l'article L. 132-5 CT prévoit que « *le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques* ». En droit espagnol, la doctrine souligne que le champ d'application fonctionnel « *se réfère, surtout, aux activités comprises et régulées par la convention soulignant ainsi le champ catégoriel, de la branche d'activité ou de l'entreprise ou du centre de travail* » (J. GARCÍA BLASCO, « El contenido del convenio colectivo », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1488).

⁵ La notion d'activité économique « *est la base de la constitution des branches professionnelles, comme collectivité de négociation* » (M.L MORIN, op. cit., 1994, p. 315).

⁶ L'activité économique est en effet le critère d'appartenance à la branche. Une convention de branche pourra s'appliquer dans une entreprise qui a une activité économique relevant du champ d'application professionnel défini par la convention.

⁷ Les statuts de chaque organisation professionnelle déterminent les activités qu'elles entendent représenter et limitent par conséquent leur capacité de représentation. Ils définissent également les contours du champ d'application de la convention ou de l'accord négocié. « *Du moment que des entreprises exercent une activité professionnelle de même nature et ont des intérêts communs, du côté des employeurs et de celui des salariés, une branche professionnelle spécifique peut être isolée* » (P. RODIERE, « Sur quelques distorsions de la négociation de branche », *SSL*, 2006, n° 1273, p. 6). La définition d'une branche spécifique peut donc permettre à certaines entreprises de se regrouper afin de constituer une organisation dans cette branche et ainsi se soustraire à l'application d'une convention étendue dans le secteur qui leur correspond logiquement (L. FLAMENT, loc. cit., *Dr. soc.*, 2009, p. 443).

⁸ D'un côté cela permet la définition de branches restreintes composées d'un petit numéro d'activités économiques. La doctrine française évoque dans ce sens « *un émiettement de la négociation entre des branches de taille et d'importance économique les plus diverses* » (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1333). L'affaire de la Fédération Nationale du Crédit Agricole (FNACA) est particulièrement révélatrice. La FNACA est une association régie par la loi de 1901 à laquelle sont adhérentes les caisses régionales de Crédit Agricole qui sont des sociétés coopératives régies par un statut

production industrielle, se trouve aujourd'hui confrontée à un nouveau système éclaté dans lequel la constitution d'organisations collectives et l'identification de secteurs d'activité homogène posent de réels problèmes dont un des plus délicats est la définition de la branche d'activité¹. D'autre part, la détermination de la convention collective applicable à une entreprise reste dans de nombreuses hypothèses une opération délicate. En effet, la complexification des activités développées par les entreprises² et la volonté d'une ou des parties³ constituent deux facteurs qui rendent difficile l'identification de

particulier (elles sont notamment placées sous l'autorité du Ministre de l'agriculture ayant vocation particulière de «*faciliter et garantir les opérations concernant la production agricole et l'équipement agricole et rural effectués par leurs sociétaires*»). Elles sont néanmoins considérées comme des banques de plein exercice. La jurisprudence administrative et le Ministre compétent, considérant ses particularités, ont alors estimé que l'ensemble Crédit Agricole a une activité économique distincte et autonome au sein de l'activité bancaire en général et que pouvait être ainsi constituée une branche professionnelle propre (P. RODIERE, loc. cit., 2006, p. 6 ; M.L. MORIN, « L'affaire Crédit Agricole », *SSL*, 2006, n° 1280, p. 5).

D'un autre côté, et dans le sens opposé, peuvent se constituer des branches plurisectorielles constituées d'activités économiques qui peuvent être extrêmement différentes. Cette situation présente l'inconvénient majeur de ne pas offrir un terrain homogène de négociation puisque les conditions de travail des salariés peuvent être très diverses.

Ajoutons afin qu'en Espagne, les difficultés relatives à la détermination des branches d'activités résultent en grande partie de la détermination des champs professionnels en fonction des Ordonnances de Travail de l'époque franquiste (voir *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2004).

¹ Pour approfondir en droit français, voir J.F. POISSON, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier ministre, Paris, La documentation française, 2009; S. NADAL, *La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective*, Villeneuve d'Ascq, P.U. du Septentrion, 1996; en droit espagnol, voir *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Dir. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Madrid, CCNCC, MTAS, 2001.

Il est intéressant de relever que, dans les deux pays, une commission de caractère tripartite peut jouer un rôle de classification et d'harmonisation, et ainsi donner une certaine cohérence au système. En France, il s'agit de la commission nationale de négociation collective (art. L. 2271.1 CT). Notons également que la procédure administrative de l'extension permet également au Ministre d'influencer, dans une certaine mesure, la définition des contours d'une branche d'activité, notamment par la convocation d'organisations professionnelles déterminées (sur la procédure d'extension, voir supra). En Espagne, la seconde disposition finale de l'ET-80, chargea la Commission Consultative Nationale des Conventions collective «*d'élaborer et maintenir à jour un catalogue d'activités qui puisse servir d'indicateur pour la détermination des champs d'application fonctionnel de la négociation collective*» (voir *El ámbito funcional de los convenios colectivos. Respuestas de la Comisión Consultiva Nacional a las consultas planteadas*, 2^o ed., Madrid, MTAS, 2000). A ce jour aucun catalogue n'est constitué et la seconde disposition finale de l'ET issu de la réforme de 2012 n'y fait aucune référence, se limitant à énoncer la fonction de conseil de la commission sur le cadre professionnel des conventions collectives.

² Accentuée dans l'hypothèse dans laquelle une entreprise est composée de plusieurs établissements parmi lesquels certains ne sont pas compris dans le champ d'application territorial de la convention applicable à l'entreprise (pour approfondir, voir J.A. ALTÉS TÁRREGA et F.L. FITA ORTEGA, « Las unidades de negociación », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 185).

³ Dans tous les cas, celle-ci ne peut constituer le critère permettant de déterminer la convention applicable. La mention sur le contrat de travail ou plus généralement tout accord individuel «*ne peut pas se considérer comme un instrument valide pour déterminer la convention collective applicable [...], il n'est donc pas admissible que ce soit la volonté des parties le facteur déterminant*» (C. MOLERO MANGLANO, « Los problemas de determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa por razón de su actividad », *AL*, 2004-I, p. 797). En droit français, si le contrat mentionne une autre

l'activité économique d'une entreprise. Les juges espagnols et français ont alors affiné le concept d'activité économique qui doit être entendu comme activité « réelle »¹ et « principale »².

convention, celle-ci ne s'appliquera que si elle est plus favorable pour le salarié (Cass. Soc. 18 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 297). Dans le prolongement, la mention obligatoire sur le bulletin de paie (art. R. 143-2 CT), « vaut reconnaissance de l'application de la convention collective à l'entreprise » (Cass. Soc. 18 nov. 1998, déjà cité. Le Professeur SAVATIER souligne cependant que « c'est seulement dans la mesure où l'employeur n'est pas déjà soumis obligatoirement à une convention collective qu'il peut volontairement soumettre le contrat de travail à une autre convention, notamment par une mention figurant sur le bulletin de paie »). Si, au contraire, une convention est obligatoirement applicable, la mention d'une autre signifie seulement que l'employeur ne pourra en contester l'application plus favorable pour le salarié. Ce dernier sera alors en droit d'invoquer la convention qui lui sera la plus favorable (note sous).

¹ En France, toute entreprise et chacun de ses établissements se voit attribuer par l'INSEE (Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques), lors de son inscription au répertoire national des entreprises et des établissements (répertoire SIRENE), un code caractérisant son activité principale (code APE : Activité Principale Exercée) par référence à la Nomenclature d'Activités Française (NAF). L'APE est donc un renseignement statistique qui permet le classement des entreprises par secteur d'activité. D'un point de vue juridique, cette référence n'a cependant que la valeur d'une présomption simple (Cass. Soc. 14 nov. 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 146, obs. J. SAVATIER). Les mentions qui figurent dans les statuts de la personne morale et qui déterminent l'objet social de l'entreprise sont également sans portée et ne lient pas le juge (Cass. Soc. 16 nov. 1993, *Dr. soc.*, 1994, p. 52). Les juges analyseront ainsi l'activité réelle de l'entreprise qui constituera le véritable critère permettant d'appliquer une convention collective (Cass. Soc. 19 juill. 1995, *RJS*, 10/95, n° 1034; Cass. Soc. 30 mai 2000, déjà cité). Cette analyse de l'activité réelle relève du pouvoir d'interprétation souverain des juges du fond (Cass. Soc. 12 mars 2003, *RJS*, 5/03, n° 585).

En Espagne, la situation et la solution adoptée sont largement comparables. La jurisprudence se rapporte tout d'abord à l'objet social défini dans les statuts de l'entreprise (voir par exemple STSJ de Madrid du 9 sept. 2004 ; J.A. ALTÉS TÁRREGA et F.L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 170). Ils affirment toutefois que le critère « important et décisif est l'activité réelle que l'entreprise accomplit et dans laquelle interviennent les employés lors de la prestation de leurs services » (STS du 15 juin 2000, Ar/6621).

² La jurisprudence française a tout d'abord énoncé que « la convention collective applicable aux salariés est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur » (Cass. Soc. 6 déc. 1995, J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, E. JEAMMAUD, E. DOCKES, op. cit., p. 756; Cass. Soc. 26 nov. 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 185). Cette règle jurisprudentielle vise ainsi l'application d'un statut unique applicable à l'ensemble des salariés (la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur l'interdiction d'une application distributive des conventions correspondant à chaque activité au sein d'une même entreprise, Cass. Soc. 24 janv. 1990, *D.*, 1992, somm., comm., p. 296, obs. G. BORENFREUND). La loi du 4 mai 2004 a consacré ce principe prévoyant que « la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur » (art. L. 2261.2 al. 1 CT; ancien article L. 132-5-1). Elle y apporte cependant une atténuation lorsque le concours d'activités au sein d'une entreprise rend difficile l'application de ce critère (al. 2). Dans ce cas, la convention ou l'accord collectif peut prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise choisira librement la convention applicable. Cette autorisation s'effectue au travers de clauses dites d'option qui attribuent « une sorte de faculté d'autodétermination au profit des entreprises dans l'application à l'employeur des conventions collectives » (S. FROSSARD, « Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination », *Dr. soc.*, 2006, p. 17. Antérieurement à la loi, la jurisprudence avait néanmoins jugé de telles clauses contraires au principe de l'activité principale et estimé, par conséquent, qu'elles étaient réputées non-écrites ; Cass. Soc. 26 nov. 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 185. Pour une critique de cet arrêt, voir P.H. ANTONMATTEI, « La censure jurisprudentielle de la clause d'option contenue dans une convention collective de branche », *Dr. soc.* 2003 (b), p. 183). La loi restreint toutefois le champ d'application de cette faculté la réservant « aux concours d'activités rendant incertaine l'application (du) critère (de l'activité principale) pour le rattachement d'une entreprise à un champ professionnel ». Elle prévoit également l'implication des représentants des travailleurs et des exigences relatives au contenu même de ces clauses.

En Espagne, la jurisprudence utilise également le critère de l'activité principale de l'entreprise qui se trouve, en plus, renforcé par le principe d'unité d'entreprise en vertu duquel « la possible diversité d'activités professionnelles au sein d'une entreprise n'implique pas une pluralité de conventions

570. Chaque convention peut alors établir un champ d'application propre qui peut entrer en concours ou concurrence avec une autre convention. Cette problématique renvoie alors à la notion de structure de négociation. Celle-ci peut être interprétée de deux manières distinctes : selon une interprétation large, elle renvoie à la configuration des unités de négociations existantes et aux mécanismes régulant leur articulation. Selon une interprétation stricte, la structure de la négociation se réfère uniquement à la configuration des unités de négociations existantes sans aborder les mécanismes d'articulation¹ Nous retenons une appréciation large considérant que la notion de structure présente incontestablement une configuration dynamique, changeante et alternée.

Ces mécanismes d'articulation sont établis par la loi qui définit les règles de coordination. Celles-ci permettent d'englober deux dimensions. Du point de vue spatial, elles régissent les rapports entre les conventions de niveaux différents. Du point de vue temporel, elles prennent en compte la succession de conventions de même niveau.

Ces stimulations légales présentent une dimension politique considérable et influencent fortement la configuration de la structure de la négociation collective². Force est cependant de constater que la structure de la négociation collective est influencée par des facteurs historiques³ et représente le produit de la répartition des

concurrentes, une pour chaque activité. Une seule convention s'appliquera à toute l'entreprise » (STCT du 30 oct. 1987. Pour approfondir sur la portée du principe d'unité d'entreprise, voir F. VALDÉS DAL-RÉ, « Negociación colectiva y principio de unidad de empresa », in *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*, Madrid, MTSS, 1992, p. 66; C. MOLERO MANGLANO, loc. cit., 2004, p. 793; A. ALTÉS TÁRREGA et F.L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 170.).

Dans tous les cas, en France comme en Espagne, il n'est pas exclu que, dans certaines hypothèses, s'appliquent plusieurs conventions dans une seule entreprise. C'est alors la notion d'autonomie qui a constitué l'élément décisif. En France, l'autonomie s'apprécie essentiellement par rapport à l'existence d'établissements dans lesquels se développe une activité distincte et à leur emplacement géographique (A. MAZEAUD, obs. sous Cass. Soc. 22 mai 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 1032 ; Cass. Soc. 26 sept. 2002, déjà cité). En Espagne, l'appréciation se centre de manière décisive sur l'activité en elle-même (J.A. ALTÉS TÁRREGA et F.L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 175).

¹ La notion de structure de la négociation collective peut se définir « *comme l'ensemble des niveaux de négociation [...] y compris les relations entre conventions* », voir M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 30. Dans le même sens, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 399. Selon lui, « *la configuration de la structure de la négociation collective comprend non seulement l'analyse des unités de négociation, dans toute sa dimension complexe et plurielle, mais également l'analyse des types de relations que maintiennent entre elles ces unités* ».

² Dans ce sens, la doctrine espagnol affirme que la détermination des critères attribuant une préférence d'application à une convention « *ne dépend pas de la volonté des négociateurs mais des règles du système que régule la concurrence des sources* » (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH, « La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad, *REDT*, 1988, n° 35, p. 337).

³ En Espagne notamment, l'impact historique est prépondérant (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 480).

pouvoirs et des conflits d'intérêts entre interlocuteurs sociaux, mais également au sein leurs organisations¹. Elle revêt par conséquent une dimension économique considérable.

571. Nous attacherons ici essentiellement aux facteurs strictement juridiques et donc aux dispositions légales opérantes en droit français et en droit espagnol.

Originellement, les deux dispositifs légaux avaient opté, qu'il s'agisse des règles de succession ou de celles relatives aux conventions de niveaux distincts, pour des mécanismes de coordination fort différents. Néanmoins, le droit positif démontre qu'une tendance légale forte dans les deux pays a produit un rapprochement indéniable des deux droits. En effet, la loi a procédé au renforcement, dont l'ampleur varie cependant, de la négociation au niveau de l'entreprise rompant avec les mécanismes traditionnels d'articulation. Ce phénomène s'inscrit dans l'essor des nouvelles fonctions de gestion de la négociation collective qui impliquent que la prise de décisions s'opère au niveau le plus proche de la réalité économique, en marge de tout principe de faveur mis en place par le jeu de l'application de la disposition la plus favorable aux salariés.

En ce qui concerne les règles de successions, ce rapprochement doit cependant être nuancé à plusieurs égards. La dimension normative ou contractuelle de la convention collective ainsi que les solutions en cas d'impossibilité de conclure un nouvel accord, démontreront qu'un fossé sépare encore les deux droits.

Dans ce cadre, nous nous proposons d'aborder, dans un premier temps, les mécanismes traditionnels de coordination entre conventions collectives. Ce développement nous permettra d'observer que les postulats initiaux des deux droits présentent d'importantes divergences. Considérant que ces divergences perdurent avec plus de force en matière de succession de conventions, nous aborderons cette matière uniquement dans ce développement. Dans un second temps, il conviendra d'aborder et de définir les modalités et les enjeux de la tendance actuelle des dispositifs qui vise à favoriser l'application des règles élaborées par la négociation d'entreprise.

¹ M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ estime en effet que « *la structure de la négociation serait, bien plus, la distribution ou l'organisation du pouvoir normatif sur les relations de travail* » (op. cit., 2000, p. 49 s. et p. 108).

CHAPITRE I : LES MECANISMES TRADITIONNELS DE COORDINATION

572. Les règles de coordination représentent « *une catégorie générique* »¹ qui permet d'englober les règles de succession de conventions, les règles de concurrence et les règles sur la délimitation de compétence entre unités de négociation². Elles présentent donc une double perspective. D'une part, de forme dynamique, la coordination entre conventions collectives implique une prise en compte des conditions de leur application dans le temps et suppose la succession de normes conventionnelles. D'autre part, de forme statique, il s'agit d'aborder leur application dans l'espace et d'envisager l'application simultanée de conventions de cadres d'application en partie distincts.

Ces deux dimensions relatives aux règles de concurrence et aux règles de succession de conventions collectives permettent alors de définir l'aménagement du processus de négociation et la rationalisation de la structure de la négociation collective³.

L'approche comparative qui est la nôtre, nous conduira alors à souligner qu'en ces matières, les deux droits présentent de substantielles différences.

SECTION I: Les hypothèses de successions de conventions collectives: la reconnaissance de la régressivité des conventions collectives

573. « *Comme dans tout acte juridique, le temps parcourt la convention collective et constitue un facteur important de sa configuration légale* »⁴. Les deux dispositifs ont opté pour renvoyer aux parties à la négociation le soin de fixer la durée de la convention ou de l'accord collectif. En Espagne, l'article 86.1 ET prévoit que les parties établissent la durée de la convention et l'article 85.3 b) ET intègre la détermination du cadre d'application temporel comme contenu minimum de toute convention collective statutaire. Dans la pratique, la durée traditionnellement pactée est d'une année même si depuis la fin des années 90, de nombreuses conventions prévoient

¹ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 16

² A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 123.

³ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 123.

⁴ V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, « La vigencia del convenio colectivo estatutario », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1497).

désormais une durée de deux ou trois ans¹. En France, aux termes de l'article L. 2222-4 al. 1 CT, « *la convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée* »². La pratique conventionnelle démontre que les interlocuteurs sociaux concluent essentiellement des conventions à durée indéterminée³.

Il importe toutefois de souligner que la convention collective est un instrument dynamique qui doit être en phase avec le contexte et les exigences économiques. Dès lors, les interlocuteurs sociaux ont chacun des intérêts propres à voir la convention initiale se modifier et évoluer. La question de la succession de normes conventionnelles peut alors être abordée à travers trois processus : la dénonciation, la révision et le transfert d'entreprise.

574. La dénonciation et la révision permettent d'encadrer la succession de normes qui ont le même champ d'application personnel et professionnel. La coïncidence de ces cadres d'application permet alors de distinguer la question de la succession des normes de celle de la concurrence des normes. Un autre élément différenciateur doit être mis en exergue. En effet, alors que la concurrence suppose l'existence, à un moment déterminé, de deux normes conventionnelles applicables, la succession de normes se réalise fondamentalement au travers d'un mécanisme de substitution composé de deux aspects : l'existence d'une première convention qui cesse de s'appliquer et l'entrée en vigueur d'une deuxième convention qui s'y substitue. Dès lors aucun principe d'irréversibilité du droit n'est invocable et le principe de faveur est mis à l'écart en raison de l'absence de concours de normes. Cette considération est une constante dans les deux droits.

575. Il apparaît toutefois de nombreuses divergences entre les deux dispositifs.

En premier lieu, le droit espagnol se caractérisait, jusqu'à très récemment, par l'absence de procédure légale relative à la révision. Parallèlement à l'hégémonie de la convention à durée déterminée, la dénonciation constitue le mécanisme normal et généralisé permettant d'encadrer l'application temporelle de la convention collective.

¹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, « Vigencia y ultractividad de los convenios colectivos », *TL*, 2004, n° 76, p. 140 ; Les partenaires sociaux de niveau interprofessionnel recommandent, néanmoins, une durée supérieure à un an (voir V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1503-1504 ; CCNCC, *La negociación colectiva en España, en 2005, 2006, 2007*, Madrid, MTAS, 2008).

² Anc. art. L. 132-6 CT.

³ Si les parties concluent une convention pour une durée déterminée, la loi prévoit que cette durée ne pourra être supérieure à 5 ans (art.L. 2222-4 al. 3 CT).

Au contraire en droit français, conformément à la conclusion de conventions à durée indéterminée, la dénonciation est une mesure radicale rarement mise en œuvre, et cela, au profit de la procédure de révision qui constitue le mécanisme classique permettant l'adaptation de la convention collective¹.

En deuxième lieu, la détermination des acteurs susceptibles de faire cesser l'application d'une convention ou d'en modifier le contenu, constitue un aspect fort pertinent. Alors que le droit espagnol recourt au principe majoritaire pur conformément à la nature normative de la convention collective, en France, la nature contractuelle de la convention collective a traditionnellement conduit à faire coïncider les signataires de la convention initiale et ceux de la nouvelle convention. La rigidité de la règle était néanmoins atténuée par le régime de la représentativité. Celui-ci a toutefois fait l'objet d'une profonde réforme en août 2008. Force est alors de constater que les règles relatives à la dénonciation et à la révision n'ont pas subi de profondes modifications. Une d'entre elles appelle cependant l'attention. Opérant un rapprochement du droit espagnol, le droit français, tout en maintenant (pour l'instant ?) les principes civilistes en matière de révision, introduit en matière de dénonciation et dans une hypothèse particulière, le principe majoritaire pur.

576. Malgré ces différences substantielles, les dispositifs espagnols et français visent néanmoins le même objectif, garantir l'existence d'un statut conventionnel applicable entre deux conventions successives, au travers du maintien de la convention dénoncée.

Toutefois, là encore, les moyens divergent. Initialement, le droit espagnol ne limitait pas, a priori, la période de maintien de la convention dénoncée. Ce dispositif a alors pu conduire à un allongement des temps de renégociations et à des situations de blocages. Sans remettre en cause la logique générale du dispositif, le RDL 7/2011 du 10 juin poursuit alors l'objectif de dynamiser les négociations et de débloquent les situations de paralysie. La réforme de 2012 a cependant tranché dans le vif ces difficultés et a limité cette période à un an. On constate alors un rapprochement du droit français qui a traditionnellement lié disparition de l'ancienne convention à la conclusion d'un nouvel

¹ Pour le Professeur DESPAX, « la dénonciation est un acte inilatéral perçu implicitement et explicitement comme la négation d'une négociation collective génératrice de progrès social et porteuse d'espoir quant à l'évolution ultérieure des relations sociales entre les signataires employeurs et salariés d'un tel accord collectif ». Elle « a pour objet de faire table rase des résultats d'une négociation antérieure » (« Dénonciation des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 50-51).

accord dans un laps de temps déterminé similaire. Néanmoins, une divergence très importante entre les deux droits apparaît à l'heure de prendre acte de l'absence d'accord à l'issue du délai légal de maintien de la convention dénoncée.

577. L'hypothèse du transfert d'entreprise présente certaines spécificités. En premier lieu, elle constitue une question qui permet l'existence d'un concours entre deux conventions collectives, celle des salariés transférés et celle du nouvel employeur. Ce concours peut alors permettre au principe de faveur de jouer. Nous verrons que les droits français et espagnol n'ont pas adopté la même option sur ce point. Dans tous les cas, les deux dispositifs se rapprochent sur le fond en favorisant le maintien du statut conventionnel des salariés transférés jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord qui prendra en compte les conséquences du transfert.

Afin d'aborder l'ensemble de ces questions, nous adopterons une méthode essentiellement comparative qui nous conduira à aborder successivement les procédures de dénonciation, les hypothèses de révision et celles de transfert d'entreprise dans chacun des droits.

§ 1: Les procédures de dénonciation

578. Sans préjudice de nécessaires nuances, il est possible d'affirmer d'ores et déjà que, dans les deux pays, la dénonciation vise à faire disparaître la convention collective qui ne pourra plus produire d'effets juridiques.

Le cadre juridique de la dénonciation conduit à distinguer trois aspects qui sont caractéristiques de cette procédure et qui se retrouvent dans les deux droits.

En premier lieu, la dénonciation doit permettre la mise en route d'une procédure de négociation afin de conclure un nouvel accord juridiquement indépendant permettant de régir les relations de travail comprises dans le champ d'application de la convention dénoncée. Aucun principe d'irréversibilité des droits n'est donc prévu dans les deux dispositifs. Les salariés ne peuvent, par conséquent, invoquer le maintien des avantages prévus dans une convention dénoncée si un nouvel accord réduisant ou éliminant ces avantages est valablement conclu.

En deuxième lieu, jusqu'à la conclusion de cet accord, les deux dispositifs garantissent l'application de la convention dénoncée et évitent la production de vides

conventionnels en favorisant un contexte propice aux nouvelles négociations et un cadre protecteur des salariés. Afin d'appréhender l'application de la convention dénoncée au-delà des limites temporelles initialement fixées, nous nous référerons à la notion du droit espagnol d'ultraactivité. Le droit français évoque dans le même ordre d'idée, la survie de la convention.

En troisième lieu, la loi a envisagé l'hypothèse d'absence d'accord et le sort de la convention dénoncée à l'issue d'une période déterminée.

Les droits français et espagnols sont largement comparables quant aux deux premiers aspects. Ils divergent cependant fortement quant à la prise en compte de l'absence d'accord. Sur ce point précis, il importe de souligner que la réforme de 2012 a profondément modifié le cadre légal espagnol instauré depuis l'entrée en vigueur de l'ET en 1980. Nous verrons alors que cette modification le rapproche fortement du droit français en limitant l'ultraactivité de la convention dénoncée durant un délai d'un an¹. Néanmoins, contrairement au droit français, à l'issue de cette période de survie, le droit espagnol ne prévoit aucun mécanisme permettant aux droits et avantages prévus dans la convention dénoncée de perdurer. Le cadre conventionnel est voué à disparaître de manière absolue et inconditionnée.

579. Afin d'aborder l'ensemble de ces questions, nous nous attacherons tout d'abord à décrire la philosophie commune des deux dispositifs selon laquelle la convention dénoncée continue de s'appliquer jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord juridiquement autonome, dont la négociation est favorisée par la loi. Par la suite, il conviendra de prendre en compte les divergences des deux droits lorsqu'aucun accord n'est conclu durant la période considérée.

A. Les procédures promouvant la renégociation d'une nouvelle convention juridiquement autonome

580. Les procédures encadrant la dénonciation nous conduisent à distinguer deux périodes. D'une part, antérieurement à la dénonciation, il s'agit d'aborder les conditions dans lesquelles elle doit se manifester, c'est-à-dire, la détermination de ses formes mais surtout de ses auteurs. Nous verrons alors que la prise en compte par les dispositifs

¹ Notons que dans le RDL 3/2012, le maintien en ultraactivité était garanti pendant deux ans.

légaux espagnol et français de la volonté de dénoncer une convention collective, s'inscrit globalement dans le même schéma même si quelques nuances doivent être apportées et qu'un rapprochement peut être constaté. D'autre part, postérieurement à la dénonciation, il convient d'apprécier les mécanismes légaux visant à faciliter la négociation d'une nouvelle convention.

Dans l'hypothèse où un accord ou une nouvelle convention est conclu, les deux droits prévoient alors son application de manière autonome en lieu et place de la convention dénoncée qui ne peut plus dès lors être invoquée par les salariés.

1. La procédure de la dénonciation

581. Les formes dans lesquelles les auteurs procèdent à la négociation répondent en droit français et espagnol à la même logique.

En France, aux termes de l'article L. 2261-9 al. 2 CT, la convention ou l'accord collectif doit fixer les conditions de la dénonciation et notamment prévoir un préavis « *qui doit précéder la dénonciation* ». Dans le silence de la convention, la loi prévoit que ce préavis de dénonciation est de trois mois¹. C'est à partir de ce préavis que la convention est considérée comme effectivement dénoncée. Jusqu'à ce moment, elle continue de s'appliquer sans aucun changement et sans appui légal. La loi prévoit également une obligation de notification² qui fait alors courir le délai de préavis, et le dépôt de la dénonciation à la Direction du travail et au greffe du Conseil des Prud'hommes³. Le non respect des conditions de formes conduit à la nullité de la dénonciation⁴. La dénonciation doit être globale⁵. Les signataires peuvent toutefois prévoir une dénonciation partielle en vertu de leur liberté contractuelle¹.

¹ Art. L. 2261-9 al. 2 CT : « *En l'absence de stipulation expresse, la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation est de trois mois* ».

² Sur les destinataires de cette notification, voir infra, n° 585.

³ Art. L. 2261-9 Al.4 « *Elle est déposée dans des conditions prévues par voie réglementaire* ».

⁴ Cass. Soc. 10 fév. 1999, déjà cité.

La Cour de cassation a récemment affirmé que lorsque la dénonciation vise un accord d'entreprise, l'employeur doit consulter le comité d'entreprise avant de dénoncer la convention. La dénonciation constitue une décision unilatérale de l'employeur qui concerne la marche générale de l'entreprise et qui doit donc faire l'objet d'une consultation (Cass. Soc. 5 mars 2008, *SSL*, 2008, n° 1347, p. 11). L'absence de consultation entraîne l'annulation de la dénonciation régulièrement notifiée et le maintien en application de la convention. Cette sanction a été jugée excessive par un secteur doctrinal qui opte d'avantage pour la sanction du délit d'entrave (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 225).

⁵ Pour les juges, « *la convention constitue un tout indivisible qui ne peut faire l'objet de dénonciation partielle* » (Cass. Soc. 12 oct. 2005, *Bull. civ. V*, n° 289). Voir également Cass. Soc. 16 mars 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 372, *D.*, 1995, somm. comm., p. 369, obs. E. DOCKES. Dans cet arrêt, la Cour considère que « *lorsqu'un ensemble conventionnel est constitué d'une convention collective et de divers accords*

En Espagne, aux termes de l'article 86.1 al. 1 ET, la dénonciation « *se produira dans les termes qui ont été établis dans la propre convention* »². Parallèlement et afin de garantir l'intervention des négociateurs en la matière, l'article 85.3 d) ET relatif au contenu minimum des conventions collectives, dispose, dans sa version consécutive à la réforme de 2012, que les conventions doivent établir « *la forme et les conditions de la dénonciation de la convention ainsi que le délai minimum de cette dénonciation* »³. Ce préavis aménage un temps de réaction pour les parties considérées et vise sans nul doute à la mise en route d'une nouvelle procédure de négociation⁴. Le caractère écrit de la dénonciation n'est pas obligatoire mais conseillé offrant une plus grande sécurité juridique⁵. Une exigence d'inscription de la dénonciation dans le registre public correspondant est dans ce sens prévue uniquement lorsque la dénonciation s'effectue par écrit⁶. Cette inscription n'a qu'un caractère déclaratif⁷. La dénonciation qui ne respecte pas les formes prévues sera annulée⁸.

582. Dans tous les cas, les conditions dans lesquelles la dénonciation doit se produire doivent permettre de vérifier de manière non-équivoque la volonté de mettre fin à l'application de la convention collective. Dans ce sens, les deux droits prévoient

successifs ayant le même champ d'application territorial et professionnel, la dénonciation qui ne vise expressément que la convention collective et certains de ces accords est nulle ». Voir R. KESSOUS, « Incidences de la disparition des organismes signataires d'une convention collective », *Dr. soc.*, 1995, p. 370 ; M. DESPAX, loc. cit., 1996, p. 55, qui s'interroge alors sur la compatibilité de cette solution avec la capacité du Ministre d'écarter certaines dispositions de la convention afin de procéder à l'acte d'extension (sur cette procédure, voir supra, n° 87) ; R. KESSOUS, « Dénonciation partielle des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 65.

¹ Cass. Soc. 16 oct. 1974, *Bull. civ.* V, n° 478 ; 30 mars 1977, *Juris. UIMM*, n° 376, p. 301 ; Cass. Soc. 13 mars 2001, déjà cité.

² Pour une analyse de la pratique conventionnelle, voir A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Universidade da Coruña, Civitas, 2000, p. 45 ; I. ALBIOL MONTESINOS, « La denuncia del convenio colectivo », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^e. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 479.

³ Sous la rédaction issue de la la réforme de 2011, l'article 85.3 d) ET prévoyait que « *sauf pacte contraire, le délai minimum pour la dénonciation des conventions collectives sera de trois mois avant de terminer leur vigueur* ». L'instauration d'un délai légal de trois mois constituait un rapprochement du droit français. La réforme de 2012 a toutefois supprimé, de manière criticable, cette règle supplétive qui permettait pourtant de clarifier l'état du droit.

⁴ Dans ce sens, voir STCT du 27 nov. 1986, Ar/12804.

⁵ A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 71. Sur la pratique conventionnelle qui implique généralement un écrit, voir I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 2006, p. 476.

⁶ Art. 2 a) du RD 1041/1981 du 2 mai.

⁷ « registrales » (STSJ 28 janv. 1992, Ar.Soc./154 ; V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1510).

⁸ STS du 27 oct. 1999, Ar/8411. Voir également A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 99. Favorable à une interprétation plus flexible des exigences de formes, permettant dans tous les cas la mise en route d'une nouvelle procédure de négociation, S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 154.

que lorsqu'une convention à durée déterminée arrive à expiration et qu'aucune dénonciation ne s'est produite, la convention continue de s'appliquer. Une divergence apparaît cependant. En effet, alors que le droit français opte pour convertir cette convention à durée déterminée en convention de durée indéterminée¹, le droit espagnol se contente de proroger pour une année supplémentaire la convention². Ce mécanisme qui peut être écarté par les négociateurs³, est dénommé prorogation automatique et peut intervenir de manière successive⁴.

583. En marge de ces questions de formes, la procédure de dénonciation nous conduit à aborder deux questions. Tout d'abord, il convient de déterminer les sujets susceptibles de dénoncer. Sur ce point, la nature juridique de la convention collective joue un rôle central. En effet, alors que le droit espagnol applique dans toute son ampleur le principe majoritaire et le principe de succession normative, le droit français reste guidé par la dimension contractuelle de la convention collective qui implique une certaine coïncidence des signataires. Néanmoins, la réforme du 20 août 2008 relative aux règles de représentativité a opéré un rapprochement entre les deux droits et consacre dans une hypothèse déterminée le principe majoritaire pur sans interférence contractuelle.

¹ Lorsque la convention est à durée déterminée, l'arrivée du terme fixé ne l'empêche pas, en principe, de continuer à produire des effets comme le ferait une convention à durée indéterminée (Art. L. 2222-4 al. 2 CT). Le dispositif prévoit en définitive que la convention à durée déterminée doit faire l'objet d'une dénonciation. Notons toutefois que les parties à la convention peuvent écarter cette logique en raison du caractère supplétif du dispositif légal qui ne s'applique qu'« à défaut de stipulations contraires ». Elles peuvent ainsi établir qu'une convention qui arrive à expiration cesse de s'appliquer.

² Article 86.2 ET, « [...], les conventions collectives se prorogeront d'année en année si n'intervient pas la dénonciation expresse des parties » ; STS du 21 mai 1997, Ar/4279.

³ L'article 86.2 ET prévoit que la prorogation automatique s'applique toutefois « sauf pacte contraire » et peut donc être mise à l'écart par les parties qui peuvent prévoir que la dénonciation soit automatique à l'échéance du terme fixé (STS 9 mars 2009, Ar/2196; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 73, I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 2006, p. 476).

Lorsque les organisations légitimes à intervenir au moment de l'expiration de la convention ne coïncident plus avec ses signataires, un auteur se demande toutefois si la prorogation automatique n'est pas plus respectueuse de l'autonomie collective permettant aux organisations légitimes de choisir entre le maintien de l'accord ou sa dénonciation (voir S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 151, note 21).

⁴ La dénonciation anticipée en dehors du cadre conventionnel ou légal fixé est possible mais reste exceptionnelle. Elle peut tout d'abord et sans grandes difficultés intervenir par accord mutuel (STS du 30 juin 1998, Ar/5793) ce qui peut alors renvoyer à la notion de révision (voir infra, n° 627). La dénonciation anticipée unilatérale pose plus de difficultés au regard de l'interprétation jurisprudentielle restrictive des clauses *rebus sic stantibus* (STCT 30 nov. 1982, Ar/6877). Dans le même sens, les juges tendent à se référer au caractère normatif de la convention qui suppose que sa modification intervienne au travers d'un instrument collectif qui possède la même force normative (STSJ Analucía Sevilla 9 oct. 1998, Ar. Soc./3839 ; STSJ La Rioja, 2 sept. 1994, Ar. Soc./3311 ; V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1505 ; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 155; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 49).

Ensuite, une fois la dénonciation exprimée, les deux dispositifs légaux prévoient un mécanisme identique qui vise à offrir un cadre propice à la renégociation au travers du maintien des effets de la convention dénoncée jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord. Le droit français parle alors de survie de la convention et le droit espagnol « d'ultraactivité ».

a) Les auteurs de la dénonciation

584. En Espagne, il ressort de l'article 86.2 ET que la prorogation automatique a lieu si « *les parties* » ne manifestent pas leur volonté de dénoncer la convention. Cette référence « *confuse et insuffisante* »¹ au terme de « *parties* » a divisé la doctrine sur deux points. D'une part, il peut renvoyer aux parties de la convention qui est dénoncée ou aux parties de la future négociation, autrement dit aux parties susceptibles de réaliser la dénonciation. Il s'agit de savoir s'il doit y avoir une coïncidence entre les signataires de la convention et les auteurs de la dénonciation et, en définitive, de définir la nature normative ou contractuelle de la convention². D'autre part, ce terme ne définit pas de manière explicite les exigences de légitimation nécessaire³. Les auteurs de la dénonciation doivent-ils disposer de la légitimation initiale ou de la légitimation pleine ?

La jurisprudence a alors apporté des éléments de réponses et a considéré que les auteurs de la dénonciation doivent posséder la légitimation pleine conformément à l'article 88 ET⁴, qu'ils soient signataires ou non de la convention objet de la

¹ A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 82.

² Favorable à la logique contractuelle qui réserve la faculté de dénoncer aux seuls signataires, voir M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, « *Ámbito temporal y personal de los convenios colectivos en Andalucía* », in *Negociación colectiva y Comunidades Autónomas*, Coord. A. OJEDA AVILÉS, Madrid, Tecnos, 1991, p. 157. Considérant au contraire qu'une organisation non-signataire, peu importe la raison (l'organisation n'existait pas au moment de la conclusion de l'accord initial ou ne remplissait pas l'exigence de légitimation initiale), peut participer à la dénonciation dès lors qu'elle remplit les exigences à ce moment (E. BORRAJO DACRUZ, « *Notas sobre el régimen jurídico de la denuncia de un convenio colectivo por una asociación empresarial no firmante del convenio denunciado* », *DL*, 1991, n° 35, p. 22 ; V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1508 ; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 152).

³ Les références dans l'ET « *aux parties* » peuvent en effet revêtir différentes significations renvoyant ou bien aux différentes organisations susceptibles de participer à la négociation (c'est-à-dire qui possèdent la légitimation initiale) ou bien aux deux bancs de la négociation qui regroupent en leur sein différentes organisations possédant ensemble la légitimation pleine (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, loc. cit., Edersa, 1995, p. 113).

⁴ STS du 21 mai 1997, Ar/4279.

Les parties à la convention peuvent cependant prévoir que la dénonciation requiert uniquement la légitimation initiale ou qu'elle est ouverte à n'importe quel signataire. Deux autres hypothèses semblent permettre, de manière exceptionnelle, la dénonciation par des auteurs ne possédant pas la légitimation pleine. En premier lieu, lorsqu'il s'agit d'une convention couvrant plusieurs centres de travail, la

dénonciation. Dans ce sens, les juges affirment que « *la faculté de dénonciation est également attribuée à ceux qui n'ont pas souscrit à la convention, dès lors qu'ils intègrent, par eux-mêmes ou avec d'autres, le quorum de majorité ou de légitimation pleine exigé pour débiter les négociations* »¹.

Cette position permet sans nul doute d'aborder sereinement les hypothèses de disparition des signataires de la convention dénoncée et les conséquences de nouvelles élections ayant abouti à la perte de représentativité d'un ou plusieurs syndicats signataires de la convention dénoncée². Elle vise en définitive à se projeter vers la négociation de la nouvelle convention en garantissant que les auteurs de la dénonciation disposent de la légitimation exigée pour l'engager³. En tout état de cause, elle s'avère conforme à la logique majoritaire qui imprègne le droit espagnol et conforte le caractère normatif de la convention statutaire, la coïncidence entre les signataires de la convention et les auteurs de la dénonciation n'étant pas nécessaire.

585. En droit français, la dénonciation a, traditionnellement et conformément à la nature contractuelle de la convention, été réservée aux seules organisations représentatives signataires de la convention. Aux termes de l'article L. 2261-9 al.1 CT, la dénonciation d'une convention à durée indéterminée est une possibilité offerte aux parties signataires qui n'ont pu trouver un terrain d'entente permettant la révision de la convention⁴. Dans ce sens, la notification que doivent réaliser les auteurs de la dénonciation, a comme destinataires les « *aux autres signataires de la convention ou de l'accord* »⁵. La loi distingue par ailleurs la dénonciation qui émane de la totalité des signataires employeurs ou salariés de celle qui émane d'une partie d'entre eux⁶. La

représentation salariale de l'un d'entre eux peut dénoncer la convention. Dans le même sens, lorsqu'il s'agit d'une convention conclue par plusieurs employeurs à titre individuel, chacun d'entre-eux peut dénoncer la convention. En deuxième lieu, lorsque l'objet de la dénonciation est la négociation d'une convention catégorielle qui se détache de la convention de secteur, un syndicat catégoriel peut dénoncer (pour approfondir sur ces exceptions, voir A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 88 s.).

¹ STS du 21 mai 1997, déjà citée.

² STCT 29 avril 1985, Ar/2894 ; STCT 6 fév. 1987, Ar/2572 ; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 88.

³ Pour les juges, l'admission d'une dénonciation émanant d'une organisation possédant uniquement la légitimation initiale serait incompatible avec l'article 89 ET relatif aux exigences de légitimation lors de la demande de négociation et de la mise en oeuvre du devoir de négociier (voir supra, n° 247).

⁴ Art. L. 2261-9 al.1 CT : « *La convention et l'accord à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires* ».

⁵ Art. L. 2261-9 Al. 3 « *La dénonciation est notifiée par son auteur La dénonciation ne doit pas être notifiée aux délégués syndicaux mais aux syndicats qui les ont mandatés* (Cass. Soc. 24 fév. 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 464). Les juges ont considéré irrégulière une dénonciation notifiée aux représentants syndicaux au comité d'entreprise au lieu des délégués syndicaux (Cass. Soc. 19 avril 1989, *Bull. civ.* V, n° 289 ; voir également Cass. Soc. 16 fév. 1989, *Dr. ouv.*, 1989, p. 359).

⁶ On retrouve ici l'idée de banc patronal et banc salariés présente en droit espagnol (voir supra, n° 244).

réforme de 2008 est toutefois venue bousculer cette distinction et a envisagé, dans une hypothèse déterminée, la dénonciation par les syndicats représentatifs majoritaires. Elle laisse cependant en suspens plusieurs difficultés, notamment lorsque la convention objet de la dénonciation a été dénoncée par des négociateurs subsidiaires.

La distinction traditionnelle entre la dénonciation émanant de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés et la dénonciation émanant d'une partie des signataires est reprise par le Code du travail aux articles L. 2261-10 et L. 2261-11 CT respectivement. Il ressort de ces articles que la dénonciation, pour produire tous ses effets, doit émaner de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés.

Lorsque la dénonciation émane d'une partie des signataires, l'intensité de ses effets s'amenuise considérablement. Deux hypothèses sont distinguées dans le Code du travail.

En premier lieu, aux termes de l'article L. 2261-11, « *elle ne fait pas obstacle au maintien en vigueur de la convention ou de l'accord entre les autres parties signataires* ». La présence d'au moins une organisation d'employeur et une organisation syndicale permet au texte de continuer à s'appliquer. Si la dénonciation émane d'une ou plusieurs organisations de salariés, en raison de l'effet *erga omnes* de la convention collective par l'affiliation de l'employeur, la convention collective demeure applicable à tous les salariés travaillant dans les entreprises liées¹. La dénonciation n'aura d'incidence qu'envers les organisations syndicales qui ont dénoncé². Lorsqu'elle émane d'organisations d'employeurs et vise par conséquent à dénoncer une convention sectorielle, les mêmes raisons que celles exposées antérieurement, permettent, a contrario et sans préjudice de la procédure d'extension, à la dénonciation de déployer tous ses effets dans les entreprises où les employeurs sont adhérents aux organisations qui ont dénoncé.

En deuxième lieu, la dénonciation peut aboutir à modifier le champ d'application professionnel ou géographique de la convention. Lorsqu'une organisation d'employeurs seule représentative dans un des secteurs d'activité visés par la convention ou qu'un syndicat seul représentatif dans un cadre géographique compris dans la convention, dénonce la convention, il convient de modifier en conséquence le

¹ Voir supra, n° 86.

² Celles-ci ne pourront plus se voir appliquer les dispositions conventionnelles relatives aux relations entre les parties signataires et notamment les dispositions relatives à la participation dans les différentes commissions instaurées par la convention.

champ d'application professionnel ou géographique respectivement, de la convention collective¹.

586. Une idée directrice se dégage de ce dispositif et consiste à la prise en compte de la dimension contractuelle de la convention collective. En effet, la loi maintient le parallélisme des signataires entre la convention collective initiale et la mise en œuvre de la dénonciation. Dès lors, au regard des règles de représentativité antérieures à la réforme de 2008 qui assuraient la stabilité des organisations représentatives, les conventions et accords collectifs à durée indéterminée signés par ces mêmes organisations bénéficiaient d'une grande stabilité consécutive à l'impossibilité pour les non-signataires de perturber leur application².

Les nouvelles règles de représentativité instaurées par la réforme de 2008 vont néanmoins conduire vraisemblablement à des alternances et à des changements dans le panorama syndical des branches et des entreprises. Le maintien du parallélisme entre les signataires de la convention et les auteurs de la dénonciation pouvait donc conduire au blocage si les organisations signataires perdent leur représentativité. Dans le sens, cette réforme a également introduit un nouvel et dernier alinéa à l'article L. 2261-10 CT. Ce précepte peut s'appliquer dès lors qu' « *une des organisations syndicales de salariés signataires de la convention ou de l'accord perd la qualité d'organisation représentative dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord* ». Que se passe-t-il si plusieurs organisations perdent leur représentativité ? Ecartant une appréciation stricte du texte, nous considérons qu'il s'agit de la perte de représentativité d'une ou plusieurs organisations syndicales³. En effet, comment restreindre cette procédure permettant de prendre en compte les changements de représentativité, à la seule hypothèse de la perte de cette qualité d'un seul syndicat⁴.

¹ Art. L. 2261-12 CT : « *Lorsque la dénonciation d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel émane d'une organisation seule signataire, soit pour la partie employeurs, soit pour la partie salariés, concernant un secteur territorial ou professionnel inclus dans le champ d'application du texte dénoncé, ce champ d'application est modifié en conséquence* ». La convention dénoncée continue toutefois de s'appliquer durant la période de survie (voir infra, n° 591).

² La doctrine soulignait dans ce sens que « *stabilité de l'accord et stabilité des organisations représentatives allaient de pair* » (M.A. SOURIAU, loc. cit., 2009, p. 21 ; B. PALLI, « La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », *RDT*, 2010, p. 156).

³ Favorable à une interprétation stricte, voir C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 913.

⁴ Notons dans ce sens que la loi de 2008 prévoit que « *la perte de la qualité d'organisation représentative de toutes les organisations syndicales signataires d'une convention ou d'un accord collectif n'entraîne pas la mise en cause de cette convention ou de cet accord* » (art. L. 2261-14-1 CT ; sur la notion de mis en cause, voir infra, n° 630). Dès lors, une interprétation stricte conduirait à admettre que la loi ne prend en

Dans cette hypothèse déterminée, directement connectée à la mise en œuvre des nouvelles règles de représentativité, la dénonciation produira tous ses effets à condition qu'elle « *émane d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans son champ d'application ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés dans les conditions prévues au chapitre II du titre III* ».

Cette dernière disposition a, aux dires d'un courant doctrinal autorisé, « *quelque chose d'accablant* » et d'incohérent¹. D'une part, contrairement à la logique traditionnelle du dispositif légal, la dénonciation peut désormais déployer tous ses effets sans émaner de la totalité des signataires salariés². Cette réforme produit de plus « *une torsion violente* » de la dimension contractuelle de la convention collective³ puisque dorénavant la dénonciation peut émaner de syndicats représentatifs non-signataires de la convention initiale⁴. Ces derniers sont dès lors soumis à une exigence majoritaire qui marque le passage de la logique contractuelle à la logique majoritaire⁵. Force est alors de constater que le dispositif légal comporte des contradictions, notamment le maintien sous la rubrique « *procédure* » de vocation générale, de l'article L. 2261-9 al. 1 CT dans sa version antérieure. Ne devrait-on pas alors exiger qu'au moins un syndicat représentatif signataire de l'accord initial soit un des composants de la majorité mettant en œuvre la dénonciation ? D'autre part, l'exigence majoritaire prend ici une dimension complète puisqu'il s'agit de « *la majorité des suffrages exprimés* » contrairement aux règles de conclusion qui demandent une majorité d'approbation de 30% et l'absence d'une majorité de refus de 50%. Incontestablement, les conditions de la dénonciation sont donc plus exigeantes que celles de la conclusion d'un accord ou d'une convention collective. La légitimité quand il s'agit de défaire doit-elle être plus forte que celle quand il s'agit de faire ? Ne pouvait-on pas considérer que la dénonciation d'une partie

considération que deux types de changements de représentativité, laissant l'hypothèse dans lesquelles deux syndicats perdent leur représentativité, sans couverture légale.

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 2009, p. 22.

² Paradoxalement, ce précepte est placé dans les hypothèses de dénonciation émanant de la totalité des signataires employeurs ou salariés. Dès lors, malgré leur dénomination, les deux rubriques du dispositif légal maintiennent bien plus une distinction formelle entre les procédures de dénonciation par rapport aux effets déployés que par rapport aux auteurs.

³ M.A. SOURIAC, loc. cit., 2009, p. 22.

⁴ C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 913.

⁵ B. PALLI, loc. cit., p. 161 qui parle de « *parlementarisation* » de la négociation collective : les nouvelles majorités refont ou défont ce qu'ont établi les anciennes.

Les interlocuteurs sociaux et un courant de la doctrine s'étaient néanmoins inclinés pour le maintien de l'unanimité. La Position commune de 2008 prévoyait que cette unanimité s'appréciait par rapport à l'ensemble des syndicats représentatifs, même non signataires (art. 6-1). Un secteur doctrinal proposait d'apprécier l'unanimité par rapport aux seuls syndicats signataires représentatifs ou encore représentatifs (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 228).

des syndicats et le refus de dénoncer d'autres organisations permettent à la dénonciation de produire ses effets dès lors que ces dernières ne respectent plus le seuil de 30%¹. L'esprit de la loi de 2008 ne semble pas aller dans ce sens comme le démontrent les conséquences minimales de la perte de représentativité de toutes les organisations signataires sur la validité de la convention². La perte de représentativité d'un des signataires n'ouvre en définitive que la possibilité de recourir à cette procédure de dénonciation alternative.

Il ressort finalement de nouveau précepte un paradoxe flagrant. Si à la suite d'élections, tous les signataires de l'accord initial conservent leur représentativité, la dénonciation doit, pour produire ses effets, émaner de la totalité des organisations signataires. En revanche, la perte de représentativité d'un seul syndicat, qui pouvait être déjà très minoritaire dans l'accord initial, permet de recourir automatiquement à la dénonciation majoritaire. Ce dispositif possède selon nous une vocation transitoire permettant de manière progressive, de généraliser à terme l'application pure du principe majoritaire.

587. Dans tous les cas, la loi de 2008 n'a pas permis de clarifier les difficultés entourant les auteurs susceptibles de dénoncer une convention conclue par des négociateurs subsidiaires dont le domaine de négociation s'est généralisé dans la loi du 4 mai 2004³. Les négociations conduites par les représentants élus, les salariés mandatés ou le représentant de la section syndicale (RSS) posent en effet plusieurs difficultés

Il ressort de l'article L. 2232-29 CT que la loi opte pour le parallélisme des formes entre les conditions de validité tenant aux signataires de l'accord et la procédure de dénonciation⁴. Les auteurs de la dénonciation doivent donc respecter les mêmes exigences que lors de la signature de l'accord pour que leur dénonciation produise effet. S'agissant des représentants élus, ils doivent compter sur la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 227. Un auteur a considéré que le non-respect du seuil de 30% à la suite d'un processus électoral devrait conduire à rendre caduc l'accord (C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 912. Contre B. PALLI, loc. cit., p. 159).

² Art. L. 2261-14-1 CT, voir note supra.

³ M.L. MORIN, « La révision des conventions et accords collectifs après la loi du 4 mai 2004 », *RJS*, 2/2005, p. 91.

⁴ Art. L. 2232-29 CT « *Les accords d'entreprise ou d'établissement conclus selon les modalités définies aux paragraphes 1 et 2 peuvent être renouvelés, révisés ou dénoncés selon les modalités mentionnées à ces paragraphes respectivement par l'employeur signataire, les représentants élus du personnel ou un salarié mandaté à cet effet* ». Sur les conditions de validité tenant aux signataires des accords subsidiaires, voir supra, n° 174, 221, 326, 330.

Plusieurs difficultés sont toutefois apparues.

Tout d'abord, d'un point de vue procédural, lorsque l'accord est conclu par les représentants élus et que ces derniers prétendent dénoncer, les conditions de la notification peuvent être aménagées et permettre de considérer que sa mention dans le procès-verbal de réunion du comité d'entreprise vaille notification à l'employeur. Certains auteurs ont cependant soulevé que le caractère unilatéral de la dénonciation se heurte au caractère bipartite du comité d'entreprise. Reste alors à permettre aux représentants des salariés de bénéficier d'un cadre autonome de prise de décision¹.

Ensuite, il convient de se demander quelles sont les incidences d'un processus électoral qui modifie la majorité existante au moment de la signature de l'accord. Il est possible de considérer que, de manière similaire aux conventions signées par les syndicats, la perte de la qualité de représentants élus signataires ne produit pas de conséquences sur la validité de la convention². Il serait alors possible de transposer à l'accord subsidiaire avec les élus, la règle selon laquelle en cas de perte de représentativité de l'un des syndicats signataires, la procédure de dénonciation est régie par la règle majoritaire³. En l'espèce cela permettrait que la dénonciation émane de la nouvelle majorité de la représentation élue indépendamment de la qualité de signataire de l'accord initial.

Les difficultés les plus importantes sont toutefois consécutives à la non-prise en compte par la loi des éventuels changements de la nature de la présence syndicale dans l'entreprise.

D'une part, on doit se demander si un délégué syndical désigné postérieurement à la conclusion de l'accord, peut le dénoncer. Si la négociation a été conduite par le représentant de la section syndicale ou par un salarié mandaté, aucun problème majeur n'apparaît considérant que ces agents représentent finalement le syndicat qui est partie à l'accord⁴. Le délégué syndical nouvellement désigné peut dénoncer l'accord. Si ont négociés les représentants élus, deux interprétations de l'article L. 2239-9 CT peuvent être formulées. Selon une interprétation stricte, le parallélisme des signataires doit conduire à affirmer que les auteurs de la dénonciation ne peuvent être d'autres que les représentants élus signataires de l'accord initial. Par la suite, la négociation d'un nouvel accord sera conduite par le délégué syndical, agent de négociation préférentiel. Pour

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, *op. cit.*, p. 191.

² A. MAZEAUD, *loc. cit.*, 2009, p. 677 ; art. L. 2261-14-1 CT.

³ A. MAZEAUD, *loc. cit.*, 2009, p. 677 ; Art. L. 2261-10, al. 3 CT, voir *supra*, n° 586.

⁴ Voir *supra*, n° 174.

dénoncer l'accord, le délégué syndical doit être partie à l'accord initial. La seule option consiste donc pour les syndicats à adhérer à la convention¹. Outre les problèmes inhérents à la finalité de l'adhésion², cette interprétation doit selon nous être écartée au motif que le dispositif légal opte clairement pour donner une préférence et une priorité absolues à la négociation avec les délégués syndicaux³. Le caractère subsidiaire des négociations conduites par d'autres agents, implique que le délégué syndical puisse procéder à la dénonciation qui sera accompagnée de tous ses effets⁴

D'autre part, *a contrario*, la disparition de délégués syndicaux dans l'entreprise permet-elle à la représentation élue de dénoncer l'accord ? S'il s'agit d'une convention collective, au regard de l'interdiction de dénonciation partielle et de la compétence des négociateurs subsidiaires pour négocier uniquement des accords d'entreprise, il semble possible d'affirmer que les marges de manœuvre de la représentation élue sont extrêmement réduites. S'il s'agit d'un accord, un courant de la doctrine considère que la représentation élue doit, pour dénoncer valablement, être partie à l'accord ce qui peut se réaliser au travers de la procédure d'adhésion⁵. Nous estimons cependant que le vide normatif doit s'interpréter favorablement au maintien de l'accord négocié par les syndicats. En effet, l'intervention de la représentation élue vise à combler un vide conventionnel dans l'entreprise et non à modifier un cadre conventionnel préexistant. La représentation élue reste (pour l'instant ?) subordonnée à la représentation syndicale en matière conventionnelle. Dès lors, il semble difficile d'admettre que la représentation élue puisse défaire ce qui a été fait par un ou des délégués syndicaux. Reste dans tous les cas la possibilité pour l'employeur de procéder à la dénonciation.

588. En guise de conclusion, l'identification des auteurs susceptibles de négocier une convention collective a permis de mettre en exergue les postulats initiaux des deux droits. Dès lors, conformément à la nature contractuelle de la convention, le droit français a opté pour la coïncidence entre les signataires de la convention et les auteurs de la dénonciation alors qu'en Espagne, la dimension normative de la convention collective admise majoritairement par la doctrine et la jurisprudence a naturellement

¹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 200.

² Citons par exemple qu'aux termes de l'article L. 2261-4 CT, l'adhésion permet à une nouvelle organisation de « *prendre part aux négociations portant sur la modification ou la révision du texte en cause* », sans faire allusion à la dénonciation.

³ La présence d'un délégué syndical rend impossible l'intervention des représentants élus comme agent de la négociation (voir supra, n° 222).

⁴ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 677.

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 200.

conduit à s'attacher essentiellement aux exigences de légitimation. Dans ce cadre, la consécration de l'exigence majoritaire en France implique remodeler des règles encadrant la dénonciation amorcée par la loi de 2008. Celle-ci semble toutefois à mi-chemin, convertissant de manière extravagante la perte de représentativité d'un unique syndicat, en élément déclencheur de la mise en route de l'exigence majoritaire pure et de la mise à l'écart de la logique contractuelle qui s'avère par ailleurs, difficile à mettre en œuvre dans certaines hypothèses.

b) La promotion de la renégociation

589. La volonté légale de favoriser la mise en route d'un processus de négociation permettant d'aboutir à un accord peut être dégagée des deux dispositifs. Néanmoins, alors qu'en droit français, elle jaillit clairement d'une disposition légale, elle passe en droit espagnol, par une interprétation systématique qui conduit à permettre l'application du devoir de négocier de l'article 89.1 ET.

En France, aux termes de l'article L. 2261-10 al. 2 CT, « *une nouvelle négociation s'engage, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de la dénonciation* ». Ce précepte instaure une véritable obligation de négocier qui implique que toutes les organisations syndicales représentatives doivent être invitées¹.

590. En Espagne, il convient de distinguer deux époques.

Antérieurement à la réforme de 2011, aucune disposition permettait de savoir si un devoir de négocier était mis en œuvre lors de la dénonciation. Afin d'aborder cette question, il convient de rappeler que le devoir de négocier prévu à l'article 89.1 ET est mis en route par la demande de négociation valablement formulée, autrement dit que ne soit pas réunie une cause légale ou conventionnelles permettant son exonération. Une première approche a alors consisté à considérer que la dénonciation et la demande de

¹ Cass. Soc. 9 fév. 2000, *RJS*, 3/2000, n° 306.

L'article L. 2261-10 al. 3 CT relatif à la dénonciation émanant d'une partie des signataires qui aboutit à une modification du cadre professionnel de la convention ou de l'accord, prévoit également qu'une négociation doit s'ouvrir. Notons alors que dans ce cas, seules « *les organisations syndicales représentatives de salariés intéressés* » peuvent demander une négociation qui aboutira à une fragmentation de la couverture conventionnelle.

négociation pouvaient être intégrées dans un même acte¹. La jurisprudence affirma que la dénonciation ne devait pas être confondue avec la demande de négociation de l'article 89.1 ET même si elles peuvent être effectuées simultanément².

Le RDL 7/2011 qui n'a pas été modifié sur ce point par la réforme de 2012, tranche les difficultés et, conformément à l'objectif de dynamiser la renégociation, prévoit à l'article 89.1 al.1 que « *dans l'hypothèse où la promotion [de négociation] est le résultat de la dénonciation d'une convention collective en vigueur, la communication devra s'effectuer simultanément à l'acte de dénonciation* ». Aux termes de cet article, la demande de négociation intervient donc au moment de la dénonciation et par conséquent préalablement au préavis de dénonciation durant lequel la convention continue de s'appliquer dans les mêmes conditions. Une interprétation stricte du dispositif de l'article 89.1 ET peut conduire à penser que le devoir de négocier n'est pas applicable puisque la convention, bien que dénoncée, est toujours en vigueur durant ce préavis de dénonciation³. Fort logiquement, la doctrine et la jurisprudence majoritaire avaient considéré, bien avant la simultanéité légale entre la dénonciation et la demande de négociation, que le devoir de négocier joue dès la dénonciation et s'applique durant ce préavis⁴. Dès lors, la dénonciation permet de mettre en œuvre le dispositif encadrant la demande de négociation prévu à l'article 89.2 ET aux termes duquel la commission de négociation doit être constituée dans un délai d'un mois à compter de la demande de négociation⁵, en l'espèce présentée simultanément à la dénonciation de l'ancienne convention⁶. Dans ce cadre, nul doute que le nouvel accord conclu pendant le préavis de

¹ Favorable à cette position, I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 2006, p. 482-493, qui souligne que cette confusion est d'autant plus importante lorsque la convention prévoit que les auteurs de la dénonciation doivent énoncer les matières objets de négociations.

² STS du 1 juin 1990, Ar/5001.

³ Aux termes de l'article 82.3 ET, la convention oblige durant « *tout le temps de sa vigueur* » et aux termes de l'article 89.1 ET, le devoir de négocier ne joue pas lorsqu'il s'agit de réviser une convention qui n'est pas encore arrivée à expiration, c'est-à-dire, dont le terme initialement fixé n'est pas atteint (voir supra, n° 37).

⁴ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 31; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 297; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 111 s.; STS 17 nov. 1998, Ar/9750.

Dans ce sens, antérieurement à la réforme de 2011, l'article 86.3 ET, en prévoyant que le contenu obligatoire n'est plus applicable dès lors que la convention a été dénoncée et que le contenu normatif demeure applicable « *une fois terminée la durée convenue* », distinguait bien deux moments (pour approfondir sur la distinction entre contenu normatif et obligatoire, voir infra, n° 611).

⁵ Pour approfondir sur les conditions encadrant la commission de négociation (voir supra, n° 244 s.).

⁶ Il est ici intéressant de noter que la réforme de 2011 était allée plus loin et avait encadré dans le temps ce processus de renégociation. Dans son préambule, le RDL 7/2011 souligne que le système de négociation collective « *manque d'agilité et de dynamisme en particulier quand termine la vigueur fixée dans les conventions collectives* ». Concrètement, était intégrée aux articles 85.3 e) et f) ET, l'obligation pour les conventions collectives de prévoir deux délais marquant le rythme des négociations. Devaient être établis, d'une part, « *un délai maximum pour le début de la négociation d'une nouvelle convention*

dénonciation est valable et sera considéré comme un accord exprès¹ ; il s'agirait même de l'hypothèse idéale.

Notons par ailleurs que l'idée selon laquelle la dénonciation ouvre une période de renégociation apparaît de manière implicite à l'article 86.3 ET dans sa rédaction issue de la réforme de 2012. Celui-ci, en se référant aux mécanismes qui favorisent la conclusion d'un accord « *durant les négociations pour la rénovation d'une convention collective* », présuppose la mise en route d'un processus de négociation.

591. Parallèlement à la mise en route d'un processus de négociation, la loi porte une attention spéciale au contexte entourant la négociation qu'elle appelle de ses vœux. Initialement et de manière automatique à l'issu du préavis de dénonciation, les droits français et espagnol optent en effet pour permettre à la convention dénoncée de continuer à déployer ces effets jusqu'à la conclusion d'un accord venant la substituer.

En France, une dénonciation qui déploie tous ses effets implique que « *la convention ou l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure* »². La convention peut toutefois fixer une période dite de survie

une fois dénoncée l'antérieure » qui sera « *sauf pacte contraire, celui établi à l'article 89.2* », en vertu duquel ce délai sera de 15 jours à compter de la constitution de la commission de négociation et, d'autre, « *un délai maximum de négociation de la nouvelle convention qui sera déterminé en fonction de la durée de la convention antérieure* », établissant, « *sauf pacte contraire* », un délai de 8 mois lorsque la convention antérieure avait une durée inférieure à deux ans et de 14 mois dans les autres cas (voir également art. 89.2 ET). Ce délai courait à partir de l'arrivée du terme initialement fixé et non à partir de la dénonciation (ancien art. 85.3 f ET ; pour approfondir, voir J.M^e. GOERLICH PESET, « *Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad* », in *La reforma de la negociación colectiva, Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 108 ; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., *TL*, 2012, p. 128). En définitive, le RDL 7/2011, en prévoyant la simultanéité de la dénonciation et de la demande de négociation, fait tout d'abord courir un délai de 3 mois de préavis durant lequel doivent commencer les négociations dans un délai d'un mois et demi. Parallèlement, il fait courir, à l'expiration de ces trois mois, un délai de négociation, durant 8 ou 14 mois. Il ressort qu'un processus de renégociation peut s'étendre, aux termes de la loi, sur une période maximum de 17 mois à partir de la dénonciation. Dès lors, un certain paradoxe apparaît. En effet, d'un côté, le dispositif légal issu du RDL 7/2011 tend à promouvoir la renégociation d'un nouvel accord afin d'éviter le maintien prolongé en ultraactivité de la convention dénoncée. Néanmoins, et là surgit le paradoxe, le dispositif aboutit, d'un autre côté, à normaliser une période de négociation pouvant atteindre 17 mois à partir de la dénonciation. Dans tous les cas, ce dispositif a été supprimé par la réforme de 2012 qui a imposé, indirectement mais de manière autoritaire, un délai de négociation d'un an à partir de la dénonciation (voir infra, n° 609 s.).

¹ A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 125.

² Art. L. 2661-10 al. 1 CT (anc. art. L. 132-8, al. 3 et 5).

plus longue¹. Cette période de survie d'au moins un an court à partir de l'expiration du délai de préavis « *qui doit précéder la dénonciation* » tel que stipulé à l'article L. 2261-9 al. 2 CT. A compter de l'expiration de ce premier délai, la convention dénoncée est maintenue en vigueur durant un an. En définitive, il ressort du dispositif légal que la convention est, sauf conclusion d'un accord de substitution ou disposition conventionnelle plus favorable, maintenue en vigueur durant 15 mois à compter de la notification. A l'expiration de la période de survie, si aucun accord n'est conclu, les salariés ne peuvent plus évoquer les dispositions de la convention valablement dénoncée, sans préjudice de l'application de la règle légale des avantages individuels acquis².

En Espagne, l'article 86.3 al. 2 ET issu de la réforme de 2012, dispose que durant la renégociation de la nouvelle convention, l'ancienne convention dénoncée sera, pour l'essentiel, maintenue en vigueur. Nous aborderons plus loin, les conditions dans lesquelles la convention dénoncée est maintenue en vigueur³. Retenons ici que cet article prévoit une période d'ultraactivité ou de « *prorogation provisoire* »⁴ durant laquelle la convention dénoncée continue de produire des effets considérables.

Dans les deux droits, ce mécanisme permet d'éviter les vides conventionnels et d'assurer la continuité des normes conventionnelles⁵. Dans le même temps, il garantit un rapport de force équilibré durant les négociations de la nouvelle convention et pacifie le cadre des futures négociations en évitant les crispations entourant une négociation qui devrait partir de zéro⁶. En définitive, il offre un cadre facilitant la conclusion d'un nouvel accord dont il convient maintenant d'aborder les effets.

¹ Sans préjudice de dispositions conventionnelles distinctes, l'application de la convention ne peut dépasser ce délai d'un an (Cass. Soc. 12 oct. 2005, *Bull. civ. V*, n° 290 ; Cass. Soc. 23 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 199). La période de survie ne peut, dans tous les cas, être supérieure à 5 ans par application de l'article L. 2222-4 al. 3 relatif à la durée des conventions à durée déterminée (P.H. ANTONMATTEI, « Conservation des avantages individuels acquis », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 125). Dans tous les cas, la jurisprudence considère que la prévision conventionnelle visant à maintenir la convention collective tant qu'aucun accord ne l'a remplacée, est inopposable au motif qu'elle constituerait une forme d'engagement éternel prohibé (Cass. Soc. 12 fév. 1991, *CSB* 1991, A 16).

² Voir infra, n° 602.

³ En effet, la logique du dispositif nous conduit à aborder cette période d'ultraactivité au regard de ses conséquences en cas d'absence d'accord exprès (voir infra, n° 609).

⁴ Celle-ci se distingue de la prorogation automatique de l'article 86.2 ET (voir supra, n° 582). Alors que cette dernière est mise en oeuvre en cas d'absence de dénonciation, la prorogation provisoire suppose en revanche que la convention soit dénoncée.

⁵ STS du 17 oct. 1994, rec. 2197/1993. Voir également F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1986, p. 1370 ; op. cit., 1996, p. 346.

⁶ Selon un auteur, ce système présente toutefois l'inconvénient de favoriser la conflictualité. Selon lui, « *en laissant les conditions de travail garanties, les stimulations pour atteindre rapidement une nouvelle convention sont sans doute moindres à celles existant quand les relations de travail perdent cette*

2. L'application autonome du nouvel accord

592. Les deux dispositifs envisagent de manière explicite les conséquences de la conclusion d'un nouvel accord venant prendre acte de la dénonciation. Ce nouvel accord va permettre aux salariés de bénéficier d'un nouveau statut conventionnel. Du point de vue juridique, cet accord se voit reconnaître la capacité de disposer des droits et avantages prévus dans l'ancienne convention.

a) « *L'accord exprès* » en droit espagnol

593. Antérieurement à la réforme de 2011, l'article 86.3 ET, prévoyait que l'ultraactivité de la convention s'appliquait jusqu'à la conclusion d'un « *accord exprès* ». Dans sa rédaction actuelle issu de la réforme de 2012, l'article 86 ET n'emploie plus cette expression et se réfère à l'article 86.4 ET à « *la nouvelle convention* ».

Nous considérons que ce changement ne doit pas remettre en cause les différents contenus qui peuvent revêtir l'accord exprès tel qu'entendu dans la législation antérieure. L'expression « *d'accords exprès* » avait fait l'objet d'une interprétation large permettant de contempler non seulement une nouvelle convention collective mais également un accord conclu dans une unité de négociation distincte¹. Le contenu de l'accord conclu dans la même unité de négociation peut fortement varier. Il peut ainsi prévoir des dispositions de minimums ou provisoires, ou opter pour l'adhésion ou l'intégration à une unité de négociation supérieure en vertu de l'article 92 ET². En définitive, la convention collective n'est qu'une des formes possibles³. L'élément

couverture » (F. DURÁN LÓPEZ, loc. cit., 1993, p. 677). Contrairement à cette logique, nous estimons que le maintien de la convention permet de construire un cadre de négociation équilibré et favorable au maintien de la paix sociale en ne laissant pas démunis les salariés qui devraient, en cas contraire, mettre en place une mobilisation importante pour assurer le maintien des droits acquis.

¹ Nous reviendrons plus loin dans le travail sur cette dernière hypothèse (voir infra, n° 664).

² E. MARTÍN PUEBLA, « La dimensión temporal del convenio colectivo », in *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 361.

³ Dans ce sens, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et TOMÁS SALA FRANCO, loc. cit., 1987- I, p. 852 qui estiment qu'une interprétation littérale de l'expression « *accord exprès* » aboutirait à une « *pétrification* » de l'unité de négociation ; voir également F. VALDÉS DAL-RÉ, « Sobre la proroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos », *AL*, 1986, n° 2, p. 1371; V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1518, pour qui l'accord exprès « *inclut tout produit négocié dérivé de l'autonomie collective qui résulte adéquat pour mener à bien la rénovation ou la révision de la convention objet de prorogation provisoire* ».

décisif est la capacité de l'accord d'offrir une alternative à la convention dénoncée évitant ainsi un vide conventionnel¹. Une remise en cause de cette interprétation conduirait à réduire les possibilités d'accord permettant d'éviter l'application prolongée de la convention dénoncée. Force est alors de constater que la logique de la réforme de 2012 qui est d'éviter à tout prix le maintien prolongé de la convention dénoncée, ne fait pas obstacle au maintien de l'interprétation large de l'ancienne expression « *d'accord exprès* ».

594. La définition de l'accord ou de la convention conclu postérieurement à la dénonciation constitue, dans tous les cas, une question importante puisque sa conclusion aboutit à la cessation définitive des effets de la convention dénoncée. Cet accord vient en effet se substituer à la convention dénoncée et régir les relations de travail comprises dans le champ d'application considéré. La détermination des effets déployés par l'accord exprès constitue toutefois une question qui recèle de nombreuses difficultés. Deux articles de l'ET modifiés par la réforme de 1994 se réfèrent à cette question².

L'article 86.4 ET dispose que « *la convention qui succède à une antérieure, abroge dans son intégralité cette dernière, [...]* » et l'article 82.4 ET dispose que « *la convention collective qui succède à une autre antérieure, peut disposer des droits reconnus dans celle-ci. Dans cette hypothèse, la régulation de la nouvelle convention s'appliquera intégralement* ».

Une première lecture peut conduire à penser que ces deux préceptes se superposent et sont inutiles. Néanmoins, la doctrine majoritaire considère que chaque précepte possède une finalité propre.

L'article 86.4 ET garantit l'application de l'intégralité de la nouvelle convention et la disparition corollaire de l'ancienne conformément au principe de succession normative ou de modernité selon lequel la nouvelle norme conventionnelle de même niveau hiérarchique, abroge la norme antérieure³. La convention collective statutaire est,

¹ Bien que la pratique et le maintien d'un certain rapport de force semble exclure cette éventualité, un auteur souligne que les parties pourraient prévoir uniquement la fin de la prorogation provisoire sans solution alternative. La seule exigence serait sa finalité, une prise de décision par rapport à la prorogation provisoire de la convention arrivée à expiration (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 154).

² T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 241.

³ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 146; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, loc. cit., 1985, p. 180; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 216 ; T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 241, qui souligne que la jurisprudence avait appliqué antérieurement et de manière constante le principe de succession normative (STS 16 déc. 1994, déjà citée ; STS 7 déc. 2006, Ar/8246. Antérieurement à la réforme de 1994, les juges appliquaient déjà le principe de modernité (STS u.d. 11 mai 1992, Ar/3542).

on le sait, considérée comme une norme¹. Aucun principe d'irréversibilité des droits ne peut donc être invoqué². Dans ce sens, l'emploi du verbe « *succéder* » est sans équivoque. Le Tribunal Suprême affirme ainsi que « *la réduction [de droits ou avantages prévus dans une convention antérieure] est une simple conséquence du dénommé principe de modernité de la convention et de la faculté qu'a la convention postérieure de disposer sur les droits reconnus dans la précédente* »³. En tout état de cause, l'absence de principe d'irréversibilité peut être nuancée par la volonté des parties à la nouvelle convention qui peuvent insérer des clauses de maintien des avantages découlant de l'ancienne convention⁴. Ces clauses doivent être rédigées de manière précise et définir les contours de ces avantages⁵ dont le support juridique n'est en aucun cas le contrat de travail mais la nouvelle convention collective⁶.

595. Les difficultés se sont alors essentiellement centrées sur la portée de l'article 82.4 ET et le sens de l'expression de « *droits reconnus* » au regard du principe de non-rétroactivité. Il s'agissait « *de déterminer la capacité d'incidence de la nouvelle convention sur les droits qui ont été générés en conséquence de l'application des clauses qu'il s'agit maintenant de substituer* »⁷. Reprenant une distinction opérée par le Professeur ESCRIBANO, il convient d'aborder les droits consommés⁸ qui ont été intégrés dans le patrimoine du salarié, les droits acquis de bénéfice continu et les droits en cours d'acquisition⁹.

¹ Reprenant les termes du Tribunal Suprême, « *la valeur normative qui correspond aux conventions collectives statutaires détermine, devant la succession de conventions collectives, l'application de la convention en vigueur, conformément à l'application du principe de modernité* » (STS du 20 déc. 1996, Ar/9812).

² V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1519; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 146; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 185; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La autonomía colectiva dentro del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo », in *Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ed. Quórum y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2002, p. 216.

³ STS du 16 déc. 1994, Ar/10098.

⁴ Dans ce sens, l'article 86.4 ET prévoit que le principe de succession normative s'applique sauf si les parties prévoient expressément que certains aspects sont maintenus (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 157; STS 2 déc. 1998, Ar/10187).

⁵ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 162.

⁶ S. GONZÁLEZ ORTEGA, « Contenido negocial y sucesión de convenios », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 112. Sur l'interaction de cette question avec la notion de condition plus avantageuse, voir J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 161.

⁷ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 146.

⁸ En espagnol, « *causados* ».

⁹ Dans la lignée de la jurisprudence constitutionnelle qui distingue la rétroactivité maximale, moyenne et minimale (F. DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, 1991, p. 649).

Les juges constitutionnels ont apporté des limites au principe de non-rétroactivité repris à l'article 9.3 CE¹. Ils ont souligné que cet article se réfère « *aux droits individuels* » qui renvoient aux droits fondamentaux et libertés publiques du Titre I de la Constitution et qui se distinguent de la notion de « *droits acquis* ». Ils considèrent que l'article 9.3 CE interdit « *la répercussion de la nouvelle norme sur les effets juridiques déjà produits dans des situations antérieures* » et empêche la nouvelle norme d'affecter des « *situations terminées* »². Dès lors, la convention collective qui succède à une convention antérieure ne peut disposer « *des droits fondamentaux de caractère individuel reconnus et consommés en application de la convention antérieure* »³. En définitive, le précepte en utilisant l'expression de « *droits reconnus* » qui implique que les droits soit effectivement et définitivement et consommés, s'écarte de la notion plus large de droits acquis qui permet à l'avantage de continuer à s'appliquer.

Les droits acquis de bénéfice continu correspondent aux droits nés durant l'application de l'ancienne convention mais dont l'exercice devrait s'effectuer sous l'empire de la nouvelle convention⁴. Admettant que le principe de non-rétroactivité empêche la remise en cause de droits acquis antérieurement à la promulgation de la nouvelle norme mais ne présume pas de sa projection dans le futur, la doctrine majoritaire considère que la nouvelle convention peut disposer de ces droits acquis en vertu de la convention antérieure mais sans effets rétroactifs, limitant son application aux situations futures postérieures à une date déterminée⁵. Les juges constitutionnels affirment dans ce sens que la modification d'un droit, « *quant à sa projection dans le futur, n'appartient pas au cadre stricte de la non-rétroactivité* »⁶. L'hypothèse de

¹ Selon la jurisprudence constitutionnelle, le principe de non-rétroactivité ne doit pas être interprété « *dans un sens isolé et expansif* » pour ne pas « *conduire à des situations de congélation de l'ordonnancement juridique* » (STC 227/1988 du 29 nov.). Voir dans ce sens, V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1521.

² En espagnol « *agotadas* ». Voir STC 42/1986 du 10 avril ; STC 126/87 du 16 juill. ; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 149.

³ V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1522. voir S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1995, p. 115; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTAS, 1996, p. 354; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 150.

⁴ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 152.

⁵ S. DEL REY GUANTER, « *Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos tras la reforma de 1994* », in *Cuadernos de Derecho Judicial. Negociación colectiva*, Madrid, CGPJ, 1996, p. 262. Pour un auteur, cette question ne se réfère pas à la rétroactivité mais se limite à une problématique de succession de conventions collectives (F. VALDÉS DAL-RÉ, « *Mejoras voluntarias de la seguridad social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate* », *RL*, 2000-I, p. 43; op. cit., 1996, p. 354). Contre, S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1995, p. 117; plus nuancé, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2002, p. 218.

⁶ STC 42/1986 déjà citée.

clauses conventionnelles aboutissant à une amélioration des droits à la retraite à la charge de l'entreprise a permis au TS de clarifier cette position. En marge des difficultés pour appliquer une convention collective à des travailleurs retraités¹, le TS, considérant que les parties à la négociation possèdent une représentation institutionnelle et la capacité de représenter tous les travailleurs qui ont prêté service à l'entreprise, admet que puissent être modifiées ou supprimées ces améliorations². Les juges soulignent dans ce sens que la nature normative de la convention expose le maintien de ces avantages aux conséquences du principe de modernité sans que puisse jouer le principe de faveur³. Un arrêt du TS rendu en matière de congés sans solde, tout en réaffirmant que le droit reste régi par la convention durant laquelle celui-ci a été mis en œuvre, affirme qu'il en serait autrement si la nouvelle convention avait prévu l'application des nouvelles dispositions aux situations antérieures⁴, laissant ainsi entrevoir la possibilité pour une convention de déployer des effets rétroactifs⁵.

Enfin, les droits en cours d'acquisition visent les droits prévus dans une convention collective mais auxquels les travailleurs ne peuvent prétendre ne remplissant pas les exigences permettant sa naissance. La position jurisprudentielle considère que ce type de droits « *constitue une simple expectative* »⁶ et peut donc être modifié ou supprimé par une nouvelle convention en vertu du principe de modernité¹.

¹ L'application d'une convention à des travailleurs qui ne sont plus liés à l'entreprise au moment de son entrée en vigueur reste une question controversée. En effet, il est possible de considérer que l'application d'une convention reste conditionnée par l'existence d'une relation de travail et que les retraités ne correspondent pas à la définition de « travailleurs » au sens du Titre I ET (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 154).

² STS 17 janv. 1996, Ar/4121 ; STS 20 déc. 1996, Ar/9812 (voir A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 191); STS 18 juill. 2003, Ar/7299; STS u.d. 16 juill. 2003, Ar/7256 avec un vote particulier. En l'espèce, une convention supprime une amélioration volontaire des prestations de sécurité sociale à des salariés retraités prévue dans une convention antérieure. Voir également STS 17 avril 2000, Ar/2768).

³ STS 26 fév. 1996, Ar/1507; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 2000-I, p. 45. L'auteur souligne toutefois que lorsque la succession de conventions aboutit à une dégradation de droits de bénéfice continu, la modification ou la suppression devrait se fonder sur un critère de raisonabilité et de proportionnalité prenant en compte l'intérêt collectif qui la justifie.

⁴ Voir STS u.d. 26 juin 1998, Ar/5790; STS u.d. du 28 oct. 1998, Ar/9048. Dans cet arrêt, un salarié se trouve dans une période de congés sans solde qui en vertu de la convention collective applicable ne peut excéder 10 ans. Durant son bénéfice, une nouvelle convention collective réduit de 10 à 5 ans cette période maximale. Les juges affirment que le salarié peut invoquer les dispositions antérieures en raison du silence de la convention (M. ARROYO GONZÁLEZ, « *Modificación de condición más beneficiosa convencional por convenio posterior* », *RL*, 1999-I, p. 723 ; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 190).

⁵ Dans un autre arrêt, les juges précisent que pour que la nouvelle convention dispose de droits reconnus dans l'ancienne, « *elle doit établir clairement et nettement, l'extension des nouvelles dispositions aux situations antérieures* » (STS u.d du 29 juin 2001, Ar/9575. STSJ Andalucía-Sevilla du 31 janv. 1997, Ar/2571); A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 189.

⁶ STS u.d. 5 nov. et 10 déc. 1992, Ar/10059 et 10066. En l'espèce, un salarié ne peut invoquer une compensation économique prévue conventionnellement et conditionnée à la permanence dans l'entreprise durant une période déterminée, s'il ne remplit pas cette condition durant l'application de la convention et

596. La rétroactivité de la nouvelle convention apparaît également lorsque celle-ci va déployer des effets sur des situations antérieures à sa signature. Afin de garantir la continuité de la couverture conventionnelle entre la convention antérieure et la convention récemment négociée, les parties signataires peuvent établir une date d'entrée en vigueur antérieure à celle de la signature ou de la publication au Bulletin Officiel correspondant². Cette pratique recouvre une importance spécifique en matière salariale. En effet, considérant que les dispositions salariales prévues dans la nouvelle convention sont exigibles à partir de la date déterminée par les parties, des salariés qui ne maintiennent plus de lien contractuel au moment de la signature de la nouvelle convention, peuvent bénéficier des nouvelles dispositions salariales entre la rupture de leur contrat de travail et la date d'entrée en vigueur de la nouvelle convention³. L'entorse au principe de non-rétroactivité trouve ici sa justification dans son caractère plus favorable⁴.

b) L'accord de substitution du droit français

597. Il ressort de l'article L. 2661-10 al. 1 CT que la survie de la convention dénoncée est maintenue « *jusqu'à la conclusion d'un accord* » qualifié par la doctrine d'accord de substitution⁵. La conclusion de cet accord dans le respect des délais légaux⁶,

qu'une nouvelle convention a supprimé cette compensation. Voir également STS u.d. 12 déc. 1994, Ar/10091 ; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 189.

¹ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 155. Soulignons que certains auteurs considèrent que lorsque le salarié a rempli les exigences mais voit le bénéfice du droit différé à un moment postérieur, ce droit doit être considéré comme acquis et demeurer immune à toute intervention conventionnelle postérieure défavorable (L.E. DE LA VILLA GIL, G. GARCÍA BECEDAS, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Instituciones de derecho del trabajo*, 2^o ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 51).

² Cette pratique se fonde sur l'article 90.4 ET qui établit que la convention entrera en vigueur à la date convenue par les parties (A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 192 s. ; pour une position plus nuancée qui distingue l'entrée en vigueur et l'efficacité de la convention, voir S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 147) et sur l'article 86.1 *in fine* ET qui permet aux parties de prévoir des « *périodes d'application temporelle différentes pour chaque matière ou groupe homogène de matières* » (pour approfondir sur ce point, voir infra, n^o 787).

³ STS 23 nov. 1992, Ar/8828; STS 22 juill. 1997, Ar/5710 qui déclare illégale une clause conventionnelle limitant la rétroactivité aux seuls travailleurs maintenant un lien contractuel au jour de la signature de la nouvelle convention ; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 192.

⁴ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 152, note 439.

⁵ L'accord de substitution intervient également en cas de mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif, voir infra, n^o 630.

⁶ Dans le délai de 15 mois à compter de la notification de la dénonciation. Un accord conclu après cette période ne peut être considéré comme un accord exprès et ne fera donc pas obstacle au jeu du maintien des avantages individuels acquis. En revanche, un accord intervenant durant le préavis de dénonciation, sera qualifié d'accord de substitution (Cass. Soc. 30 nov. 1994, *Dr. soc.*, 1995, p. 181). Considérant que

marque alors la fin de l'application de la convention dénoncée. L'accord de substitution s'applique de manière exclusive et implique que les dispositions de la convention collective antérieure, même plus avantageuses, cessent définitivement d'être applicables¹. Peu importe son caractère plus ou moins favorable par rapport à la convention antérieure, une fois signé, l'accord s'applique à l'ensemble des employeurs et salariés inclus dans son champ d'application². Les salariés ne peuvent pas invoquer une prétendue contractualisation des avantages conventionnels dénoncés. Cette solution s'inscrit totalement dans le principe d'autonomie entre le statut collectif, en l'espèce la convention collective, et le contrat de travail et renforce l'idée de non-incorporation³. Cette substitution est alors envisagée, en raison de la dimension contractuelle de la convention traditionnellement admise, par l'application des principes civilistes et de liberté contractuelle.

598. La Cour de cassation a par ailleurs précisé que l'accord de substitution « n'est valable que pour l'avenir »⁴ et « ne saurait porter atteinte à des droits du salarié qui sont déjà nés même si leur mise en œuvre s'étend sur une période de temps située en partie après l'entrée en application de la nouvelle convention »⁵.

Si les avantages découlant de la convention antérieure ne sont pas maintenus de plein droit, les parties à l'accord de substitution peuvent toutefois décider de maintenir ces avantages acquis sous l'empire de l'ancien statut conventionnel. Les négociateurs d'une convention qui succède à une antérieure peuvent en effet prévoir des clauses permettant aux salariés de conserver les avantages, collectifs et/ou individuels⁶, qu'ils tenaient de la convention antérieure. On parle alors de « *conservation conventionnelle*

durant cette période, l'accord n'est pas encore effectivement dénoncé, un auteur considère que l'accord se transformerait en un accord de révision (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 122).

¹ J. SAVATIER, « L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation », *Dr. soc.*, 1995 (b), p. 179.

² Cass. Soc. 30 nov. 1994, déjà cité ; Cass. Soc. 3 mars 1998 ; J. DEPREZ, loc. cit., 1986, p. 906.

³ Ph. WAQUET, loc. cit., 1994, p. 399 ; J. SAVATIER, loc. cit., 1995 (b), p. 180 ; *Comp. G. BORENFREUND*, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 523. Sur l'idée de non-incorporation, voir supra, n° 524, 552 s.

⁴ Cass. Soc. 5 janv. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 307. Dans cet affaire, un salarié voit son contrat de travail suspendu en raison d'une clause conventionnelle de dispense d'activité. L'employeur prétend alors modifier le régime applicable au salarié et recourir à une clause d'une nouvelle convention qui prévoit la mise à la retraite anticipée. Les juges affirment alors qu' « un salarié placé, en application d'un accord d'entreprise, sous un régime de retraite anticipée jusqu'à 65 ans ne peut être mis à la retraite avant cet âge en application d'un accord ultérieur fixant les conditions de mise à la retraite ».

⁵ J. SAVATIER, obs. sous Cass. Soc. 5 janv. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 308.

⁶ Sur la différence entre avantage collectif et individuel, voir infra, n° 606.

des avantages acquis »¹. Ces clauses s'inscrivent dans le respect de la liberté contractuelle et ne doivent pas être confondues avec la règle légale de maintien des avantages individuels acquis². Les difficultés pratiques de leur mise en œuvre ont été soulignées par la doctrine et se rapportent essentiellement aux conditions de leur rédaction. Afin d'éviter les litiges, ces clauses devraient ainsi prévoir notamment la détermination des avantages maintenus, sa délimitation individuelle ou collective, l'adoption d'une méthode de comparaison, la détermination des salariés bénéficiaires et la définition du procédé d'acquisition³. Ayant en principe comme nouveau support l'accord de substitution⁴, ces avantages, sans lien avec le contrat de travail, sont en effet invocables par les salariés. La pratique conventionnelle démontre cependant de profondes lacunes quant à leur rédaction et renforce l'idée malheureuse selon laquelle l'ambiguïté permet souvent l'accord.

599. De manière comparable au droit espagnol, les juges ont retenu une appréciation large du contenu de l'accord de substitution. Tout en vérifiant que l'accord reprenne les objets abordés dans l'accord ou la convention dénoncé, ils admettent également que leur traitement soit uniquement partiel⁵. La Cour de cassation réalise une « *interprétation extensive de la notion d'accord de substitution* » qui « *joue contre le maintien des avantages individuels acquis* »⁶. Elle rejoint l'opinion d'un secteur de la doctrine pour qui « *il suffira que, dans le même champ d'application professionnel et territorial, les salariés puissent après une négociation réinvoquer une nouvelle convention collective ou un accord collectif de travail ayant le même objet ou réglant certaines des questions précédemment abordées, pour que l'on puisse considérer que ce nouvel accord s'est substitué au précédent* »⁷.

¹ P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 120.

² Voir infra, n° 602.

³ J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, op. cit., p. 1347.

⁴ Les parties à la convention peuvent toutefois renvoyer les avantages vers la sphère contractuelle.

⁵ Cass. Soc. 30 nov. 1994, *Dr. soc.*, 1995, p. 181. En l'espèce, un accord est conclu très rapidement après la dénonciation. Il s'attache de manière partielle à l'ensemble des objets traités par le statut conventionnel dénoncé et prévoit que les négociations doivent se poursuivre.

⁶ J. SAVATIER, loc. cit., 1995 (b), p. 179. Selon l'auteur, l'accord de substitution pourrait être considéré comme tel uniquement s'il représente « *le terme de la négociation engagée à la suite de la dénonciation de l'accord qu'il remplace* ». Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence peut inciter les organisations de salariés à retarder la conclusion d'accords jusqu'à l'expiration du délai de survie ou de conclure un accord global permettant d'éviter des désagréments en cas de rupture des négociations.

⁷ M. DESPAX, op. cit., 1989, p. 289.

600. En guise de conclusion, il importe de retenir que dans les deux dispositifs, la succession de conventions collectives peut entraîner pour les salariés la réduction ou la suppression par une nouvelle convention des droits et avantages établis par la convention dénoncée. Aucun principe d'irréversibilité ne peut être avancé en droit français en raison du principe de liberté contractuelle, et en droit espagnol par application du principe de succession normative. Il est cependant certain que le caractère *in peius* d'une nouvelle convention demeure une question laissée à la totale liberté des négociateurs et constitue le résultat des rapports de force durant la renégociation.

Dans ce cadre, le sort de la convention dénoncée en cas d'absence d'accord de substitution constitue une question fondamentale afin d'apprécier les alternatives offertes aux salariés par le dispositif légal, à la conclusion d'un nouvel accord synonyme de dégradations des conditions de travail.

B. Les conséquences de l'absence d'un accord de substitution

601. La disparition de la convention collective dénoncée à l'issue de la période d'ultraactivité constitue une question abordée, hier comme aujourd'hui, de manière distincte par les deux droits même si un certain rapprochement s'est réalisée à travers de la réforme espagnole de 2012.

Antérieurement à cette réforme, la disparition de la convention dénoncée pouvait ne pas avoir lieu permettant que la période d'ultraactivité soit, en théorie, illimitée. Il s'agit d'une divergence profonde avec le droit français dans lequel la période de survie de la convention est, sauf dispositions conventionnelles contraires, limitée à un an. Incontestablement la réforme de 2012 se rapproche du droit français en limitant désormais la durée de l'ultraactivité à un an. Une différence substantielle demeure cependant. En effet, alors que le droit français incite l'employeur à conclure une convention afin de ne pas voir la règle légale des avantages individuels acquis (AIA) être mise en œuvre, le droit espagnol opte pour appliquer, le cas échéant, la convention collective de cadre supérieur. Cette solution extrême intervient cependant en ultime recours. Dans ce sens, le dispositif espagnol porte une attention particulière aux mécanismes extrajudiciaires de résolution de conflit et n'a cessé d'en favoriser la mise en œuvre dans les successives réformes.

La traditionnelle et contemporaine divergence des droits espagnol et français entourant la prise en compte de l'absence d'accord nous conduit par conséquent à aborder successivement le droit français et le droit espagnol.

1. Le maintien légal des avantages individuels acquis en France

602. Afin de palier la disparition de la convention collective à l'issue d'une période d'un an à compter de l'expiration du préavis de dénonciation, l'article L.2261-13 CT¹ dispose que « *les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai* »². Le maintien des avantages individuels acquis est ici d'origine légale³ et ne doit pas se confondre avec le maintien conventionnel⁴. La formulation générale de la loi a néanmoins appelé la doctrine et la jurisprudence à apporter plusieurs précisions⁵. En effet, reprenant les propos du Professeur DOCKES, « *c'est pratiquement vierge de tout sens que l'expression « avantages acquis » a fait irruption dans le droit* »⁶.

Afin d'apporter des éléments de réponse, nous aborderons tout d'abord la question de la détermination du nouveau support de l'avantage avant de nous attacher à la définition du caractère individuel et du processus d'acquisition de l'avantage.

a) La contractualisation de l'AIA

603. La mise en œuvre de la règle légale des AIA est soumise à une double condition. La première se réfère au fait que la convention ou l'accord collectif, support de ces avantages, soit préalablement dénoncée. Selon la deuxième condition, aucun accord de substitution ne doit intervenir durant le délai légal de survie de la convention

¹ Ancien art. L. 132-8 al.6. Le maintien légal des AIA est également évoqué à l'article L. 2261-14 relatif à la mise en cause d'une convention collective de travail (voir infra, n° 630).

Pour une analyse générale de la notion d'AIA, voir A. CORMIER-Le GOFF et E. BENARD, *Les restructurations en droit du travail*, 3^e ed., Paris, Collection Droit vivant, Paris, Ed. Liaisons, 2009 ; Y AUBREE, « Le concept légal d'« avantage individuel acquis » », *RJS*, 11/2000, p. 699.

² Al. 2 « *Lorsqu'une stipulation prévoit que la convention ou l'accord dénoncé continue à produire ses effets pendant un délai supérieur à un an, les dispositions du premier alinéa s'appliquent à compter de l'expiration de ce délai* ».

³ L'idée de principe général de maintien des avantages acquis doit être écartée (dans ce sens, J. SAVATIER, loc. cit., 1995 (b), p. 181 ; P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 118).

⁴ Voir supra, n° 598.

⁵ Y. AUBREE, loc. cit., 2000, p. 699.

⁶ E. DOCKES, « L'avantage individuel acquis », *Dr. soc.*, 1993, p. 826.

dénoncée¹. Si ces deux conditions sont réunies, alors les salariés peuvent évoquer le maintien de leurs avantages individuels acquis².

Cette règle conduit par ailleurs à se demander quel va être le fondement de ces avantages sachant que la convention initiale disparaît. Reprenant les propos du Professeur BORENFREUND qui reflètent l'opinion de la doctrine majoritaire, les AIA ne sont pas « *des avantages flottant entre deux mondes* », mais sont directement rattachés au contrat de travail³. Le dispositif légal aboutit en effet à attribuer à l'avantage un nouveau support, le contrat de travail dont la « *force d'attraction* »⁴ permet l'acquisition d'un droit ou d'un avantage conventionnel, de manière individuelle⁵. Cette contractualisation implique alors que l'avantage aura le même traitement que celui d'une disposition contractuelle pouvant ainsi faire l'objet d'une renonciation du salarié⁶ ou être modifiée à l'initiative de l'employeur⁷.

Selon la Cour de cassation, les différences entre des salariés dans une même entreprise résultant du bénéfice d'un avantage individuel acquis ne portent pas atteinte au principe de non-discrimination⁸.

¹ P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 121.

² Cass. Soc. 30 nov. 1994, déjà cité ; J. SAVATIER, loc. cit., 1995 (b), p. 180 qui souligne alors l'importance de la définition de l'accord de substitution (voir supra, n° 599).

³ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 524. Dans ce sens, la jurisprudence, Cass. Soc. 6 nov. 1991, *D.*, 1992, somm. comm., p. 294, obs. M.A. SOURIAU ; Cass. Soc. 7 juin 2005, *Petites Affiches*, 25 oct. 2005, n° 212, p. 7.

⁴ G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 521.

⁵ Pour une contestation de la thèse de l'incorporation, voir E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 835. Selon l'auteur, qui distingue la source et le support de l'avantage, la disparition de la source (la convention collective) conduit à se demander quel est le nouveau support de l'avantage. Contrairement à la doctrine majoritaire, l'auteur estime que la règle des AIA tire sa force obligatoire de la loi, concrètement de l'ancien article L. 132-8 al.6 CT (aujourd'hui art. L.2261-13 CT).

⁶ En revanche, si l'on considère que les AIA se fondent sur la loi, le salarié ne pourrait pas y renoncer.

⁷ Le Professeur BORENFREUND affirme dans ce sens que « *la mise en cause des avantages individuels acquis à l'occasion d'une nouvelle convention collective au-delà du délai d'un an, ne saurait donc s'analyser autrement que comme une proposition de modification du contrat de travail subordonnée à l'acceptation du salarié* » (loc. cit., *Dr. ouv.*, 1997, p. 524. Sur la procédure de modification du contrat, voir supra, n° 559). Réapparaît en définitive le principe général d'autonomie entre la convention et le contrat. Un auteur, tout en estimant que le support de l'avantage est le contrat, estime toutefois que l'incorporation est provisoire, « *elle demeure tant que n'est pas entré en vigueur ou ne s'applique pas une autre convention ou un autre accord collectif de travail* ». Dès lors, une convention postérieure peut remettre en cause cet avantage (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 132 ; voir également E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 835).

⁸ Cass. Soc. 11 juill. 2007, *Dr. soc.*, 2007, p. 1122. Dans une hypothèse de mise en cause, Cass. Soc. 4 déc. 2007, déjà cité ; voir également sur le principe d'égalité, A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68 et A. SUPIOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 382.

Selon la jurisprudence, les éventuels bénéficiaires d'AIA sont les salariés dont le contrat de travail est en cours (Cass. Soc. 1962, *Dr. soc.*, 1962, p. 290) écartant, par conséquent, les salariés embauchés ultérieurement qui n'ont naturellement pas pu acquérir les avantages prévus dans l'ancienne convention (Cass. Soc. 18 nov. 1955, *Dr. Soc.*, 1956, p. 92).

604. La notion d'AIA se rapproche à plusieurs égards de la notion espagnole de condition plus avantageuse. Aboutissant à la contractualisation d'avantages dont l'origine se situait en dehors de la sphère strictement contractuelle, ces deux notions renvoient à la même notion, plus générale, de droits acquis¹. Néanmoins il s'agit de deux notions qui n'ont ni le même fondement juridique, ni le même régime juridique. En effet, les avantages individuels acquis se réfèrent uniquement aux droits issus de normes conventionnelles et constituent une règle légale, alors que la condition plus avantageuse ne peut être invoquée lorsqu'il s'agit de droits conventionnels et fait l'objet de controverses importantes inhérentes à l'absence de fondement textuel clair².

b) La délicate qualification d'avantage individuel acquis

605. Selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'avantage individuel acquis est « *celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel* »³.

Cette formulation ambiguë a conduit la doctrine à élaborer un cadre permettant d'aborder deux aspects⁴ : la dimension individuelle de l'avantage et son acquisition.

606. En premier lieu, la dimension individuelle de l'avantage représente une condition *sine qua none* de la mise en œuvre du dispositif légal. Le caractère individuel ou collectif d'un avantage peut être tout d'abord distingué selon sa source⁵. Se rapportant à des avantages conventionnels, l'adoption de ce critère aboutissait à un

¹ Le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO souligna ainsi que « *le principe de condition plus avantageuse s'est connecté traditionnellement avec le principe de maintien des droits acquis et, par conséquent, avec des questions de droits transitoires* » (« Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva », *RL*, 1991-I, p. 40). Voir également, M.E CASAS BAAMONDE, loc. cit., CEF, 2003, p. 380.

² Sur la condition plus avantageuse, voir supra, n° 534, 560.

³ Cass. Soc. 13 mars 2001, *Dr. ouv.*, 2001, p. 261, note E. DOCKES ; *Dr. soc.*, 2001, p. 571, obs. C. RADE. Enoncée pour la première fois dans un arrêt de 1987, considéré comme « *l'arrêt fondateur de cette nouvelle motivation* » par E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 830 ; Cass. Soc. 19 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 402.

⁴ La notion d'avantage permet d'envisager « *la situation juridique créée par une norme plus agréable ou moins onéreuse pour les salariés que celle créée par une autre norme* » (N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 58).

⁵ L'avantage prévu par une source de dimension collective aura donc un caractère collectif. Dans un premier temps, la Cour de cassation a retenu la source de la disposition pour apprécier son caractère (Cass. Soc. 12 fév. 1991, *Bull. civ. V*, n° 62).

contresens juridique évident étant par nature collectif¹. La doctrine proposa alors de distinguer la dimension des avantages « *en fonction de leur objet et non de leur source* »². La jurisprudence a retenu cette solution à partir d'un arrêt de 1991³. Dans ce cadre, un droit « *qui a vocation à bénéficier à chaque salarié individuellement* »⁴, « *qui est susceptible d'utilisation privative par opposition à l'avantage collectif, insusceptible d'une telle utilisation* »⁵ ou dont le bénéfice est possible « *indépendamment de l'appartenance à une collectivité de salariés* »⁶, doit être considéré comme individuel et donc susceptible de constituer un avantage acquis⁷. Le Professeur RADE estima que deux critères permettent de caractériser un droit individuel : « *l'avantage doit être prévu pour des raisons qui tiennent à la singularité du travail du salarié [...] et le droit peut être réclamé directement par le salarié et pour son propre compte* »⁸. D'autres auteurs affirment par ailleurs que « *les primes, les indemnités visant à l'exécution du contrat et autres jours de congés qui sont la contrepartie du travail du salarié revêtent ainsi un caractère individuel* »⁹.

La jurisprudence a considéré comme AIA, l'avantage prévoyant l'assimilation de périodes non travaillées, en l'espèce les temps de trajet, à du temps de travail effectif, considérant le bénéfice « *à titre personnel* » de l'avantage¹⁰. L'attribution d'un jour supplémentaire de congé aux salariés dont le repos hebdomadaire coïncidait avec un jour férié constituait également un AIA¹¹. En revanche, les juges considèrent comme collective la stipulation d'une heure quotidienne d'entraînement physique de l'ensemble des agents de la sécurité du métro parisien dans la mesure où elle se rapporte aux

¹ Le droit espagnol démontre toutefois que la dimension collective ou individuelle d'une disposition peut être envisagée uniquement par rapport au nombre de travailleurs affectés indépendamment du fait que cette disposition soit issue d'un produit de la négociation collective (voir supra, n° 562).

² E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 827. Voir également M. DESPAX, « Dénouement d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération », *Dr. soc.*, 1990, p. 161. Pour la jurisprudence voir Cass. Soc. 6 nov. 1991, déjà cité.

³ Arrêt Berland, Cass. Soc. 6 nov. 1991, déjà cite.

⁴ M. DESPAX, loc. cit., 1990, p. 161. voir également P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 128.

⁵ E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 828.

⁶ B. BOUBLI, « Les avantages acquis », *SSL*, 2001, suppl. n° 1030.

⁷ A contrario, un avantage qui « *ne trouve de justification que par rapport à la collectivité* » a un caractère collectif (P.H. ANONMATTEI, loc. cit., 1996, p. 128. Un auteur distingue deux catégories : les avantages collectifs par nature « *qui ne peuvent bénéficier à certains salariés sans bénéficier à d'autres salariés* » (horaire collectif de travail, ...) et les avantages collectifs par finalité qui visent une collectivité de salariés, spécialement en matière de représentation du personnel, de droit syndical ou de négociation collective. Dès lors, « *tout avantage qui n'est collectif ni par nature ni par finalité, doit être qualifié d'individuel* » (E. DOCKES, loc. cit. 1993, p. 828).

⁸ Obs. sous Cass. Soc. 13 mars 2001, déjà cité.

⁹ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 235.

¹⁰ Voir Cass. Soc. 13 mars 2001, déjà cité.

¹¹ Cass. Soc. 2 juill. 2003, *RJS*, 03, n° 1195 ; Cass. Soc. 23 mai 2006, *RJS*, 2006, n° 985.

conditions de travail de l'ensemble des salariés concernés¹. Dès lors qu'un avantage intègre l'organisation du travail dans l'entreprise² et s'applique à tous les salariés de l'entreprise « *sans qu'aucune condition tenant aux spécificités de tel ou tel ne soit érigée en condition d'attribution de l'avantage* »³, il présente une dimension collective qui empêche le jeu du maintien des avantages individuels acquis⁴.

Relevant l'incohérence de la jurisprudence en matière de durée du travail, certains auteurs ont proposé de considérer que dès lors que la règle relative à la durée du travail peut être mise en œuvre indépendamment de l'appartenance à une collectivité de salarié et implique un avantage particulier en matière de rémunération ou jours de congés ou de repos, elle revêt une dimension individuelle⁵. Dans ce sens, une tendance jurisprudentielle à l'individualisation des avantages en matière de rémunération a pu être pointée par la doctrine à tel point que pour certains auteurs, « *le maintien des AIA s'entend comme un droit au maintien de la rémunération atteinte au jour où la convention a cessé de s'appliquer* »⁶. Dans ce cadre, la Cour de cassation a refusé de considérer comme individuels les avantages liés aux règles conventionnelles de progression des salaires qui impliquaient une projection dans le futur⁷. En revanche, les juges ont affirmé qu'outre le salaire de base, les accessoires tels qu'une prime de déplacement peuvent revêtir une dimension individuelle⁸. Un litige relatif à une prime d'ancienneté a de plus permis aux juges d'estimer que la structure de la rémunération constitue un avantage individuel acquis permettant ainsi à un salarié de voir se maintenir de manière autonome cette prime d'ancienneté⁹. Malgré certaines difficultés, les primes d'assiduité et d'efficacité peuvent également être considérées comme des AIA¹⁰.

¹ Cass. Soc. 1^{er} juin 2005.

² B. GAURIAU, note sous Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, *JCP S*, n° 5-10 2005, p. 28.

³ C. RADE, obs. sous Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 1066.

⁴ Les juges ont ainsi estimé qu'un système de répartition de pourboires revêt une dimension collective (Cass. Soc. 12 fév. 1991, *Bull. civ. V*, n° 62).

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 240.

⁶ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 236 qui se fondent sur Cass. Soc. 13 mars 2001, déjà cité.

⁷ Cass. Soc. 22 avril 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 716 ; Cass. Soc. 24 nov. 1992, *Dr. soc.*, 1993, p. 64 ; Cass. Soc. 26 janv. 2005, *Bull. civ. V*, n° 32.

⁸ Cass. Soc. 12 nov. 2008, n° 07-42.297.

⁹ Cass. Soc. 1^{er} juill. 2008, *RDT*, 2008, p. 753, commentaires C. NICOD. Sur l'intérêt du salarié d'intégrer cette prime au salaire de base ou comme accessoire, voir G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 237.

¹⁰ La jurisprudence a considéré qu'une prime d'assiduité pouvait constituer un AIA (Cass. Soc. 7 juin 2005, déjà cité).

607. En deuxième lieu, concernant l'acquisition du droit, peuvent être considérés comme droits éventuels et donc non acquis, « *non seulement les droits liés à la survenance d'un événement accidentel, mais encore ceux reliés à un événement ponctuel* » comme la maladie, la démission, le congé maternité ou le licenciement. En revanche, peuvent être considérés comme acquis, « *outré ceux qui ne dépendent que d'évènements certains (comme l'écoulement dans le temps), ceux qui dépendent de la réalisation des obligations contractuelles (comme la réalisation de son travail par le salarié ou la fourniture d'un travail par l'employeur) ou de l'absence d'évènements accidentels* »¹. Certains auteurs ont affirmé que « *le salarié doit avoir rempli les conditions requises pour bénéficier de l'avantage. Il n'est en revanche pas exigé que le salarié ait effectivement bénéficié de ce droit* »². Concernant les conséquences du bénéfice effectif ou non de l'avantage³, l'évolution jurisprudentielle permet en effet d'affirmer que la notion de bénéfice ne constitue plus un élément essentiel d'appréciation⁴. Des avantages individuels non encore exigibles ont pu être qualifiés de droit acquis⁵. Les avantages liés à la rupture du contrat de travail ne peuvent dans tous les cas être considérés comme des AIA une fois la période de survie déterminée, étant ouverts uniquement lors de la rupture⁶.

¹ E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 832. L'auteur souligne que « *la Cour de cassation tire son inspiration d'une distinction tenant à la régularité temporelle, au caractère continu ou cyclique de la survenance de certains droits* ». Dès lors, les droits acquis seraient « *les droits continus* » mais également « *les droits cycliques dans leur survenance, quoique variables dans leur montant ou dans leur étendue (comme les primes d'assuidité, de rendement ou encore les droits à congés payés)* ». En définitive, s'opposent le caractère accidentel ou ponctuel et le caractère cyclique ou continu de l'avantage.

² G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 236, qui citent par exemple les avantages encadrant la maternité.

³ Il s'agissait de distinguer « *ce qui a déjà été concrètement appliqué et qui a eu des effets pratiques, à ce qui ne l'a pas été* » (E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 829).

⁴ Antérieurement, la formulation de « *droit déjà ouvert et non de droit simplement éventuel* » se référait essentiellement à l'appréciation de la naissance du droit pour le considérer comme acquis (Cass. Soc. 19 juin 1987, précité ; Cass. Soc. 10 mai 1989, Bull. civ. V, n° 352). Dans un arrêt de 1969, les juges estimèrent tout d'abord que les avantages relatifs à la rupture du contrat de travail ne pouvaient être considérés comme acquis étant donné que le salarié n'en avait pas « *bénéficié antérieurement* » (Cass. Soc. 5 mars 1969, Dr. soc., 1969, p. 508, obs. J. SAVATIER).

⁵ E. DOCKES, loc. cit., 1993, p. 830, par exemple une prime de treizième mois. Cet auteur affirme que, pour la jurisprudence, la notion de « *droit ouvert* » équivaut à celle de « *droit acquis* ». Or le droit ouvert peut signifier droit « *né* » (ou « *exigible* »). La Cour de cassation procédant à une « *définition pour le moins originale des notions de droit « ouvert », « né » et « non éventuel* », semble se centrer sur l'acceptation de droit né.

⁶ Selon le Professeur GAURIAU, « *on peut raisonnablement conclure que l'avantage individuel acquis correspond à un droit ouvert au moment de la notification du licenciement* » (obs. sous Cass. Soc. 23 juin 1999, Dr. soc., 1999, p. 973 en matière d'indemnités de licenciement lors d'une mise en cause). Voir également en présence d'une contrepartie financière à une clause de non-concurrence, Cass. Soc. 26 mars 1997, n° 94-41.944 ou en ce qui concerne le maintien d'une période de garantie d'emploi en cas de maladie, Cass. 28 juin 2006, n° 93-47.631).

608. En guise de conclusion, il est intéressant de souligner que la règle légale des AIA ne vise pas à l'amélioration des conditions de travail des salariés, mais prétend principalement à en éviter la détérioration. Quoi qu'il en soit, il ressort de la jurisprudence que la définition de l'avantage individuel acquis se caractérise par une profonde ambiguïté dans laquelle il apparaît extrêmement complexe de dégager des éléments de définitions clairs¹.

2. De l'ultraactivité indéfinie à la disparition programmée de la convention dénoncée en Espagne

609. En Espagne, l'option choisie consistait traditionnellement à maintenir l'ultraactivité du contenu normatif, a priori, de manière indéterminée puisque dépendante de la conclusion d'un accord exprès. Cette position entraînait néanmoins de nombreuses difficultés pratiques et juridiques. En 2008, la durée moyenne de l'application des conventions collectives était de deux ans et demi². Cette statistique ne permettait pas de différencier l'application initiale et l'ultraactivité. On sait toutefois que de manière majoritaire, la durée moyenne des conventions est fixée à deux ans³. Grosso modo, il est donc possible de considérer que l'ultraactivité s'étendait donc en moyenne sur une durée de 6 mois ce qui n'était pas totalement déraisonnable, en dehors évidemment de cas exceptionnels.

La réforme issue du RDL 7/2011 est alors venue modifier ce cadre à plusieurs égards, sans toutefois remettre en cause l'ultraactivité de la convention dénoncée. Elle a, outre l'instauration d'un délai maximum de négociation⁴, fortement renforcé les mécanismes extrajudiciaires de résolution de conflits qui constituent le grand pari de cette réforme.

La réforme 2012 marque quant à elle une rupture importante en venant limiter légalement la durée de l'ultraactivité à un an. A l'issue de cette période durant laquelle

¹ Le Professeur GAURIAU évoque dans ce sens l'« épineuse et irritante question des avantages acquis » (note sous Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, déjà cité).

² P. DU CAJI, E. GAUTIER, D. MOMFERATOU, M. WARD, WARMEDINGER, *Institutional Features of wage bargaining in 23 European Countries, the US and Japan*, European Central Bank, Working Paper Series, 2008, n° 974. Cité par J.R. MERCADER UGUINA, « La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 381.

³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 140.

⁴ Voir supra, n° 590.

doivent être mis en œuvre les mécanismes de résolution de conflits déjà prévus dans la réforme de 2011, la convention dénoncée cesse de manière totale et définitive de s'appliquer. Le dispositif légal prévoit alors que désormais, les employeurs et salariés compris dans son champ d'application seront soumis à la convention collective de cadre supérieur.

Abordons donc successivement ces trois étapes qui permettent de distinguer clairement les problématiques juridiques inhérentes à la question de l'ultraactivité de la convention dénoncée.

a) Le droit antérieur à la réforme de 2011 et l'appréciation large du contenu normatif

610. Aux termes de l'article 86.3 ET, « *les clauses obligatoires d'une convention dénoncée et jusqu'à ce que ne soit pas conclu un accord exprès, ne seront plus en vigueur. L'application du contenu normatif de la convention, une fois arrivée au terme prévu, s'effectuera selon les termes qui se seront établis dans la convention. A défaut d'accord, le contenu normatif de la convention sera maintenu en vigueur* ».

Il ressort du précepte légal que le maintien du contenu normatif de la convention est prévu « à défaut d'accord ». L'absence d'un tel accord semble alors conduire à affirmer que le contenu normatif de la convention dénoncée et arrivée à son terme initial, peut continuer de produire effet de manière indéfinie. La jurisprudence a toutefois admis que, dans certaines hypothèses, une convention collective applicable dans une unité de négociation supérieure puisse venir s'appliquer dans le champ d'application de la convention collective dénoncée, en marge de la volonté des acteurs affectés. Cette problématique fait entrer en jeu les règles de concurrence entre conventions collectives des articles 83 et 84 ET dont la complexité nous conduit à renvoyer l'analyse de l'ensemble de la question à un développement postérieur¹. Contentons-nous ici d'affirmer que la prorogation provisoire n'est pas, a priori, limitée dans le temps.

En tout état de cause, depuis la réforme de 1994, ce cadre légal est dispositif et permet aux parties à la convention de prévoir d'autres règles relatives au maintien en vigueur de la convention collective arrivée à son terme initial et dénoncée². Les parties

¹ Voir infra, n° 664.

² F. VALDÉS DAL-RE, op. cit., 1996, p. 349; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 137.

peuvent notamment décider de maintenir les clauses obligatoires¹ ou prévoir que le contenu normatif cesse de s'appliquer à l'échéance du terme fixé². Néanmoins, la pratique générale révèle que les négociateurs ne se saisissent pas généralement de cette faculté ce qui aboutit à l'application du dispositif légal³.

611. Les principales difficultés juridiques se centraient alors sur l'application pratique de la distinction classique entre le contenu normatif et le contenu obligatoire de la convention. Indubitablement sa consécration légale attribuée à cette distinction une « *grande importance dogmatique et applicative* »⁴. Ce précepte mettait en effet en exergue un antagonisme d'intérêts quant à son appréciation. Les représentants des travailleurs tendaient à étendre le contenu normatif de la convention alors que les employeurs prétendaient élargir le champ du contenu obligatoire⁵

Cette distinction issue de la doctrine allemande⁶, a « *une longue et ancienne tradition dans la doctrine travailliste* »⁷. Elle permet de structurer la diversité des matières abordées dans les conventions et accords collectifs⁸ et constitue dans ce sens

¹ Sous réserve que ce maintien ne porte pas préjudice aux tiers (STS du 12 avril 1995, Ar/3048 ; STS du 20 déc. 1995, Ar/9486). Voir A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 163.

² STSJ País Vasco du 8 avril 1998, Ar/2025; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 157.

³ A.V. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1514; I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 2006, p. 496; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 157.

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 2008, n° 17, p. 3.

Outre dans l'article 86.3 ET, le droit espagnol reconnaît la distinction entre les clauses obligatoires et les clauses normatives de forme implicite par la division opérée à l'article 82.2 ET se référant, d'une part, aux « *conditions de travail et de productivité* » et, d'autre part, à « *la paix sociale au travers d'obligations qui seront conclues* ». L'article 85.1 ET opère également cette distinction lorsqu'il prévoit que les conventions pourront réguler d'une part, les matières relatives « *aux conditions d'emploi* » et d'autre part, celles relatives « *au cadre des relations des travailleurs et de leurs organisations avec l'employeur et ses organisations* » (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos », *DL*, 1988, n° 25, p. 27-28). Citons également le Décret 718/2005 du 20 juin 2005 relatif à la procédure d'élargissement (« *extensión* », voir supra, n° 87), qui prévoit à l'article 9 que l'acte d'élargissement pourra déclarer inapplicables certaines clauses de la convention, « *avec une spéciale considération* » pour les clauses obligatoires et la Loi 5/2000 du 4 août 2000 d'infractions et de sanctions de l'ordre social qui définit, à son article 5, comme infractions « *les actions ou omissions des employeurs contraires [...] aux clauses normatives des conventions collectives* » excluant par conséquent ses clauses obligatoires.

⁵ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., *DL*, 1988, p. 24.

⁶ Pour une approche historique de la distinction à partir des travaux de P. LOTMAR et H. SINZHEIMER, voir l'analyse du Professeur VALDÉS DAL-RÉ (« La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada », *RL*, 2008, n° 14, p. 3).

⁷ J. GARCÍA MURCIA, « Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales », *AL*, 1988-I, p. 1289.

⁸ Dans sa structure même, cette distinction se heurte à la prise en compte des clauses de délimitation ou de configuration de la convention qui permettent de convertir la convention en une véritable norme juridique (J. GARCÍA BLASCO, loc. cit., 2000, p. 1478). Ces clauses renvoient à la dimension formelle de la convention (A. MONTROYA, loc. cit., 1989, p. 170). Nous adhérons à la position doctrinale selon laquelle ce type de clauses constitue un véritable *tertium genus* (L.E. DE LA VILLA GIL, G. GARCÍA BECEDAS, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, op. cit., p. 244 ; A. OJEDA AVILÉS, op. cit., 2003, p.

« un cadre d'exposition commode » d'un point de vue de méthodologie juridique¹. La réalité de la pratique conventionnelle a néanmoins démontré que la frontière entre la partie normative et la partie obligatoire reste « une interrogation jamais éteinte »², notamment quant à la définition des critères de répartition³.

Il est généralement admis que la distinction entre le normatif et l'obligatoire se définit en fonction d'une double triade : fonction normative, contenu normatif, efficacité normative ; fonction instrumentale ou obligatoire, contenu obligatoire, effet contractuel⁴.

Dans un cadre matériel, le contenu normatif s'associe aux matières relevant des relations individuelles de travail et le contenu obligatoire à celles relatives aux relations collectives⁵. Dans un cadre subjectif, il convient de se référer aux sujets obligés par les clauses considérées, en définitive, à leurs destinataires⁶. Le contenu normatif s'applique directement aux salariés et employeurs compris dans son champ d'application⁷, alors que le contenu obligatoire ne s'applique qu'aux parties signataires⁸. Parallèlement, ces clauses sont dotées d'efficacité juridique qui permet de distinguer les clauses normatives qui s'appliquent de forme impérative et automatique⁹ et les clauses

693). D'autres auteurs rattachent ces clauses au contenu normatif de la convention (M. ALONSO OLEA et M^a E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1125, pour qui le contenu normatif de la convention est composé « d'un côté, par les accords généraux qui configurent [la convention] comme norme juridique et d'un autre côté, par les accords qui régulent les conditions de travail des employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application de la convention »).

¹ M. DESPAX, *Conventions collectives, Tome VII, Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1974, p. 268.

² G. BORENFREUND, loc. cit., *Dr. soc.*, 2001, p. 821.

³ Le Professeur CHALARON souligne, dans ce sens, que « le critère de cette répartition est d'une obscurité endémique dans le droit de la négociation collective » (« Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 477).

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2008, n° 14, p. 5.

⁵ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., *DL*, 1988, p. 27-28.

⁶ Les destinataires « sont identifiés comme les titulaires des règles prescriptives de conduite (droits et obligations) formulées dans la convention » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2008, n° 14, p. 5). Le Professeur MARTÍN VALVERDE distingue les destinataires directs et les simples bénéficiaires ou intéressés des dispositions conventionnelles (« Régimen jurídico de la cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional », in *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, CCNCC, MTSS, 1990, p. 51).

⁷ J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 1988, p. 1292.

⁸ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., *DL*, 1988, p. 27; M. ALONSO OLEA et M^a E. CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1120.

⁹ La clause normative s'applique aux employeurs et aux salariés comme des « normes objectives de droit ayant leur origine dans un centre de production externe aux parties du contrat de travail » J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 1988, p. 1292; L. MELLA MÉNDEZ, loc. cit., 2001, p.144; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., *DL*, 1988, p. 28.

Leur manquement peut, par conséquent donner lieu à une sanction (pour approfondir, J. GARCÍA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la ley 8/1988, de 7 de abril*,

obligatoires soumises au principe de l'effet relatif des contrats¹. Enfin, un courant doctrinal évoque une dimension fonctionnelle en vertu de laquelle la partie obligatoire remplit la fonction de garantir la paix sociale et d'assurer l'application du contenu normatif dont la fonction est de régler les relations individuelles de travail².

Sans aborder ici les critiques formulées et les insuffisances constatées de chacun de ces critères³, force est de constater que, dans la pratique, leur viabilité est mise en doute par la jurisprudence actuelle, fruit d'une profonde évolution. Aujourd'hui, la dernière phase dénommée « *déconstructive* »⁴ aboutit en effet à considérer que la différenciation doit se fonder sur « *un critère substantif relatif aux fonctions et au cadre*

Madrid, Civitas, 1989; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social », *RL*, 1988-I, p. 344).

¹ La partie obligatoire est une source de droits et d'obligations subjectifs qui, en cas de manquement, n'engage que la responsabilité contractuelle (A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1989, p. 85). Très tôt, la doctrine française affirmait que la convention « *crée à la fois des obligations conventionnelles et un statut légal* » (P. DURAND, loc. cit., 1939, p. 353 ; J.C. JAVILLIER, loc. cit., 1971, p. 258).

² M.I. RAMOS QUINTANA, op. cit., 1993, p. 55. La jurisprudence a pu définir comme contenu obligatoire « *les obligations et compromis de caractère instrumental assumés par les parties entre elles, afin de contribuer à l'efficace application des conditions convenues* » (STS du 21 déc. 1994, Ar/10346).

³ Le Professeur VALDÉS DAL-RÉ procède à une analyse critique pertinente de chacun de ces critères. En ce qui concerne le critère subjectif, il souligne qu'aux termes de l'article 85.1 ET, le dispositif légal ne réduit pas le contenu normatif à des questions relatives aux relations individuelles mais l'étend également aux relations collectives, notamment en matière syndicale (loc. cit., 2008, n° 17, p. 5). En ce qui concerne la distinction selon les effets des clauses conventionnelles, contrairement à un courant doctrinal qui considère qu'en vertu de l'article 37.1 CE, l'ensemble du contenu de la convention est de nature normative ce qui rend par conséquent inopérant le critère de l'efficacité juridique (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1990, p. 47), l'auteur souligne qu'il convient de distinguer la nature de la convention et son efficacité (loc. cit., 2008, n° 17, p. 7). Enfin, en ce qui concerne la dimension fonctionnelle, l'auteur estime qu'il s'agit d'une « *vision excessivement réductrice* » incapable de doter d'une unité fonctionnelle à l'ensemble des clauses obligatoires (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2008, n° 14, p. 8).

⁴ Le Professeur VALDÉS DAL-RÉ distingue trois phases (« La recreación por la jurisprudencia del concepto de contenido normativo del convenio colectivo », *RL*, 2008, n° 19, p. 4).

Une première phase qualifiée de « *classique* » dans laquelle le TCT se fonde essentiellement sur la dimension matérielle et subjective et sur l'efficacité juridique des différentes clauses (le contenu normatif comprend « *les normes juridiques sur les relations individuelles de travail, régulant le régime juridique des travailleurs et employeurs qui n'interviennent pas dans la négociation collective, comme s'il s'agissait d'une loi* » alors que le contenu obligatoire « *impose aux parties des compromis de caractère instrumental qui contribuent à une efficace application des conditions accordées dans la convention* » ; STCT du 19 juill. 1985).

La deuxième phase, dénommée « *négationniste* », écarte les critères matériel et subjectif pour prendre en compte l'opportunité du maintien ou non de la clause à la suite de la dénonciation. Selon les juges « *la possibilité de prolongation ajustée et raisonnable de la vigueur de la clause controversée est le facteur déterminant ou inspirateur* » de sa qualification (STCT du 22 mai 1987). Les juges se refusent à adopter un critère *a priori*, d'application générale, mais procèdent à une appréciation *a posteriori* par rapport aux effets susceptibles d'être déployés par la clause considérée. Fortement critiquée par la doctrine, cette position jurisprudentielle est restée toutefois marginale (J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 1988, p. 1292 et I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « El artículo 86.3 ET y la distinción entre contenidos, normativo y obligacional, del convenio colectivo », *RL*, 1987-II, p. 761 ; loc. cit., 1988, *DL*, p. 35).

Dans tous les cas, ces deux phases se sont appliquées simultanément ce qui posait d'importants problèmes de sécurité juridique.

de l'efficacité des respectives clauses »¹. La jurisprudence opère cependant une interprétation propre du terme de fonction. Elle ne l'utilise plus par rapport à la clause en tant que telle² ou par rapport à la fonction instrumentale du contenu obligatoire, mais par rapport au processus de négociation qui s'ouvre à la suite de la dénonciation. Dès lors, si la clause peut limiter ou perturber l'ouverture du processus de renégociation, elle se rattache à la partie obligatoire et n'est plus appliquée à la suite de la dénonciation.

Dans la pratique, cette solution a permis à de nombreuses clauses, a priori de nature obligatoire, d'être rattachées au contenu normatif³. Conformément à la position de la doctrine majoritaire⁴, la jurisprudence a parallèlement restreint le contenu obligatoire aux clauses de paix⁵.

La correspondance entre le contenu obligatoire et le devoir de paix justifie alors que le contenu obligatoire cesse de produire effet à partir de la dénonciation, permettant ainsi le recours licite à la grève qui prétend « *consécutivement à la fin de la vigueur d'une convention ou dans la période immédiatement antérieure* », appuyer la négociation d'une nouvelle convention⁶. Conformément à l'article 86.3 ET, le contenu

¹ STS 29 mai 1996, Ar/4703.

² Si elle régle les relations individuelles ou contribue à la paix sociale.

³ Les juges ont affirmé dans ce sens que « *le contenu normatif comprend les actions d'assistance ou d'exercice des droits collectifs* » (STS 2 juill. 2009, Ar/5523). Concrètement, les juges ont rattaché au contenu normatif des clauses qui amélioreraient les droits des représentants du personnel (pour le fonctionnement d'un comité intercentres, STS 1 déc. 2003, Ar/3729 de 2004), qui attribuaient des avantages supplémentaires à la représentation syndicale (pour les apports financiers à un fond syndical, STS 21 déc. 1994, Ar/10346 ; pour l'attribution d'un local syndical ou l'amélioration du crédit d'heures, STSJ Andalucía-Sevilla du 17 déc. 2004 rec. 3282/2004) ou qui se rattachaient à l'aménagement des relations collectives en interne, spécialement sur le fonctionnement et les missions des commissions paritaires (STS du 28 oct. 1997, Ar/7682) ou en externe, en matière de structure de la négociation (sur cette question, voir notamment infra, n° 674).

⁴ Pour la doctrine, A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 121; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1995, p. 106; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1987, p. 849 et A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1990, p. 49.

Contre, pour une appréciation plus large du contenu obligatoire, voir M^a.J. LOPERA CASTILLEJO, « Límites de aplicación del contenido normativo del convenio denunciado », *RL*, 1988-II, p. 196).

⁵ Au niveau constitutionnel, les juges ont affirmé que « *ces clauses, en établissant des droits et obligations uniquement entre les parties signataires, intègrent le contenu obligatoire de la convention collective* » (STC 189/1993 du 14 juin).

Pour le TS, « *la mention générique aux clauses obligatoires vise clairement les devoirs de paix du travail à la charge de ceux qui ont négocié la convention* » (STS du 16 juin 1998, Ar/5398), « *la dénonciation de la convention exonère des obligations de paix sociale* » (STS du 20 déc. 1995, Ar/9486). Deux exceptions marginales ont toutefois été soulignées par la doctrine (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., n° 19, 2008, p. 7).

⁶ STC 11/1981 du 8 avril ; STS 18 juill. 1988, Ar/6167. Rejetant une interprétation littérale de l'article 86.3 ET, il est admis que le contenu obligatoire, cesse de s'appliquer dès la dénonciation afin de ne pas faire obstacle à la mise en route du nouveau processus de négociation (A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 123). Contre cette position, un auteur considère que le devoir de paix continue aux termes de la loi de s'appliquer jusqu'au terme fixé dans la convention et renvoie aux parties la responsabilité de prévoir l'inapplication des clauses de paix dès la réception de la dénonciation (V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, loc. cit., p. 1516-1517).

normatif est maintenu en vigueur à partir de l'arrivée à échéance du terme initiale fixé¹. Antérieurement, durant la période de préavis, la convention demeure en effet, à l'exception des clauses de paix, applicable.

Dans ce cadre, cette distinction dont la rigidité et l'ancienneté ne permettent plus de prendre en compte la réalité de la pratique conventionnelle, subit, reprenant les propos du Professeur VALDÉS DAL-RÉ, une dénaturation consécutive à la « colonisation du « normatif » à la quasi totalité de l'espace du contenu de la convention »². Dès lors, l'usage de cette distinction à l'article 86.3 ET peut impliquer une « identité sémantique mais en aucun cas substantive »³. En France, cette distinction a essentiellement permis de déterminer les destinataires de certaines clauses, dites mixtes⁴. Concrètement, il s'agissait de savoir qui pouvait invoquer leur manquement et revendiquer leur application⁵. Force est cependant de constater que cette distinction revêt une importance marginale et que les solutions renvoient bien plus à des notions telles que la discrimination syndicale ou le droit à la négociation collective⁶.

Revenant au droit espagnol, il apparaît que l'ensemble de ces discussions perd de son intérêt depuis la réforme de 2011. En effet, le nouvel article 86.3 al. 2 ET ne se réfère plus à la distinction et conforte l'interprétation majoritaire selon laquelle le contenu obligatoire se restreint au devoir de paix. Cette réforme poursuit toutefois un objectif plus complexe, et prétend favoriser le déblocage des processus de (re)négociation.

b) Les réponses apportées par la loi de 2011 : l'exclusion du seul devoir de paix et le renforcement des mécanismes de solution

612. Le paragraphe 2 de l'exposition des motifs du RDL 7/2011 du 10 juin tire le bilan du dispositif antérieur et affirme qu'« une fois dénoncées, les conventions

¹ STS du 6 nov. 1998, Ar/9822.

² F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2008, n° 19, p. 4.

³ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2008, n° 17, p. 5.

⁴ Y. CHALARON, op. cit., p. 161. Selon M.L. MORIN, ces clauses sont celles qui « aménagent les relations collectives pour les salariés mais dont la mise en oeuvre nécessite l'intervention de l'agent de négociation en tant que tel » (op. cit., p. 342).

⁵ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 141 ; 154.

⁶ La jurisprudence aboutit également à l'élargissement du contenu normatif en attribuant à ces clauses « un caractère normatif [...], en ce qu'elles intéressent la collectivité du personnel dans son ensemble » (Cass. Soc. 29 mai 2001, Arrêt CEGELEC, Dr. soc., 2001, p. 829. G. BORENFREUND, loc. cit., Dr. soc., 2001, p. 823).

collectives tardent à commencer à se négocier, les négociations se dilatent dans le temps et se produisent des situations de paralysie et de blocage ». Un auteur souligne alors que ce blocage aboutit à la prolongation des conditions de travail de la convention antérieure qui ne s'ajustent pas aux nouvelles conditions économiques et productives, « *ce qui termine par entraîner des préjudices aux entreprises et aux travailleurs* »¹. Le maintien de la prorogation provisoire constituait, sans nul doute, un des facteurs favorisant la paralysie de nombreux processus de négociations et la pétrification du statut conventionnel applicable à employeurs et salariés.

A partir de ce constat, la réforme de 2011 modifie l'article 86.3 ET et vise à renforcer les processus de déblocage, notamment par la promotion des mécanismes de résolutions extrajudiciaires de conflits. Elle s'inscrit néanmoins dans une « *vision continuiste* »², qui doit être selon nous jugée positivement, puisqu'elle ne remet pas en cause l'ultraactivité de la convention collective qui se trouve par ailleurs clarifiée. Le maintien de la règle de l'ultraactivité permet donc de maintenir le rapport de force durant la renégociation et ne laisse pas démunis les salariés en cas d'absence d'accord exprès.

Les discours patronaux en faveur de la suppression de l'ultraactivité arguant qu'elle fige les relations de travail et porte préjudice à l'adaptabilité et la flexibilité des entreprises³, n'ont donc pas trouvé écho dans cette réforme.

Trois aspects de cette réforme peuvent alors être soulignés⁴.

613. En premier lieu, le nouvel article 86.3 al. 2 ET prévoit que « *les parties pourront adopter des accords partiels pour la modification de certains contenus prorogés afin de les adapter aux conditions dans lesquelles, postérieurement au terme fixé dans la convention, se développe l'activité dans le secteur ou l'entreprise* ». Ces accords qui ne peuvent être assimilés à un accord exprès⁵, visent « *à garantir une meilleure adaptation aux circonstances du secteur ou de l'entreprise en processus de*

¹ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2011, p. 119.

² J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit. 2011, p. 119.

³ M. OTERO LUNA, « Límites de la norma convencional en las PYMES: la ultraactividad », *RMTAS*, 1997, n° 3, p. 27.

⁴ Notons que la réforme de 2011 s'était également attachée à marquer le rythme des négociations en instaurant deux délais marquant le début et la fin des négociations (voir supra, n° 590).

⁵ Un auteur estime toutefois que les parties peuvent adopter au travers de ces accords partiels des mesures relatives à l'ultraactivité préétablie dans la convention dénoncée ou arrivée à expiration (J.M^a GOERLICH PESET, loc. cit. 2011, p. 122).

negociation dont la durée peut être longue »¹. Un auteur parle alors d'accords d'adaptation à l'activité économique et souligne qu'ils auront aux termes de la loi, « *la durée que les parties déterminent* » ce qui permet leur association avec la période d'ultraactivité². Ne serait-il pas alors possible de voir dans ces accords dont les signataires sont les parties dotées de légitimation pleine, des avenants de révision déguisés ? Ces accords spécifiques démontrent dans tous les cas la volonté de la loi d'éviter l'application prolongée de dispositions de la convention dénoncée qui pourraient porter préjudice à la bonne marche de l'entreprise. Cette modalité d'accords est maintenue dans la réforme de 2012.

614. En deuxième lieu, cette réforme permet de tirer un trait sur les difficultés pratiques de la distinction classique entre contenu normatif et contenu obligatoire. Désormais une convention dénoncée « *se maintiendra en vigueur* » durant la période de négociation d'une nouvelle convention et en l'absence d'accord exprès, à l'exception des clauses de renonciation à la grève, autrement dit des clauses de paix sociale conclues en vertu de l'article 8.1 RDLRT.

La disparition de la distinction entre contenu normatif et contenu obligatoire conduit, conformément à la tendance jurisprudentielle³, à l'élargissement des matières dont l'ultraactivité est garantie par la loi. Dès lors, il convient de saluer l'intervention de la réforme de 2011 qui a permis d'asseoir et de consacrer la position doctrinale et jurisprudentielle majoritaire favorable à une normativisation du contenu de la convention collective. La réforme de 2012 n'est pas intervenue sur ce point.

615. En troisième lieu, et il s'agit indubitablement de l'aspect le plus remarquable, le nouveau dispositif légal tend à faciliter l'adaptabilité des conventions collectives, à réduire les situations de blocages ou à permettre leur rapide solution.

Pour cela, il renforce considérablement le domaine d'action des procédures de médiation mais surtout d'arbitrage prévues conventionnellement. Ces mécanismes de

¹ S. DEL REY GUANTER, « Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-Ley 7/2011 », *Diario La Ley*, 2011, n° 7756, p. 8.

² J.M GOERLICH PESET, loc. cit. 2011, p. 122. Considérant que l'ultraactivité peut se prolonger durant une période considérable en cas de blocage et dépasser le délai maximum de négociation, les parties peuvent prévoir que ces accords soient associés à l'ultraactivité de la convention.

³ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit. 2011, p. 120, parle ainsi d' « *une amélioration de caractère technique* » de la loi.

résolution extrajudiciaire de conflits constituent aux termes de l'exposition des motifs du RDL 7/2011, « *de puissants mécanismes de dynamisation de la négociation* ».

L'alinéa 3 de l'article 86.3 ET renvoie aux accords-cadre prévus à l'article 83 ET, la prévision de « *procédures d'application générale et directe pour résoudre de manière effective les désaccords existants à l'expiration des délais maximums de négociation* » et qui empêchent la conclusion d'un accord¹. Parmi ces mécanismes, il se réfère expressément « *au compromis préalable de soumettre les désaccords à l'arbitrage* », précisant que si l'arbitrage est mis en œuvre, « *la décision arbitrale aura la même efficacité juridique que les conventions collectives [...]* »².

Comme l'a souligné la doctrine, la rédaction de cet article « *n'est pas très heureuse* »³ et a fait l'objet de débats qui tournaient autour du sens de l'expression de « *compromis préalable de soumettre les désaccords à l'arbitrage* ». Cette expression permet-elle aux négociateurs des accords-cadre d'imposer un arbitrage préalable obligatoire ou se réfère-t-elle à l'accord incontournable entre les parties affectées par le conflit de le soumettre à l'arbitrage prévu dans les accords-cadre ? Plus loin, la loi peut-elle obliger les négociateurs interprofessionnels à prévoir le caractère obligatoire ou volontaire de l'arbitrage ?

Pour le Professeur RAMÍREZ, cet article prévoit clairement que l'arbitrage, que les accords interprofessionnels doivent obligatoirement envisager, se produira au travers « *d'un compromis préalable de [lui] soumettre les désaccords* »⁴ qui se réfère sans nul doute aux parties à la renégociation de la convention dénoncée⁵. Dès lors, les procédures d'arbitrage que les accords-cadre doivent obligatoirement prévoir, sont volontaires, comportant nécessairement « *le compromis préalable* » des parties affectées⁶. D'autres d'auteurs considèrent au contraire qu'il appartient aux parties à la

¹ Il s'agit d'une obligation pour ces accords (S. DEL REY GUANTER, loc. cit., 2011, p. 8). Le RDL 7/2011 prévoit au premier alinéa de la première disposition additionnelle que les négociateurs des articles 83 ont jusqu'au 30 juin 2012 pour adapter les accords aux nouvelles dispositions.

² Cette formule a été introduite par la réforme de 2010 aux articles 41.6 ET et 82.3 ET relatifs aux accords d'entreprise de décrochage (voir infra, n° 779).

³ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas de 2010 y 2011 », *AL*, 2012, n° 5, p. 23.

⁴ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 23.

⁵ Selon lui, « *les parties à la négociation des accords interprofessionnels, quand elles établiront une procédure d'arbitrage, ne résolvent pas un désaccord entre elles : elles prévoient les procédures de solution de conflits qui pourront surgir entre les parties qui négocient une modification substantielle, un décrochage salarial ou [pour ce qui nous intéresse ici] la rénovation d'une convention* » (loc. cit., 2012, p. 23).

⁶ Dans le même sens, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales », p. 185 et J.R. MERCADER UGUINA, « Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación

négociation des accords de l'article 83 ET de prévoir ce compromis préalable et donc d'établir éventuellement un arbitrage obligatoire pour les négociateurs compris dans son champ d'application¹.

Le RDL 7/2011 peut apporter un élément de réponse. L'article 86.3 ET poursuit et dispose que les accords de l'article 83 ET, « *devront spécifier les critères y procédures de mise en œuvre de l'arbitrage, exprimant en particulier, dans le cas d'impossibilité d'accord au sein de la commission de négociation, le caractère obligatoire ou volontaire pour les parties de la soumission à la procédure arbitrale* ». Dans tous les cas, il termine prévoyant qu' « *à défaut d'accord [...], il sera entendu que l'arbitrage a un caractère obligatoire* ». Il ressort alors de cette précision qu' « *il n'y a pas d'incompatibilité entre la prévision dans les accords de l'article 83 ET d'un « compromis préalable » de soumission à la l'arbitrage et son caractère qui peut être « volontaire ».* Autrement dit, « *compromis préalable* » n'implique pas caractère obligatoire »².

Cette formule est maintenue par la réforme de 2012 et pose sans nul doute des problèmes de constitutionnalité sur l'ampleur de l'intervention légale en matière d'arbitrage obligatoire³.

Afin de saisir l'ampleur de la question, il convient d'élargir le cadre de l'analyse et d'aborder, sous la rédaction issue de la réforme de 2012, les articles 86.3 al. 2 et 82.3 al. 7 ET relatifs, respectivement, à la renégociation d'une convention dénoncée et aux accords d'entreprises de décrochage. Deux spécificités doivent néanmoins être envisagées lorsqu'il s'agit d'un blocage d'une négociation relative à une procédure de décrochage. D'une part, contrairement au dispositif prévu en matière de renégociation d'une convention dénoncée, elle n'oblige pas les accords-cadre à prévoir le caractère obligatoire ou volontaire de l'arbitrage. Néanmoins, nous verrons que la loi semble se

empresarial en la Ley 35/2010 », in *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 septiembre, Dir. I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 205; M.L. MOLERO MARAÑÓN, « Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica », in *La reforma del mercado de trabajo de 2010, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ*, Madrid, Reus, 2011, p. 319; F. GONZÁLEZ DE LENA, « La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio », *RL*, 2010-II, p. 312.

¹ C.L. ALFONSO MELLADO, « Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna », in *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 129; J. CRUZ VILLALÓN, « La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010 », *RL*, 2010-II, p. 197.

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 23.

³ La conformité de l'arbitrage obligatoire à la Constitution peut être abordée au travers de l'article 24.1 CE relatif à la garantie à la tutelle judiciaire et de l'article 37.1 CE relatif au droit à la négociation. Nous nous centrerons ici essentiellement sur la connexion de l'arbitrage obligatoire avec le droit à la négociation collective.

référer au travers d'une autre formulation à l'éventualité d'un arbitrage obligatoire. D'autre part, en vertu de l'article 85.3 c) ET dans sa rédaction issue de la réforme de 2012, la loi oblige les conventions collectives ordinaires à prévoir dans leur contenu minimum, les « *procédures pour résoudre de manière effective les différents qui pourront surgir* » dans le cadre d'une négociation prévue à l'article 82.3 ET, « *adaptant, le cas échéant, les procédures qui seront établies en la matière* » dans les accords de l'article 83.2 ET¹.

616. Plusieurs arguments tendent alors à admettre que la loi permet aux accords de l'article 83 ET de prévoir un arbitrage obligatoire pour les négociateurs compris dans son champ d'application. Les dernières réformes énoncent ainsi de manière constante que ces procédures doivent permettre de « *résoudre de manière effective les désaccords* »². L'insistance de la loi pour convertir l'arbitrage en mécanisme de résolution est patente.

L'article 86.3 ET conserve par ailleurs la formule selon laquelle les accords de l'article 83 ET doivent établir « *des procédures d'application générale et directe* »³. Considérant que les négociateurs des conventions soumises à ces accords n'ont donc pas à ratifier leur application, la loi envisage de manière explicite la capacité des accords-cadre d'imposer ces procédures.

L'article 82.3 ET n'utilise pas cette formule et parle d'« *arbitrage contraignant* »⁴. Cette expression s'avère particulièrement intéressante. Le Professeur RAMÍREZ souligne justement que le caractère contraignant « *est intrinsèque à la nature d'un arbitrage* »⁵. N'est-il pas toutefois possible de penser que la loi utilise le terme de « *contraignant* » par crainte de recourir au terme explicite d'« *obligatoire* ».

En effet, le TC s'est prononcé de manière catégorique, aux dires de l'immense majorité de la doctrine, sur l'inconstitutionnalité de l'arbitrage obligatoire. En l'espèce, le décret soumis au contrôle des juges, permettait au gouvernement de mettre en place un arbitrage obligatoire en cas de grève dans des circonstances déterminées⁶. Nous

¹ Voir infra, n° 779.

² Art. 86.3 ET et Art. 41.6 et 82.3 ET sous l'empire de la loi 35/2010 et du RDL 7/2011 et art. 82.3 ET sous l'empire de la loi 3/2012.

³ Art. 86.3 ET. On retrouve cette même formule en matière d'accords de décrochage (art. 82.3 ET dans sa rédaction issue de la réforme de 2011).

⁴ Introduite à l'article 82.3 ET relatif au décrochage salarial par la réforme de 2010, maintenue par la réforme de 2011 et par celle de 2012 en matière de décrochage intégral.

⁵ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 25.

⁶ STC 11/1981 du 8 avril.

reviendrons plus loin dans le travail sur la constitutionnalité d'un arbitrage obligatoire directement prévu dans la loi¹. Pour ce qui nous intéresse ici, l'arbitrage obligatoire est établi par un accord de l'article 83 ET et donc par l'autonomie collective.

Cette distinction conduit alors un courant doctrinal à affirmer que l'arbitrage obligatoire conventionnellement prévu est conforme à la Constitution. La faculté pour les accords de l'article 83 ET de prévoir ou non un arbitrage obligatoire, ne porte pas atteinte au droit à la négociation collective considérant que la décision demeure dans la sphère de l'autonomie collective². Selon cette interprétation, la loi n'oblige pas à prévoir un mécanisme d'arbitrage obligatoire, mais oblige les accords-cadre à établir un mécanisme d'arbitrage³ ; à eux de décider son caractère volontaire ou obligatoire⁴.

617. L'ensemble de la doctrine semble unanime sur cette dernière idée⁵. Néanmoins, plusieurs auteurs considèrent que « *l'imposition d'un arbitrage obligatoire par les parties des accords interprofessionnels, [...], résulterait inconstitutionnel pour porter atteinte au droit à la négociation collective conduisant à soustraire la solution*

¹ Voir infra, n° 780.

² C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 129; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2010, p. 197; J. LAHERA FORTEZA, « El descuelgue salarial », in *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Madrid, Reus, 2011, p. 369. Un auteur estime que l'atteinte au droit à la négociation collective répond aux exigences de proportionnalité au regard de la représentativité des signataires des accords de l'article 83 ET, de l'existence d'un délai de négociation et de l'intervention ultime de l'autonomie collective (J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2011, p. 124).

³ Comme le souligne un auteur, l'arbitrage conventionnel obligatoire imposé par la loi sera « *absolument équivalent* » à un arbitrage obligatoire établi directement au travers de la loi (J. GORELLI HERNÁNDEZ, « Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010 », *AL*, 2011, n° 4, p. 409).

Dans ce cadre, posait de nombreuses difficultés la rédaction l'article 85.3 g) ET relatif au contenu minimum des conventions collectives, issue de la réforme de 2011. Cet article prévoyait en effet que les conventions ordinaires « *devront exprimer l'adhésion et la soumission aux processus établis dans les accords les accords professionnels de cadre étatique ou autonome prévus à l'article 83 pour résoudre de manière effective les désaccords existants durant le délai maximum de négociation sans aboutir à un accord, dès lors que ces processus ne sont pas d'application directe* ». Cette disposition a été supprimé par la réforme de 2012 et semblait contraindre les conventions collectives ordinaires à rendre obligatoire les arbitrages prévus dans les accords de l'article 83 ET si ces derniers n'étaient pas d'application obligatoire et directe (J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit. 2011, p. 110).

⁴ Reprenant les propos du Professeur SALA, « *le RDL ne semble pas obliger directement à prévoir un arbitrage obligatoire dans les accords interprofessionnels mais il les y pousse* » (« La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio) », *AL*, 2011, n° 18, p. 2109).

⁵ Spécialement en matière de renégociation d'une convention dénoncée, la constitutionnalité de la règle légale, bien que supplétive, prévoyant que dans le silence des accords de l'article 83 ET, l'arbitrage sera obligatoire, demeure cependant une question plus controversée (art. 86.3 ET). Estimant que cette règle est conforme à la Constitution en raison de son caractère supplétif, voir J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2011, p. 124. Au contraire, émettant des doutes sur la constitutionnalité de cette règle, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 53.

du conflit à l'accord des parties et à la renvoyer à un tiers »¹. Cet argument ne manque pas de force est laisser subsister le doute quant à la constitutionnalité de l'arbitrage conventionnel obligatoire. Admettons toutefois que même si son opportunité peut être questionnée, l'arbitrage conventionnellement obligatoire est conforme au droit à la négociation collective émanant d'un de ses produits.

En définitive, admettant que ce dispositif est respectueux de l'autonomie collective, force est de constater que son efficacité va largement dépendre du comportement des différents acteurs sociaux et va, par conséquent, nécessiter l'écoulement d'une période raisonnable avant d'en juger les apports. La réforme de 2012, quant à elle peu soucieuse du respect de l'autonomie collective, vient alors couper court aux possibles interventions des négociateurs sectoriels étatiques ou autonomiques.

c) La limitation de l'ultraactivité et les risques de vides conventionnels dans la Loi 3/2012

618. La réforme de 2012 constitue sans nul doute un point de rupture des règles entourant l'ultraactivité de la convention collective dénoncée. En effet, l'article 86.3 ET dispose désormais à son alinéa 4, qu'à l'issue d'un délai d'un an à partir de la dénonciation de la convention et en l'absence de conclusion d'une nouvelle convention ou d'une décision arbitrale, la convention ne sera plus en vigueur et cessera de produire effet².

La doctrine a justement souligné que cette règle « *suppose en réalité de fixer un délai maximum pour négocier la nouvelle convention* »³. Se trouve par conséquent expliquée l'élimination des règles encadrant le cadre temporel de la renégociation d'une convention dénoncée prévues dans la réforme de 2011⁴.

¹ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 24. L'auteur insiste également sur le fait qu'il s'agit ici d'un conflit d'intérêt dont l'appréciation demeure par conséquent interne à l'autonomie collective. Pour une position favorable à la validité des seuls arbitrages volontaires, voir J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2010, p. 206.

² Pour les conventions dénoncées avant l'entrée en vigueur de la loi, ce délai court à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi (4^e disposition transitoire loi 3/2012).

Ce dispositif n'est pas applicable à l'hypothèse de succession d'entreprise de l'article 44.4 ET (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 383). Pour approfondir sur cet article, voir infra, n° 631.

³ A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 259.

⁴ Voir supra, n° 590.

Ce dispositif se rapproche, sans nul doute, du droit français. Une première différence doit cependant être relevée. Alors qu'en France, le délai d'un an court « à compter de l'expiration du délai de préavis »¹, le droit espagnol aboutit à réduire ce délai en le faisant courir à partir de la dénonciation.

L'exposition des motifs du RDL 3/2012 affirme que cette règle permet d'« éviter une « pétrification » des conditions de travail »² et incite la renégociation³. Les moyens pour parvenir à ces objectifs sont néanmoins tranchants et sont adoptés « au mépris des solutions intermédiaires » permettant à la seule autonomie collective de résoudre le conflit⁴. Ils affectent par ailleurs essentiellement les salariés et place « une espèce d'épée de Damoclès » au dessus des négociateurs salariés⁵.

Certes, il est possible de mettre en exergue que cette règle est appliquée « sauf pacte contraire ». Le caractère dispositif de cette règle permet, en cas d'accord entre les négociateurs, de prévoir des conditions de maintien distinctes⁶. La doctrine souligne cependant qu'au regard du comportement traditionnel des négociateurs, il est fort prévisible que cette règle légale dispositive « se convertisse en règle généralisée » dans la pratique⁷. Un auteur remarque par ailleurs que la partie patronale ne va vraisemblablement pas écarter la règle légale au regard « des intérêts économiques » dont elle peut se prévaloir si elle directement appliquée⁸.

619. Une deuxième différence, cette fois plus substantielle, apparaît par rapport au dispositif français. En effet, le droit espagnol n'établit aucun mécanisme comparable

¹ Art. L. 2661-10 al. 1 CT (anc. art. L. 132-8, al. 3 et 5).

² Un courant de la doctrine estime dans le même sens que « les conventions sont limitées dans le temps par leur nature même et par leur intervention dans un contexte économique en perpétuelle évolution ce qui conduit à remettre en question l'ultraactivité illimitée » qui conduit par ailleurs les entreprises à ne plus à être « en condition de réagir rapidement aux changements externes [...] avec le préjudice sur sa rentabilité et le risque pour sa viabilité qui en découle » (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 380, 382).

³ Un courant de la doctrine affirme dans ce sens que « la limitation temporelle de l'application des conventions produit, sans nul doute, un effet qui stimulent les négociations de manière beaucoup effective » (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 382).

⁴ T. SALA FRANCO, loc. cit., 2012, p. 66.

⁵ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 53.

⁶ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 53 qui souligne qu'il s'agit d'une disposition légale qui peut être écartée par l'autonomie collective, ce qui n'est pas dans la réforme de 2012 une pratique « habituelle ».

⁷ J. CRUZ VILLALÓN, « Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012 », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 413.

⁸ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 53.

au maintien légal des avantages individuels acquis et prévoit que « *s'appliquera, si elle existe, la convention collective de cadre supérieur qui est applicable* ».

Plusieurs problèmes peuvent alors surgir

Tout d'abord, une auteure se demande s'il doit s'agir d'une convention qui doit être en vigueur conformément au terme initialement fixé ou s'il peut également s'agir d'une convention en prorogation automatique ou en ultraactivité¹. Dans tous les cas les vicissitudes de la convention supérieure vont désormais affecter automatiquement les salariés antérieurement soumis à la convention dénoncée.

Ensuite, l'arrivée à échéance du terme légal implique-t-il la fin des négociations ? Il s'agit alors d'apprécier si peut être invoqué le devoir de négocier empêchant l'une des parties de refuser de poursuivre les négociations. Il semble qu'une réponse négative s'impose². D'une part, la disparition de la convention dénoncée équivaut à une rupture des négociations, en l'espèce légalement admise. D'autre part, l'application de la convention de cadre supérieur constitue vraisemblablement une cause d'exonération.

Si une convention dans l'unité initiale est conclue à l'issue du délai légal, son application peut être mise en doute. Une auteure estime que la convention dans le cadre initial « *est supposée en phase renégociation* » et doit dès lors recevoir application. L'application de la convention de cadre supérieur est donc « *de caractère transitoire* »³. Nous adhérons à cette position. Néanmoins, il n'est pas totalement impossible de penser que les règles de concurrence entre conventions vont s'appliquer. Dans cette dernière hypothèse, l'application effective de la convention dénoncée de cadre inférieur va alors dépendre de son niveau et des matières traitées⁴.

L'hypothèse dans laquelle plusieurs conventions sont applicables n'est pas non plus envisagée par la loi. Il convient alors d'appliquer les règles de concurrence de l'article 84 ET et aux possibles accords-cadre en la matière. Là encore, il faudra prêter une attention spécifique au niveau et aux matières considérées. Une auteure estime

¹ A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 259.

² Dans ce sens, A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 260.

³ A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 259.

⁴ Voir infra, n° 735 s. Soulignons toutefois que dans le droit antérieur aux dernières réformes légales, les négociateurs d'une unité abandonnée de cadre inférieur devaient attendre que la convention de cadre supérieur soit dénoncée pour voir leur convention s'appliquer et ainsi réaliser le changement d'unité de négociation descendant (voir infra, n° 664 s.).

toutefois qu'en l'espèce que les parties peuvent se mettre d'accord afin d'appliquer la convention plus favorable¹.

Enfin, un dernier problème aux conséquences pratiques transcendantes se rapporte aux hypothèses dans lesquelles aucune convention de cadre supérieur n'existe. En effet, la loi n'apporte aucune alternative ce qui implique l'existence d'un vide conventionnel et l'application des seules normes légales de caractère « *incomplet et insuffisant* »². Force est alors de constater que cela aboutira sans nul doute à une diminution des droits et avantages des salariés par rapport aux dispositions de la convention disparue³. Cette conséquence est d'autant plus problématique au regard du tissu productif espagnol composé essentiellement de PME dans lesquelles une convention sectorielle est vouée à s'appliquer.

Cette règle légale va dans tous les cas apparaître plusieurs contradictions dans le dispositif légal issu notamment de la réforme de 2012.

D'une part, considérant l'essor dans les dernières réformes légales de la convention collective d'entreprise, qui peut désormais s'écarter des dispositions conventionnelles sectorielles, cette règle peut toutefois s'avérer favorable aux salariés. En effet, considérant que la convention collective dénoncée s'avère moins favorable que la convention sectorielle, les salariés auront paradoxalement par rapport à l'esprit général des dernières réformes, intérêt à maintenir le conflit. D'autre part, approfondissant cette réflexion, l'application de la convention de cadre supérieur rompt la dynamique décentralisatrice des dernières réformes légales.

De manière plus générale, la configuration de la convention de cadre supérieur comme filet de sécurité rentre en contradiction flagrante avec la politique légale de la réforme de 1994 depuis lors maintenue. Cette politique vise à renvoyer, notamment à la convention collective statutaire, la détermination de conditions concrètes de travail sans prévoir de règles supplétives comme en matière de classification professionnelle (art. 22.1 ET) ou de régime disciplinaire (art. 58.1 ET)⁴. Il s'avère dès lors dangereux et favorable à la création de vide juridique de renvoyer, d'un côté, aux conventions statutaires la responsabilité de régler seule une matière, et de favoriser, d'un autre côté, la création de vide conventionnel. S'agit-il alors de laisser finalement les pouvoirs

¹ A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 260.

² A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 260.

³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 54.

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 54.

de l'employeur de s'exercer librement dans des matières par nature de dimension collective ?

La doctrine a alors recherché plusieurs solutions permettant de maintenir un cadre protecteur aux salariés. Un auteur propose tout d'abord de procéder à l'incorporation au contrat de travail comme condition plus avantageuse du contenu de la convention¹. Cette proposition se rapproche du maintien légal des avantages individuels acquis en France. Une différence fondamentale doit cependant être soulignée. En France, cette règle est d'origine légale ce qui n'est manifestement pas le cas en droit espagnol. Il a été également avancé la possibilité de maintenir dans tous les cas la convention dénoncée jusqu'à l'entrée en vigueur d'une autre qui la substitue². Cette position semble cependant rentrer en confrontation directe avec la finalité de la nouvelle législation. D'autres auteurs s'inclinent pour permettre le maintien partiel de certaines conditions et la fin d'application des conditions les plus significatives telles que les salaires, le temps de travail, la classification professionnelle et le régime disciplinaire³. Un auteur propose de convertir la convention en convention extrastatutaire se fondant sur la jurisprudence qui reconnaît cette qualité aux accords conclus en marge des dispositions statutaires ou contraires aux règles de concurrence⁴. Dans ces deux hypothèses, les deux parties montrent, au travers de la conclusion d'une convention, leur volonté d'établir un cadre conventionnel propre. L'hypothèse d'absence d'accord lors d'une renégociation démontre alors parfaitement le contraire. L'assimilation demeure ainsi difficile à mettre en œuvre. Enfin, de manière comparable aux conflits intervenant lors de la négociation d'un accord de décrochage, il peut être envisagé de recourir à un arbitrage obligatoire prévu légalement. Nous verrons toutefois que sa viabilité peut être mise en doute du point de vue constitutionnel. Dans tous les cas, sa généralisation se heurterait à l'ampleur de la reconnaissance de l'autonomie collective qui se dégage de la Constitution⁵.

620. En guise de conclusion sur cette nouvelle règle, il est possible d'affirmer qu'elle opère un renversement total de l'équilibre entre les intérêts des travailleurs et

¹ Les salariés qui ont été embauchés postérieurement, ne seront donc pas concernés (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 414).

² A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 261.

³ A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, « La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión », *RL*, 2010-I, p. 495.

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 54.

⁵ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 415

ceux des employeurs. Tout en admettant que l'application illimitée de l'ultraactivité ne constituait pas une solution satisfaisante, d'autres solutions intermédiaires pouvaient toutefois être rencontrées et établir, du moins du point de vue théorique, des mécanismes incitant les employeurs à négocier comme le fait la règle des avantages individuels acquis en France. Dans tous les cas, cette nouvelle règle laisse de nombreuses interrogations sans réponse et renvoie aux juges la responsabilité d'élucider des éléments non-négligeables de sa mise en œuvre. Finalement, outre ses importantes et nombreuses contradictions avec la logique générale du dispositif légal, cette nouvelle règle laisse vraisemblablement présager une augmentation des conflits provoqués par la possibilité pour les salariés de voir disparaître définitivement les droits peu à peu gagnés dans une unité de négociation.

§ 2: *Les procédures de révision*

621. La révision d'une convention collective consiste en une modification de son contenu toujours en vigueur¹. En cette matière, les deux droits présentent traditionnellement d'importantes différences.

En effet, si les problèmes relatifs aux effets de révisions régressives ont poussé le pouvoir législatif français à intervenir afin de clarifier une situation confuse, l'ET restait au contraire silencieux renvoyant les éléments de solutions à l'adaptation de la procédure de dénonciation et à l'application des principes de droit commun des contrats. La réforme de 2012 a cependant comblé ce vide juridique et établi des règles générales conformes à la dimension normative de la convention statutaire. La révision en droit français demeure quant à elle, largement guidée par la nature contractuelle de la convention collective ce qui le rapproche du droit commun des contrats et ainsi de la révision en droit espagnol antérieurement à la réforme de 2012. Néanmoins, les transformations des règles de représentativité et de conclusion des conventions collectives issues de la réforme de 2008, amènent à s'interroger sur l'opportunité d'appliquer exclusivement le principe majoritaire en matière de révision.

¹ La modification la convention se « *diffère de son interprétation ou d'une simple actualisation* » (M.L. MORIN, loc. cit., 2005, p. 87).

A. La procédure légale de révision en droit français

622. La loi laisse tout d'abord le soin aux parties à l'accord ou de la convention collective de prévoir « *les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé* »¹. Les modalités de révision constituent, il est vrai, pour les partenaires sociaux un élément central de contrôle et de prise en compte des exigences d'évolution et d'adaptation des normes conventionnelles à la réalité économique². A priori destinée aux conventions à durée indéterminée, la révision peut également intervenir, de manière anticipée, pour une convention de durée déterminée si toutes les parties y consentent³. Cette dernière exigence s'inscrit dans la logique contractuelle⁴.

Deux points doivent ici être abordés et traitent des effets de l'avenant modificatif et de ses signataires.

623. La question des effets de l'avenant de révision a été abordé par la loi du 31 décembre 1992 et n'a pas fait l'objet depuis lors de changement profond⁵. En réaction à l'arrêt Basirico, rendu dans le silence de la loi et aux effets considérables⁶, la loi de

¹ Article L. 2222-5 (anc. L. 132-27 al.1) CT. Cet article traite d'une part de la révision des conventions à durée indéterminée et d'autre part du renouvellement des conventions à durée déterminée.

² Même si l'obligation de négocier dans la branche et l'entreprise instaurée depuis la loi du 13 novembre 1982 se distingue de la procédure de révision (voir J. PELISSIER, loc. cit., 1984, p. 681), il est certain qu'elle en a constitué un facteur promotionnel.

³ Et ce, malgré l'absence de prévision dans l'accord initial (Cass. Soc. 11 mai 2004, *RJS*, 564/04, n° 833, *D.*, 2004, Jurisprudence IR, p. 1770 ; Cass. Soc. 13 nov. 2008 *RJS*, 2/09, n° 199).

⁴ B. PALLI, loc. cit., p. 157.

⁵ Loi n° 92-1446 du 31 déc. 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage. Pour approfondir sur le droit en vigueur suite à la réforme de 1992, voir G. VACHET, loc. cit., 1993, p. 134 ; du même auteur, « Révision des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 73 ; P. RODIERE, « Sur la révision des conventions collectives : quelques observations sur la loi du 31 déc. 1992 », *SSL*, 1993, n° 655, p. 2 ; M.L. MORIN, « La signature des accords collectifs : à propos de la réforme de la procédure de révision », *RJS*, 2/1993, p. 74 ; P. LANQUETIN, « La révision des conventions collectives : le sens d'une réforme », *Le droit collectif du travail*, « La révision des conventions collectives : le sens d'une réforme », *Le Droit collectif du travail, études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 35 ; N. COLIN, *Conventions et accords collectifs de droit social à l'épreuve du temps*, Paris, L'Harmattan, 2000.

⁶ Arrêt Basirico, Cass. Soc. 9 mars 1989, *D.*, 1990, p. 65, note A. LYON-CAEN. Confirmé par Cass. Ass. Plén. 20 mars 1992, *Dr. soc.*, 1992, p. 360, rapp. D. TRICOT, « Le nouvel arrêt Basirico » ; voir également J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, « Autonomía individual y colectiva ante el cambio de funciones de la negociación colectiva en Derecho francés », *REDT*, 1998, n° 90, p. 637.

Les juges procèdent à la distinction entre la validité de l'acte et son applicabilité. Les juges estiment « *qu'en l'absence de stipulation expresse relative à la révision* », l'avenant de révision signé par une seule partie de l'accord modifié est valable (en l'espèce l'accord modificatif était moins favorable que le texte d'origine). Néanmoins dans le même temps, ils affirment qu'il ne se substitue pas à l'accord initial, qu'il ne peut être opposable aux salariés qui réclament le bénéfice de l'avantage prévu dans la convention révisée par le nouvel accord. Pour être opposable et produire un effet substitutif, il fallait la signature de l'ensemble des signataires originaux. Cette solution conduit alors à l'application aux salariés du nouvel et

1992 prévoit qu'un avenant de révision valablement conclu « *se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie* »¹.

La loi prévoit également que l'avenant de révision « *est opposable, dans des conditions de dépôt prévues à l'article L. 2231-6, à l'ensemble des employeurs et des salariés liés par la convention ou l'accord* ».

De manière similaire à la dénonciation, l'avenant de révision s'applique de manière impérative aux salariés indépendamment de son possible caractère régressif. Le principe de faveur est ici inopérant.

La mise en œuvre pratique de cette disposition a posé une difficulté lorsque l'avenant est signé uniquement par certains groupements d'employeurs signataires de l'accord initial. En effet, les règles de représentativité côté patronal et les conditions d'application de la convention prévues à l'article L. 2262-1 CT², impliquent que la convention ne soit opposable qu'aux seuls employeurs membres des organisations signataires³. Il en résulte alors autrement pour les groupements signataires de la convention initiale mais non-signataires de l'avenant. La Cour de cassation, se fondant sur l'article L. 2262-1 CT, affirme dans ce sens que l'avenant de révision n'est opposable qu'aux employeurs qui l'ont signé ou qui sont membres d'un groupement signataire. Les employeurs ou membres d'organisations non-signataires qui avaient signé la convention initiale échappent donc à l'application de l'avenant⁴. Dès lors, en dehors de l'hypothèse de l'extension de l'avenant, tous les salariés qui sont liés à ces employeurs ne peuvent se voir appliquer les dispositions prévues dans le nouveau texte et devront se rapporter au texte initial. Afin de garantir son application à l'ensemble des signataires initiaux et ainsi maintenir le champ d'application originaire de la convention, un secteur doctrinal soutient toutefois que l'article L. 2262-1 CT est une disposition générale qui doit être écartée au profit de la règle spéciale de l'article L. 2261-8 al. 2 qui

de l'ancien accord. L'éventuel conflit entre les deux accords met en œuvre le principe de faveur. Cette jurisprudence a été saluée par une partie de la doctrine (M. DESPAX, « Conditions et effets de la révision d'une convention collective par voie d'avenant, lorsque cet avenant est signé par certains seulement des signataires initiaux », *Dr. soc.*, 1989, p. 633) et fortement critiquée par une autre proche des milieux patronaux (J. ROCHE, « La paralysie minoritaire », *Dr. soc.*, 1992, p. 860).

¹ L. 2261-8 al. 1 CT (anc. L. 132-7 al.3). Cass. Soc. 31 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 200 ; Cass. Soc. 28 mai 2002, déjà cité.

² Aux termes duquel « *sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires* » (ancien article L. 135-1 CT).

³ Voir supra, n° 86.

⁴ Cass. Soc. 29 mai 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 613 ; voir J.Y. FROUIN, « L'envers du problème Basirico », *Dr. soc.*, 1996, p. 608, qui insiste sur le fait que la loi de 1992 prétendait fondamentalement régler les conséquences de la jurisprudence Basirico et ne visait pas à modifier les règles d'applicabilité de la convention et les principes de représentativité côté patronal.

se réfère à « l'ensemble des employeurs [...] liés par la convention ou l'accord »¹.

Il ressort dans tous les cas une regrettable ambiguïté du dispositif légal qui, tout en envisageant favorablement l'opposabilité des avenants de révision, maintient dans le même temps la spécificité patronale de l'application des conventions et accords collectifs. La position de la Cour de cassation illustre une nouvelle fois les privilèges accordés à la représentation patronale alors même que leur représentativité et plus loin, leur légitimité, peuvent être mises en doute².

624. En marge de ces effets, l'avenant de révision a posé de nombreuses difficultés relatives à la détermination des organisations signataires. Il convient de distinguer la phase de négociation et celle de conclusion de l'avenant.

En ce qui concerne la première, la jurisprudence a considéré que devait être invité à la négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives³. Peu importe donc qu'elles soient signataires ou non de l'accord initial⁴.

La phase de conclusion n'offre pas un cadre pacifié et a fait l'objet de plusieurs lois qui s'avèrent aujourd'hui difficilement compatibles avec les nouvelles règles de représentativité. La loi du 31 décembre 1992 a tout d'abord opté pour une logique contractuelle qui implique l'intervention des signataires initiaux lors de la signature de l'avenant modificatif⁵. Cette règle doit alors être conjuguée avec le principe de l'unicité de signature. Dès lors, contrairement à la jurisprudence antérieure⁶, l'avenant de révision doit être signé par au moins une organisation syndicale de salariés parties à la convention initiale⁷. Même si la logique contractuelle n'est pas pleinement appliquée en

¹ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1309. Une interprétation littérale du texte conduit en effet à admettre que toutes les organisations ou membres de ces organisations signataires de l'accord initial sont liés par l'avenant

² Voir supra, n° 160.

³ Cass. Soc. 26 mars 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 620, M.L. MORIN, « Pluralisme syndical et révision des accords collectifs », *Dr. Soc.*, 2002, p. 617 ; Cass. Soc. 17 sept. 2003, déjà cité. L'absence de convocation d'un syndicat représentatif à la révision d'un accord d'entreprise constitue un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical (Cass. Crim 28 oct. 2008, *RDT*, 2009, p. 245) et conduit à la nullité de l'accord de révision.

⁴ M.L. MORIN, op. cit., 2005, p. 92.

⁵ B. PALLI, loc. cit., p. 155.

Art. L. 2261-7 : « Les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord ».

⁶ Jurisprudence Basirico. Selon celle-ci, conformément aux règles de droit commun des contrats, l'avenant de révision doit être signé par l'ensemble des signataires de l'accord initial, voir supra, n° 623.

⁷ Les organisations syndicales qui n'ont pas signé l'accord initial, peuvent signer l'avenant de révision. Dans ce sens, ils sont invités aux négociations. Leur signature reste toutefois sans effet sur la validité de

raison du principe d'unicité de signature, ce dispositif maintient un certain parallélisme des signatures puisqu'au moins un des signataires originaires doit signer¹.

Au regard des effets négatifs de la règle de l'unicité de signature quant à la légitimité de l'accord, la loi prévoit que l'accord substitutif signé par un seul ou plusieurs signataires initiaux peut faire l'objet d'opposition émanant, au niveau de la branche, de la majorité des organisations syndicales représentatives parties à l'accord d'origine et, au niveau de l'entreprise, des syndicats représentatifs qui n'ont pas à être nécessairement parties à l'accord initial et qui ont recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections professionnelles². La loi conditionnait par ailleurs l'opposition au fait que l'avenant réduise ou supprime un avantage consacré dans la convention révisée³.

625. Ce dispositif relatif aux conditions de conclusion de l'avenant de révision est modifié par la loi du 4 mai 2004 qui prononce un parallélisme des formes entre les conditions de signatures des accords initiaux et celles des accords de révision⁴. Tout en maintenant le principe de l'unicité de signature et du parallélisme « relatif » des signataires⁵, le droit d'opposition est désormais ouvert indépendamment du caractère régressif de l'accord mais également à tous les syndicats représentatifs majoritaires, qu'ils soient signataires ou pas de l'accord initial⁶.

l'avenant (sur les difficultés relatives aux conséquences pratiques de cette signature, voir Y. CHALARON, loc. cit., 2002, p. 480).

¹ G. VACHET, loc. cit., 1993, p. 134.

² Anc. art. L. 132-7 CT ; Sur les difficultés pratiques pour mettre en oeuvre ce mécanisme d'opposition, voir G. VACHET, « Révision des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 73 et supra, n° 307.

³ G. VACHET, loc. cit., 1996, p. 73.

⁴ M.L. MORIN, loc. cit., 2005, p. 87. Voir également, B. PALLI, *La modification et la dénonciation des conventions collectives de travail*, Thèse, Strasbourg III, 2006.

Notons que les négociateurs de branche pouvaient opter pour l'introduction de la majorité d'approbation. Force est alors de constater que le parallélisme des formes complexifiait la mise en route d'une procédure de révision et renforcer les réticences des organisations professionnelles d'écarter le dispositif légal (dans ce sens, G. BORENFREUND, loc. cit., 2005, p. 16). Sur les conditions de validité des conventions collectives en fonction des niveaux selon la loi de 2004, voir supra, n° 313.

⁵ Dans ce sens se prononce clairement la circulaire DGT du 22 sept. 2004 selon laquelle « *un avenant de révision qui n'est signé que par des organisations syndicales qui ne sont ni signataires ni adhérentes à l'accord de base est dépourvu d'effet juridique* ».

⁶ Anc. art. L.132-7 al.2. Dans ce sens circ. DGT du 22 sept. 2004 selon laquelle « *contrairement au régime antérieur, toutes les organisations syndicales de salariés peuvent s'opposer, qu'elles soient signataires ou non du texte de base* ».

Contrairement à la procédure de dénonciation, la réforme de 2008 n'a apporté aucune modification en matière de révision¹. Pourtant, cette réforme exacerbe les difficultés consécutives aux possibles changements intervenus dans le paysage syndical qui se dessinaient déjà dans la réforme de 2004. Le parallélisme entre les conditions de validité des conventions collectives et des avenants de révision est maintenu². Conformément aux nouvelles dispositions relatives aux conditions de validité des conventions et accords collectifs, ces avenants doivent désormais être signés par une ou plusieurs organisations représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages, lors du premier tour des dernières élections professionnelles, et à l'absence d'opposition des organisations ayant recueilli la majorité des suffrages³.

Or, par ailleurs est maintenue la logique contractuelle puisque ce même article prévoit que les signataires de l'accord initial et les organisations y ayant adhéré « *sont seules habilitées à signer [...], les avenants de révision de cette convention ou de cet accord* »⁴. Une double exigence est donc prévue : les signataires de l'avenant doivent être des syndicats signataires originaires qui continuent d'être représentatifs et qui représentent au moins 30 % des suffrages aux dernières élections.

Cette double exigence pose alors de sérieuses difficultés pratiques et complexifie la mise en œuvre d'une procédure de révision.

En premier lieu, si une ou plusieurs organisations initiales perdent leur représentativité ou ne rassemblent plus ensemble 30% des suffrages, un risque de blocage évident apparaît puisqu'en vertu de la logique contractuelle, il n'est pas possible de comptabiliser les suffrages d'autres syndicats non-signataires de l'accord initial mais signataires de l'avenant. L'avenant de révision pourrait alors être considéré comme un accord autonome et conduire à l'application simultanée de la convention initiale et d'un nouvel accord. Pour combattre cette duplicité, certains auteurs ont alors avancé la possibilité d'adhésion des syndicats qui n'avaient pas signé la convention originale tout en soulignant qu'il s'agit d'un détournement de la finalité de l'adhésion qui peut porter atteinte au principe d'exécution loyale de la convention⁵. Le recours à la

¹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

² Art. L. 2261-7 CT.

³ Voir supra, n° 316.

⁴ Les juges ont ainsi prononcé la nullité d'un avenant de révision qui n'est signé par aucun des syndicats signataires de l'accord initial (Cass. Soc. 8 avril 2009, RJS, 6/09, n° 560).

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 200 ; C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 912 ; M.A. SOURIAU, loc. cit. 2009, p. 22, note 70 ; F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (b), p. 640.

dénonciation patronale est une autre solution¹. Bien que représentant la solution la plus directe, la dénonciation implique des risques pour les salariés². Dès lors, l'interprétation du dispositif légal ne devrait pas aboutir à la promotion d'un instrument préjudiciable aux intérêts des salariés. Une interprétation distincte conduirait alors à la multiplication des dénonciations et représenterait « *un bouleversement de l'articulation entre les différents mécanismes de transformation des conventions et accords collectifs* », sachant que la révision a constitué le mécanisme traditionnel d'adaptabilité de la convention dans le temps³.

En deuxième lieu, de manière similaire à la dénonciation, la conclusion d'accords avec des salariés mandatés ou avec les représentants élus du personnel soulève de nombreuses difficultés quant aux modalités de leur révision.

Nous savons qu'il ressort de l'article L. 2232-29 CT que la loi opte pour le parallélisme des formes⁴.

Aucune difficulté n'apparaît si les négociateurs n'ont pas changé et que la négociation peut être conduite par des agents subsidiaires. S'il s'agit des représentants élus, peu importe que ce ne soient pas les mêmes personnes à l'heure de mettre en œuvre la procédure de révision, la représentation élue est envisagée dans son ensemble comme partie à l'accord⁵. La négociation s'ouvre alors avec tous les représentants élus, signataires ou non, et l'avenant de révision doit être conclu dans les mêmes conditions que le serait un accord initial⁶.

La désignation d'un délégué syndical postérieurement à la signature de l'accord constitue un événement qui vient modifier ce cadre pacifié. Sans remettre en cause la validité de l'accord, le délégué syndical peut en effet, contrairement à la règle du parallélisme des formes, engager une procédure de révision de l'accord. Les arguments conduisant à cette position sont identiques à ceux avancés lors de l'analyse des procédures de dénonciation⁷. Un auteur a alors justement souligné que les négociateurs

¹ C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 912. B. PALLI estime qu'il s'agirait de la solution « *la plus commode* » (loc. cit., p. 160).

² Voir supra, n° 597.

³ B. PALLI, loc. cit., p. 160.

⁴ Art. L. 2232-29 CT « *Les accords d'entreprise ou d'établissement conclus selon les modalités définies aux paragraphes 1 et 2 peuvent être renouvelés, révisés ou dénoncés selon les modalités mentionnées à ces paragraphes respectivement par l'employeur signataire, les représentants élus du personnel ou un salarié mandaté à cet effet* ». Sur les conditions de validité de ces accords, voir supra, n° 174, 221, 326, 330.

⁵ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 191.

⁶ A. MAZEAUD, loc. cit., 2009, p. 677.

⁷ Voir supra, n° 587.

subsidiaries ont tout intérêt de prévoir dans l'accord les modalités de sa révision. Plus loin, ils pourraient prévoir que ces accords soient à durée déterminée ce qui permettrait une meilleure adaptabilité aux éventuels changements d'interlocuteurs salariés¹.

626. Il ressort de ces développements que la procédure de révision engendre un cadre juridique peu satisfaisant. Les procédures de dénonciation ou d'adhésion écartées, les difficultés pour faire coïncider les signataires originaux et les nouveaux signataires risquent en définitive de produire des situations de blocage. Certains auteurs proposent alors de calquer la durée des conventions sur les cycles électoraux². On passerait alors d'un modèle de conventions à durée indéterminée à durée déterminée. Gageons cependant comme une auteure que le caractère manifestement inachevé du régime de la révision ne soit qu'une manifestation de son caractère transitoire jusqu'à la consécration de l'exigence majoritaire et la corollaire suppression de l'exigence du parallélisme des signatures « *afin d'ouvrir la conclusion des avenants de révision à tous les syndicats représentatifs qu'ils soient signataires ou pas de la convention ou de l'accord initial* », de manière similaire aux nouvelles règles en matière de dénonciation³.

B. «*Un véritable vide normatif*»⁴ en Espagne comblé par la réforme de 2012

627. Au regard de la pratique conventionnelle de la convention à durée déterminée, l'hypothèse de révision demeure exceptionnelle en droit espagnol. Il n'est cependant pas exclu que la convention collective prétende être modifiée avant l'arrivée du terme fixé⁵. L'hypothèse d'une modification bilatérale *ante tempus* a reçu les faveurs de l'ensemble de la doctrine⁶ et de la jurisprudence⁷.

¹ A. MAZEAUD, loc. cit. 2009, p. 677.

² C. NEAU-LEDUC, loc. cit., p. 914.

³ Voir B. PALLI, loc. cit., p. 161.

⁴ Voir STCT du 13 mai 1986 Ar/3927

⁵ Rappelons que le RDL 7/2011 a créé une nouvelle variété d'accords, les accords d'adaptation, durant l'ultraactivité de la convention (voir supra, n° 613).

⁶ L.E. DE LA VILLA GIL et I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « La modificación del convenio colectivo durante su vigencia », *AL*, 1992-III, p. 564; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La aplicación en el tiempo del convenio colectivo », *RL*, 1986-II, p. 20.

La doctrine et la jurisprudence ont naturellement écarté la validité d'une révision des dispositions au travers d'une modification unilatérale Voir L.E. DE LA VILLA GIL et I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 1992, p. 564; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., 1985, p. 108; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 61).

⁷ STS 30 juin 1998, Ar/5793 ; STS 21 fév. 2000, Ar/2052. Dès 1986, le Tribunal Central du Travail (TCT) en fondant son raisonnement sur l'absence de dispositions « *en sens contraire* » dans l'ensemble des textes relatifs à l'application dans le temps des conventions, se prononce sur la validité des

Le possible caractère *in peius* de la révision a conduit certains auteurs à se demander si les salariés pouvaient invoquer l'application obligatoire et continue de l'ancienne convention jusqu'au terme initialement prévu. Ils ont néanmoins reconnu que ce « *raisonnement plein de bon sens sur le terrain des « arguments sociaux » [reste] difficilement traductible sur le terrain des « arguments juridiques » s'opposant à la souveraineté concédée aux parties à la négociation en matière de durée de la convention collective* »¹. Le caractère normatif reconnu aux conventions collectives et la consécutive application du principe de modernité expliquent de plus l'application (favorable ou non) de la nouvelle norme collective sur les relations individuelles.

628. Si la possibilité de modifier une convention avant son terme semble admise, la définition des formes et des conditions dans lesquelles la révision peut intervenir, appelle certaines remarques.

Il est intéressant d'évoquer l'article 86.1 *in fine* ET qui permet aux parties de prévoir des « *périodes d'application temporelle différentes pour chaque matière ou groupe homogène de matières* ». Nous avons vu que cet article permet d'assurer l'application de la nouvelle convention aux situations comprises entre sa conclusion et la dénonciation antérieure de l'ancienne convention. D'autre point de vue, cette fois dans le futur, cet article permet également aux parties à la convention de prévoir qu'une partie de la convention cessera de s'appliquer prématurément par rapport au reste de la convention dont l'échéance est postérieure². Là encore, la matière salariale a constitué un terrain propice à la mise en œuvre de cette faculté³.

Qu'il s'agisse de dénonciation partielle ou de révision, la détermination des acteurs susceptibles d'intervenir s'avère centrale. Dans l'hypothèse de dénonciation partielle, il est certain que les signataires de l'accord exprès, et le cas échéant, les auteurs de la dénonciation, doivent posséder la légitimation pleine. L'hypothèse de la révision appelle quant à elle à distinguer deux voies. Ou bien, les parties ont prévu une

modifications bilatérales (STCT du 13 mai 1986, Ar/3927). Une autre décision du Tribunal Supérieur de Justice de Madrid énonce que les articles 82 et 92 du ET ne font qu'empêcher une intervention unilatérale dans l'exécution de la convention et n'interdisent en aucun cas la conclusion d'accords bilatéraux postérieurs modificatifs (STSJ Madrid du 31 oct. 1989, Ar/134).

¹ L.E. DE LA VILLA GIL et I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 1992, p. 570.

² La doctrine souligne que la capacité de distinguer le champ temporel de certaines clauses permet en pratique aux négociateurs de garantir la stabilité de certaines clauses dont l'actualisation n'est pas nécessaire. Lorsqu'il s'agit de matières sujettes à actualisation, les parties signataires prévoient généralement dans la convention des clauses de révision (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2004, p. 144).

³ STS 15 sept. 1989, Ar/6444.

actualisation automatique réalisée par la commission paritaire instaurée dans la convention, à partir d'un indice prédéterminé, généralement le taux d'inflation¹. Ou bien, l'actualisation s'opère par le biais d'une véritable négociation. Dans ce cas, la jurisprudence s'est positionnée clairement estimant que devaient participer toutes les organisations syndicales et associations patronales légitimes pour négocier au sens de l'article 87 ET, indépendamment de leur qualité de signataires de la convention initiale². Par conséquent, « *la modification de la convention doit suivre la procédure établie pour sa propre approbation* » dans le respect des exigences prévues par le Statut des Travailleurs³ et sans que soit nécessaire la coïncidence de la composition des commissions de négociation⁴.

Deux idées peuvent ici être soulignées. D'une part, il ressort que, sans se confondre, la dénonciation partielle et la révision se rapprochent visant toutes deux à adapter à court terme une partie de la convention collective sans en remettre en cause la totalité. D'autre part, l'intervention de l'ensemble des acteurs légitimes et l'exigence de légitimation pleine constituent une conséquence du caractère normatif de la convention. Dans ce cadre, la procédure de révision ne peut être régie par le principe de liberté contractuelle qui impliquerait la coïncidence des signataires de l'ancien et du nouvel accord. Le TS semble reprendre cette idée appliquant le principe de succession normative et affirmant que la convention comme toute autre norme, peut être modifiée par une norme de même rang.

Dans ce cadre, force est de constater que l'introduction par la réforme de 2012 d'un deuxième alinéa à l'article 86.1 ET vient consacrer la jurisprudence en la matière. Cet article dispose en effet que « *durant la vigueur de la convention, les sujets qui réunissent les exigences de légitimation prévus aux articles 87 et 88 ET, peuvent négocier sa révision* ».

Conformément à la logique normative de la convention, il n'est donc pas nécessaire qu'il s'agisse des mêmes négociateurs. La seule condition exigée par le précepte est le respect de règles de légitimation⁵.

¹ Dans ce cas, seules les parties à la convention interviennent (STS 8 fev. 1995, Ar/785 ; STS du 25 mars 1992, Ar/1874).

² STS du 30 juin 1998, déjà cité. Cette question renvoie aux compétences de la commission paritaire relatives à la distinction entre *modification* et *administration* de la convention (voir supra, n° 244).

³ L.E. DE LA VILLA GIL et I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 1992, p. 569.

⁴ J. LAHERA FORTEZA, *Jurisprudencia Social: Análisis crítico*, Madrid, La Ley, 2011, p. 86.

⁵ Un auteur souligne que l'absence de coïncidence entre les signataires peut alors poser des problèmes de sécurité juridique « *par exemple, si une convention collective d'entreprise a été négociée par le comité d'entreprise et prétend par la suite être révisée par les sections syndicales ou viceversa* » (T. SALA

Il est toutefois regrettable que la loi n'ait pas développé certains aspects problématiques d'une procédure de révision, notamment la prévision de délais et de formes. La faible application pratique de cette voie de modification de la convention explique sans nul doute le caractère lacunaire de ce précepte. Dans tous les cas, il s'agit d'une procédure volontaire qui nécessite l'accord des deux parties¹.

§ 3: *Les transferts d'entreprise*

629. Cette question est dans une grande mesure traitée par le droit européen ce qui explique les nombreuses similitudes des droits espagnol et français². Il n'est pas ici question d'aborder les difficiles questions inhérentes à la transposition des directives dans les ordres juridiques français et espagnol. Ce qui nous intéresse, c'est d'une part, le sort des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise cédée et, d'autre part, la place du principe de l'application du plus favorable aux salariés.

Cette dernière question ne semble pas avoir attiré outre mesure l'attention du droit communautaire qui se contente d'obliger le nouvel employeur à maintenir les conditions de travail établies dans la convention d'origine « *jusqu'à la date de résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective* ». Cette période de maintien est alors fixée par les Etats membres « *sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an* ».

Les droits positifs français et espagnols se sont orientés dans deux chemins distincts. Si tous deux assurent le maintien pour les salariés affectés du cadre conventionnel qui leur était appliqué dans l'entreprise cédée, le droit français apparaît plus favorable aux salariés.

FRANCO, loc. cit., 2012, p. 66). Cette problématique est inconnue en droit français qui n'a pas établi comme principe le double canal de négociation. En Espagne, la syndicalisation des organes de représentation unitaire et la préférence légale attribuée aux sections syndicales peuvent toutefois faciliter un cadre pacifié.

¹ Aucun devoir de négocier ne peut être invoqué considérant qu'une convention est par nature en vigueur (A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 262).

² Directive européenne relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, de partie d'entreprise, d'établissements ou de partie d'établissements (Directive 2001/23 du 12 mars 2001 qui modifie la directive 98/50 du 29 juin 1998, elle-même intervenue pour modifier la directive 77/187).

630. En France, l'hypothèse du transfert d'entreprise est envisagée par la procédure de mise en cause de la convention collective prévue à l'article L. 2261-14 CT¹.

La procédure de mise en cause est prévue « *en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité* »². Outre ces hypothèses, la mise en cause peut résulter du transfert du siège social de l'entreprise³ ou de la disparition des organisations signataires⁴. La notion de « mise en cause » a posé de nombreuses difficultés juridiques, notamment quant à son fondement, consécutives à l'hétérogénéité de ces situations⁵. Contentons-nous ici de rappeler que la Cour de cassation estime que le changement d'employeur qui s'effectue dans les conditions prévues à l'article L. 1224-1 CT⁶, entraîne la mise en cause des conventions et accords liant l'ancien employeur⁷. Dans ces hypothèses, l'application de la règle de la mise en cause est automatique du fait de la loi et n'impose donc pas que la convention soit dénoncée⁸.

Abordons maintenant les effets de la mise en cause qui se révèlent être un « copié-collé » des règles encadrant la dénonciation émanant de la totalité des signataires employeurs ou salariés.

Aux termes de l'article L. 2261-14 CT, la mise en cause permet à la convention de continuer de produire ses effets entre le nouvel employeur et les salariés transférés « *pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévus à*

¹ Anc. art. L. 132-8 al. 7 CT. Pour approfondir sur la mise en cause, voir A. CORMIER-Le GOFF et E. BENARD, *op. cit.*

² Art. L. 2261-14 al.1 CT.

³ Cass. Soc. 21 mai 1997, déjà cité.

⁴ Cass. Soc. 16 mars 1995, déjà cité. Attention à ne pas confondre la disparition des syndicats et la perte de la qualité de représentatif. Dans cette dernière hypothèse, depuis la réforme de 2008, la validité de la convention n'est pas affectée (art. L. 2261-14-1 CT ; voir supra, n° 586).

⁵ Certains auteurs considèrent que la mise en cause d'une convention suppose qu'« *une entité économique sorte du champ d'application de cette convention* » (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *op. cit.*, p. 1269). Pour approfondir, voir H.J. LEGRAND, « A règle automatique, justification indiscutable ? » et M.L. MORIN, « La notion de « mise en cause » du statut collectif d'entreprise dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Controverse : La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question* », *RDT*, 2008, p. 10 ; J. PELISSIER, « Conventions collectives applicables après une restructuration », *RJS*, 91/01, p. 3 et J. DEPRez, « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés », *RJS*, 1992, p. 451.

⁶ Aux termes duquel « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

⁷ Cass. Soc. 24 fév. 1993, *Bull. civ. V*, n° 67 ; Cass. Soc. 20 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n° 22. Les juges considèrent le nouvel employeur est un tiers et appliquent le principe de l'effet relatif des contrats.

⁸ J.M. OLIVIER, « L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 747.

l'article L. 2261-9, sauf clause prévoyant une durée supérieure ». Le renvoi à l'article L. 2261-9 CT relatif à la procédure de dénonciation constitue une trace du dispositif légal antérieur¹. Il implique qu'entre l'évènement qui a conduit à la mise en cause de la convention et la prise d'effet de cette dernière, un délai qui ne peut être inférieur à trois mois, doit s'écouler avant que la période de survie de la convention mise en cause commence à courir². Outre le fait que sa détermination reste difficile³, certains auteurs ont souligné que l'existence d'un préavis demeure, sur la plan strictement juridique, discutable et conduit à s'interroger sur l'opportunité de rapprocher les notions de mise en cause et de dénonciation⁴.

Aux termes de l'alinéa 3 de l'article L. 2261-14, « *une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant la mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations* ». Deux types d'accords de substitution peuvent alors être distingués⁵. L'un vise à adapter les dispositions de la convention de l'entreprise cédée au cadre conventionnel de la nouvelle entreprise. L'autre part pour ainsi dire de zéro et aboutit à la conclusion de nouvelles dispositions conventionnelles⁶.

¹ Le sort des conventions collectives en cas de transfert d'entreprise a tout d'abord été pris en compte par la loi du 13 juillet 1971. La loi du 13 novembre 1982 modifie le régime de la mise en cause et recourt au renvoi. Dans sa rédaction antérieure à la recodification, l'ancien article L. 132-8 al. 7 CT prévoyait que la convention ou l'accord « *continue de produire effet conformément aux troisième et sixième alinéas du présent article* », relatifs à la dénonciation (voir J.M. OLIVIER, loc. cit., 2005, p. 746).

² Dés lors, la convention mise en cause peut continuer à s'appliquer pendant 15 mois à compter de l'évènement provoquant ladite mise en cause (Cass. Soc. 22 juin 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 661, rapp. Ph. WAQUET, « La mise en cause d'une convention collective fait-elle jouer un délai de préavis ? » ; Cass. Soc. 1^{er} déc. 1993, *D.*, 1994, p. 334, note E. DOCKES ; Cass. Soc. 22 fév. 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 395, obs. J.P. CHAUCHARD ; Cass. Soc. 23 juin 1999, *Dr. soc.*, 1999, déjà cité). Pour approfondir, C. MASQUEFA, *La restructuration*, Paris, LGDJ, 2000, n° 435 s.).

³ Dans ce sens, il est regrettable qu'il ne soit pas demandé au nouvel employeur de manifester aux représentants des salariés transférés ou, le cas échéant, aux salariés directement, la mise en cause des accords et conventions collectives (Cass. Soc. 27 oct. 1998, *RJS*, 12/98, n° 1520). Cette manifestation pourrait pourtant constituer le point de départ du préavis de trois mois. Certains auteurs proposent de retenir la date de l'acte juridique qui entraîne la mise en cause (G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 232).

⁴ Durant ce préavis, il n'est pas possible de conclure un accord de substitution ce qui implique nécessairement l'application de deux conventions dans la nouvelle entreprise. Pour approfondir, voir B. TEYSSIE, « Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 75 ; J.M. OLIVIER, loc. cit., 2005, p. 746 pour qui ce préavis est « *absurde puisque la mise en cause résulte de plein droit de l'évènement qui l'a provoquée* ».

⁵ Bien que certains auteurs distinguent les accords d'adaptation et les accords de substitution (J.M. OLIVIER, loc. cit., 2005, p. 748), nous nous référerons à ces derniers pour envisager ces deux accords.

⁶ Dans cette hypothèse, l'entreprise d'accueil ne dispose pas d'une convention de même niveau de celle applicable à l'entreprise transférée (A. MAZEAUD, « La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert », *Dr. soc.*, 2004, p. 294).

Dans tous les cas, la Cour de cassation affirme que l'accord de substitution « *est celui résultant de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise* »¹. Par conséquent, il est admis que l'accord de substitution correspond à l'accord d'entreprise conclu pendant la période de survie de la convention d'origine². Une sorte d'obligation de négociation est donc instaurée³.

Durant cette survie et jusqu'à la conclusion de l'accord de substitution, les salariés transférés pouvaient également bénéficier des conventions et accords applicables dans l'entreprise d'accueil. La doctrine majoritaire et la jurisprudence ont admis l'application cumulative des deux textes conventionnels et prévoient que le salarié transféré puisse demander l'application de la disposition qui lui est plus favorable⁴. Le Professeur RAY évoque ainsi « *un trop plein conventionnel* »⁵ qui marque une différence fondamentale avec la procédure de dénonciation qui suppose a contrario un risque de vide conventionnel.

L'accord de substitution qui vise à assurer l'unité du statut conventionnel dans la nouvelle entreprise, s'appliquera dans les mêmes conditions que lors d'une dénonciation. Quant aux parties, il convient de convoquer l'ensemble des organisations représentatives dans l'entreprise qui seront alors habilitées à signer l'accord⁶.

A défaut d'accord à l'issue de la période de survie de 15 mois à partir de l'événement ayant déclenché la mise en cause, le dispositif prévoit le maintien des avantages individuels acquis⁷.

¹ Cass. Soc. 14 mai 1992, *Dr. soc.*, 1992, p. 631 et *D.*, 1993, p. 67, note N. DECOOPMAN ; *Dr. ouv.*, 1993, p. 183, obs. F. SARAMITO ; Cass. Soc. 23 juin 1999 déjà cité dans lequel les juges précisent que l'absence de négociation ne prolonge pas les délais légaux de survie de la convention mise en cause.

² A. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 268. Voir plus récemment Cass. Soc. 13 nov. 2007, *RDT*, 2008, p. 38, note Ph. WAQUET. Les juges rappellent qu'« *à défaut de convention ou d'accord de substitution, le nouvel employeur ne peut imposer aux salariés repris l'application immédiate du statut collectif en vigueur dans l'entreprise, lorsque ce statut est différent de celui dont ils relevaient avant le transfert des contrats de travail* ». L'employeur ne peut pas non plus agir sur le plan individuel à travers la modification des contrats de travail (Cass. Soc. 14 mai 1992, déjà cité).

³ Cass. Soc. 19 oct. 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 229, obs. G. BELIER. Toutefois, cette obligation ne se confond pas avec l'obligation de négociation annuelle. En cas de mise en cause, la négociation est engagée « *à la demande d'une des parties intéressées* » ce qui contraste avec l'obligation annuelle de négociation qui pèse uniquement sur l'employeur.

⁴ Cass. Soc. 26 juin 1985, *Dr. soc.*, 1989, p. 70 ; Cass. Soc. 24 janv. 1996, *RJS*, 3/96, n° 315 ; J.E. RAY, *loc. cit.*, *Dr. soc.*, 1989, p. 64 ; J.P. CHAUCHARD, « *Négociation collective et restructurations d'entreprise* », *Dr. soc.*, 1995, p. 378 ; A. MAZEAUD, *loc. cit.*, 2004, p. 294. Contre cette application cumulative des deux dispositifs conventionnels, B. TEYSSIE, *loc. cit.*, 1996, p. 101.

⁵ J.E. RAY, *Dr. soc.*, 1989, p. 64.

⁶ B. TEYSSIE, *loc. cit.*, 1996, p. 111. Reste alors à résoudre les difficultés inhérentes au calcul de représentativité depuis la réforme de 2008 (voir supra, Partie I Titre I ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, *op. cit.*, p. 233-234).

⁷ Alinéa 2 « *Lorsque la convention ou l'accord mis en cause n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans les délais précisés au premier alinéa, les salariés des entreprises*

631. En Espagne, aucune durée n'est prédéterminée, l'article 44.4 ET prévoyant que l'application de la convention sera maintenue jusqu'à la date de son expiration ou jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective.

A l'origine, l'ancien article 44.1 ET prévoyait que le nouvel employeur devait assumer « *les droits et obligations du travail de l'antérieur* »¹. Les travailleurs affectés bénéficiaient ainsi du maintien de leur cadre conventionnel². Cela pouvait alors aboutir à l'applicabilité de deux conventions dans l'entreprise³. Reconnaisant cette possibilité, la jurisprudence⁴ a eu l'occasion de recourir à l'application du principe de la norme plus favorable⁵ conduisant, en l'espèce à appliquer aux salariés transférés la convention de la nouvelle entreprise plus favorable. Cette position n'a cependant pas fait l'unanimité au sein de la doctrine espagnole⁶.

Une intervention de la loi en 2001 est venue expressément déterminer la convention applicable en cas de succession d'entreprise⁷. Aux termes de l'article 44.4 ET, « *sauf pacte contraire établi une fois intervenue la succession au travers d'un*

concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais ». Pour la jurisprudence, Cass. Soc. 14 mai 1992, déjà cité; Cass. Soc. 1^{er} déc. 1993, déjà cité; Cass. Soc. 9 nov. 2005, *RJS*, 2006, n° 69. Sur la notion d'avantage individuel acquis, voir supra, n° 602.

¹ Pour un traitement de la situation antérieure à la réforme de 2001, voir, sur l'ensemble de la matière, L. MELLA MÉNDEZ, *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*, Granada, Comares, 2000, p. 101 et 120. De manière plus schématique, voir, de la même auteur, « El nuevo artículo 44 núm. 4 del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa », *REDT*, 2002, n° 111, p. 359 et R. PRADAS MONTILLA, « Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores », *DL*, 2001, n° 65, p. 7.

² Ce maintien de la convention se référerait exclusivement à son contenu normatif (STS du 4 juill. 1988, Ar/2300 ou STS du 5 déc. 1992, Ar/10059. Pour la doctrine, voir F. VALDÉS DAL-RÉ, « Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa », *RL*, 1996-I, p. 26).

³ Un secteur doctrinal espagnol rejette cependant cette idée considérant que le transfert d'entreprise aboutit certes à une situation de pluralité de conventions dans la même entreprise mais qui se résout simplement par l'application de la convention en vigueur dans l'entreprise cédée aux travailleurs considérés. Les deux conventions ont, dans ce sens, un champ d'application distinct et ne rentrent donc pas en concurrence. Ne peuvent donc s'appliquer ni l'article 84, ni l'article 3.3 ET (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1996, p. 26).

⁴ STS du 15 déc. 1998; A. DESDENTADO BONETE, « Sucesión de empresas y negociación colectiva en el túnel del tiempo: el caso de las ikastolas », *Diario La Ley*, 1999, n° 4806, p. 16.

⁵ La possibilité d'appliquer l'article 3.3 ET se fonde sur la finalité protectrice du droit du travail et, reprenant les propos du Professeur MARTÍN VALVERDE, elle « *donne du contenu à la mention aux « normes conventionnelles pactées » de l'article 3.3 ET* ». L'auteur évoque néanmoins les problèmes juridiques (les différences de traitement entre les salariés d'une même entreprise) et de gestion du personnel (micro conflictualité comme conséquences des problèmes juridiques) que peuvent engendrer son application (loc. cit., 1995, p. 116).

⁶ L'application de ce principe a soulevé certaines critiques. La plus pertinente affirmait que le maintien « *des droits et obligations de l'antérieur* » employeur implique nécessairement l'application exclusive et intégrale de la convention collective d'origine aux travailleurs affectés. Ce « *mandat légal exprès* » de l'article 44.1 ET écarte, par conséquent, une hypothèse de concours et l'application du principe plus général de l'article 3.3 ET (voir F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit. 1996, p. 17).

⁷ Loi 12/2001 du 9 juill. de mesures urgentes de réforme du marché du travail.

accord d'entreprise entre le cessionnaire et les représentants de travailleurs, les relations de travail des travailleurs affectés par la succession continueront d'être régies par la convention qui, au moment de la transmission, était d'application dans l'entreprise, le centre de travail ou l'unité productive autonome transférée ». La période de maintien de la convention d'origine reste donc limitée à l'arrivée de son terme ou jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention¹.

Est ainsi établie pour les travailleurs de l'entreprise cédée, l'application de la convention collective qui, au moment de la transmission, était applicable dans l'entreprise transférée. Il importe alors de se demander si les salariés affectés se voient, dans tous les cas, appliquer la convention de l'entreprise cédée ou s'ils peuvent invoquer l'application de la convention applicable dans la nouvelle entreprise si celle-ci résulte plus favorable. A la lecture du précepte qui semble renfermer une règle « *de caractère fermé* »² et prenant en compte l'esprit de la loi qui tend à l'application d'une seule convention dans sa totalité, il semble possible d'affirmer que les salariés ne peuvent invoquer l'application de la convention plus favorable de la nouvelle entreprise. La doctrine souligna alors que cette règle « *se fonde dans la présomption que cette dernière norme est plus avantageuse ou favorable pour ces travailleurs que l'existante dans la nouvelle entreprise* »³. Autrement formulé, la loi vise la stabilité du statut conventionnel écartant les éventuelles dégradations des conditions de travail mais ignorant également les possibles améliorations.

Son caractère supplétif peut cependant permettre de flexibiliser son application. Aux termes de l'article 44.4 ET, celle-ci peut être écartée par « *un pacte contraire* » entre les représentants des travailleurs et le cessionnaire. Cet « *accord d'entreprise* »⁴ laisse donc la possibilité aux parties intéressées de réguler autrement les conditions d'application des normes conventionnelles lors d'un transfert d'entreprise. Cet accord laisse, par conséquent, la possibilité pour les salariés de bénéficier de la norme conventionnelle la plus favorable : en acceptant d'écarter l'application de la convention

¹ D'application alternative, cette règle entraîne la disparition de la convention d'origine à la date initialement fixée. La disparition pourra cependant intervenir antérieurement par la conclusion d'une nouvelle convention. Dans tous les cas, si aucune convention n'est conclue, « *le contenu normatif ne continue pas d'être en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention de substitution : il n'y a pas d'ultra-activité* » (R. PRADAS MONTILLA, loc. cit., p. 16).

² R. PRADAS MONTILLA, loc. cit., p. 16.

³ L. MELLA MÉNDEZ, « El nuevo artículo 44 núm. 4 del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa », *REDT*, 2002, n° 111, p. 362.

⁴ Il convient ici de préciser que les accords d'entreprises et les conventions collectives représentent deux instruments juridiques distincts. Nous reviendrons sur les difficultés relatives au régime juridique de ces accords dans le Titre II (n° 743 s.).

d'origine, les représentants des salariés pourraient obtenir l'application de la convention de la nouvelle entreprise plus favorable dans sa globalité¹.

Conclusion SECTION I

632. Il ressort de l'ensemble de ces développements que la succession de conventions collectives dans le temps conduit à écarter l'existence d'un principe d'irréversibilité des droits. Une nouvelle convention qui vient substituer dans le même champ d'application une convention ancienne, peut modifier et réduire des droits reconnus dans cette dernière. Cette considération renvoie à la dimension normative de la convention collective, récemment mise en exergue en droit français par la dénonciation majoritaire. Il convient cependant de souligner que, dans le même temps, les cadres légaux laissent une grande liberté aux négociateurs afin de tempérer les effets consécutifs à la succession de conventions. Réapparaît ici l'aspect contractuel de la convention collective. En tout état de cause, l'inapplication du principe de faveur s'explique par l'absence de concours et donc de conflits entre les normes successives. Il est alors intéressant de relever que dès lors qu'un concours apparaît, comme en matière de transfert d'entreprise, l'application du principe de faveur peut, comme en droit français, constituer la règle pour déterminer la norme applicable.

L'analyse comparative des instruments à travers desquels est conduite la succession de conventions collectives, s'est avérée pertinente à plusieurs égards.

633. En premier lieu, l'absence de règles légales relatives à la révision des conventions collectives en Espagne a de quoi interpeller le juriste français. Il apparaît toutefois que lorsque les parties considérées s'entendent sur un nouvel accord, cette différence ne s'avère qu'anecdotique. En revanche, plus problématique est la situation dans laquelle aucun accord n'est possible. En droit français, le recours généralisé à la révision conduit au maintien en vigueur de la convention si aucun avenant de révision n'est conclu. La cessation des effets de la convention passe alors par la dénonciation, mesure radicale mais aux effets retardés, qui est de plus compensée, à défaut d'accord de substitution, par la règle légale des AIA. La logique du système a alors été

¹ R. PRADAS MONTILLA, loc. cit., p. 16. Dans cette matière, il conviendra cependant de prêter une attention particulière à l'usage abusif de l'intervention de l'autonomie individuelle au travers de la pratique des contrats *en masse* (voir M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., CEF, 2003, p. 383 et supra, n° 521).

parfaitement synthétisée par le Professeur SAVATIER : « *les délais nécessaires avant que la dénonciation d'un accord collectif produise tous ses effets peuvent inciter les employeurs à préférer négocier une simple révision de l'accord. Et le risque de voir les employeurs entrer dans la voie d'une dénonciation de l'accord peut inciter les organisations syndicales à une certaine souplesse dans l'acceptation d'une révision même peu favorable aux travailleurs. Ainsi se poursuivra, par la recherche de compromis, le système conventionnel de relations de travail* »¹.

En droit espagnol, le recours généralisé à la dénonciation doit être relativisé par les effets qui lui sont attribués. En effet, il est incontestable que l'ultraactivité de la convention dénoncée jusqu'à la conclusion d'un accord exprès, permet aux salariés de bénéficier durant une période, a priori, indéterminée des dispositions de la convention dénoncée. Il est vrai que cette affirmation doit être nuancée par les hypothèses de changement d'unité de négociation². Elle demeure cependant pertinente afin d'apprécier les effets de la dénonciation dans la même unité de négociation. Dans tous les cas, ce maintien « indéfini » a pu entraîner des situations de bocages qui, au fil du temps, ne pouvaient satisfaire aucune partie. Le dispositif issu du RDL 7/2011 offre dans ce cadre aux interlocuteurs sociaux les instruments pour débloquer ces situations et permettre l'adaptation des conventions aux exigences économiques et sociales.

Il reste du moins intéressant de souligner que seul le droit français prend finalement et après une période de temps considérable, acte de la dénonciation en faisant disparaître la convention collective maintenant néanmoins, dans la sphère du contrat de travail, certains droits acquis. En définitive, s'il peut être admis en France que « *le processus de révision s'inscrit dans la continuité et favorise la sauvegarde des acquis conventionnels, alors que la dénonciation passe obligatoirement par une phase de rupture et comporte le risque de voir disparaître tout ou partie des acquis conventionnels* »³, le droit espagnol conduit à relativiser cette affirmation.

634. En deuxième lieu, dans la continuité de la considération antérieure, les droits français et espagnols divergent fortement quant à la logique inhérente à la succession des conventions collectives. Alors que le droit espagnol opte pour « *une négociation collective contractuelle* » dans laquelle la convention conclue reste immune

¹ J. SAVATIER, loc. cit. 1995 (b), p. 181.

² Voir infra, n° 664 s.

³ Voir B. PALLI, loc. cit., p. 160, note 56.

durant son application et la dénonciation constitue une opération normale et ancrée dans la pratique, le droit français prévoit une négociation collective « *institutionnelle ou dynamique* » qui permet la modification de la convention durant son application par le biais de la procédure de révision¹.

635. En troisième lieu, la détermination des auteurs de la dénonciation ou des signataires des accords de révisions a permis de mettre en exergue une autre divergence fondamentale des deux droits relative à la nature de la convention collective. Dans ce cadre, l'hégémonie du principe majoritaire en Espagne contraste avec l'application des principes contractuels en France. L'exigence d'un minimum de coïncidence entre les signataires de la convention initiale et ceux de la nouvelle convention conduit, notamment en matière de révision, à de nombreuses difficultés et à une possible pétrification, reprenant la terminologie espagnole, de la convention collective. L'introduction par la loi du 20 août 2008 de la dénonciation majoritaire constitue peut être un premier pas vers un changement profond des règles jusqu'alors appliquées. Une telle transformation s'inscrirait dans le prolongement de l'esprit des nouvelles règles de représentativité et constituerait un rapprochement indéniable du droit espagnol.

SECTION II: Les règles de concurrence entre conventions collectives

636. En raison des libertés de négocier et de déterminer le champ d'application de la convention, les deux systèmes juridiques se voient confrontés à l'existence de deux ou plusieurs conventions collectives destinées à régir les mêmes conditions de travail.

Deux dimensions qui peuvent se combiner, sont alors avancées pour aborder les différentes modalités de relations entre conventions. Depuis un aspect procédural, la relation peut être hiérarchique ou autonome et depuis un aspect substantif ou

¹ Sur cette distinction, voir J. RIVERO LAMAS, « Modificación y revisión de los convenios colectivos », in *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, p. 71; S. GONZÁLEZ ORTEGA, « Concurrencia y sucesión de convenios y estructuras de la negociación colectiva », *REDT*, 1987, n° 30, p. 188.

fonctionnel, elle peut être articulée ou anomique¹. L'articulation peut alors s'effectuer au travers d'une répartition fonctionnelle² et/ou matérielle³ entre les différents niveaux.

Les possibles combinaisons conduisent dans tous les cas à distinguer les hypothèses de concours et les hypothèses de conflits entre conventions collectives. Si le concours apparaît dès lors que deux conventions se rencontrent ou se superposent⁴ et peut aboutir à l'application cumulative des plusieurs conventions⁵, le conflit implique deux aspects supplémentaires relatifs à l'incompatibilité des deux normes⁶ et à la nécessaire élection d'une norme applicable⁷. En cas de conflits, plusieurs options sont alors envisageables. Peut s'appliquer ou bien, la disposition ou convention plus favorable aux salariés, ou bien, la disposition ou convention plus récente (principe de la *lex posterior*), ou bien, la disposition ou convention antérieure (principe de *lex prior*), ou bien enfin, la disposition ou convention spéciale⁸.

637. Les dispositifs législatifs français et espagnol n'ont pas adopté la même position ne poursuivant pas initialement les mêmes objectifs.

En France, tout en admettant l'absence de hiérarchie entre niveaux de négociations, le dispositif légal aboutit toutefois à permettre à la convention de cadre le plus large de s'appliquer de manière préférentielle. En effet, les conventions de cadre plus réduit ne peuvent recevoir application qu'à condition de ne pas s'avérer moins favorables pour les salariés. Le principe de faveur réapparaît et permet de détecter une répartition fonctionnelle entre les différents niveaux⁹. Il coïncide par ailleurs avec la conception française du droit des salariés à la négociation collective. Le caractère

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 409. L'auteur précise que le plus souvent se combinent les modèles, d'une part, hiérarchique et articulé et, d'autre part, autonome et anomique.

² La répartition fonctionnelle permet l'application de plusieurs conventions dont les fonctions varient selon les niveaux permettant ainsi leur articulation (M.L. MORIN op cit., p. 586).

³ La répartition matérielle permet l'application de plusieurs conventions articulées au travers d'« un partage « propre », sans collision ni friction des matières ou des aspects normatifs réglés dans l'une ou l'autre » (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 49).

⁴ M. DESPAX, op. cit., 1989, n° 225.

⁵ Le Professeur ALIPRANTIS souligne dès 1987 que « les concours de conventions collectives ne signifient pas nécessairement conflit entre elles. Il se peut-il est même fréquent- que les diverses dispositions conventionnelles portent sur des objets différents ou sur des objets qui ne sont pas incompatibles entre eux. Dans de tels cas toutes les conventions collectives en concours seront appliquées de manière cumulative » (loc. cit., p. 11).

⁶ Peuvent alors se distinguer deux types de conflits, les conflits de compétence et les conflits de réglementation (N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 21).

⁷ En d'autres termes, si le conflit présuppose le concours l'inverse n'est pas vrai.

⁸ N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 7 et p. 23 s.

⁹ Dans ce sens, le principe de faveur permet d'aborder les rapports entre les différentes sources « en terme d'articulation et non d'exclusion » (A. JEAMMAUD, loc. cit., 1999, p. 115).

dispositif des règles légales a fait l'objet de nombreuses interrogations. Il conviendra d'admettre que dans le cadre légal en vigueur, il semblait difficile pour les négociateurs de s'écarter du principe de faveur. Dans tous les cas, ce dernier impliquait de d'identifier les méthodes de comparaison.

Le droit espagnol a opté dès l'entrée en vigueur de l'ET-80, pour établir une règle favorisant la stabilité de la norme conventionnelle au travers du principe *prior in tempore*. Aucune répartition fonctionnelle ou matérielle n'est opérée. Néanmoins, ce dispositif légal est dispositif et les interlocuteurs sociaux peuvent le mettre à l'écart. Dès lors, toutes les hypothèses sont envisageables. Force sera cependant de constater que le principe *prior en tempore* s'est majoritairement appliqué dans la pratique. Dans tous les cas, la capacité des interlocuteurs sociaux de se saisir de la structure de la négociation collective coïncidence parfaitement avec la reconnaissance et la place de l'autonomie collective en Espagne.

Abordons donc dès maintenant et de manière plus approfondie les options retenues dans les deux droits.

§ 1: La traditionnelle application de la règle du plus favorable en France

638. L'articulation entre conventions collectives de cadre distinct est, depuis la reconnaissance et la consécration de l'accord d'entreprise, une matière extrêmement délicate à cerner en raison de l'ambiguïté du dispositif légal. Les propos qui suivent se restreignent à l'analyse du droit antérieurement aux réformes initiées à partir de 2004¹. Nous verrons alors que, de manière comparable aux développements relatifs aux relations loi-convention, il est possible d'admettre que le mécanisme de l'application du plus favorable, comme émanation du principe de faveur au moment applicatif, a traditionnellement régi les rapports entre conventions collectives de cadre distinct². Reste alors à en déterminer le fondement.

L'utilisation de ce mécanisme de résolutions des conflits engendre, on le sait, de nombreuses difficultés de mise en œuvre, notamment en ce qui concerne la définition de la méthode de comparaison. En matière de conflits entre conventions collectives, quand bien même la méthode analytique reste largement appliquée, force est de constater que

¹ Sur ces réformes, voir *infra*, n° 693 s.

² Un auteur affirme ainsi que le principe de faveur « consiste à soumettre à l'effet impératif non seulement les rapports des employeurs et de leurs salariés, mais aussi les rapports des agents de la négociation entre eux » (Y. CHALARON, *loc. cit.*, 1989, p. 252).

les juges ont néanmoins pu recourir à une méthode d'appréciation globale dans des hypothèses déterminées.

Un dernier aspect doit, enfin, être abordé. Il se réfère à la prise en compte de la diversité des accords issus d'un processus de négociation qui, ne respectant pas les dispositions légales, ne peuvent être qualifiés d'accords ou conventions collectives. Revêtant sans nul doute une dimension collective, il conviendra dès lors de définir leurs relations avec les conventions et accords collectifs. Là encore, sans préjudice de la particulière nature juridique que la jurisprudence a reconnu à ces accords, nous observerons que le mécanisme de l'application du plus favorable est mis en œuvre.

A. Le fondement du mécanisme de l'application du plus favorable

639. Les relations entre conventions collectives de niveaux différents sont explicitement régies par deux dispositions du Code du travail. Alors que l'une se réfère aux relations entre conventions ou accords collectifs extérieurs à l'entreprise, l'autre contemple les relations entre conventions ou accords d'entreprise et conventions ou accords extérieurs à l'entreprise. Chacune d'elle envisage par ailleurs la dimension temporelle de ces relations selon que la convention de cadre plus réduit est antérieure ou postérieure à la convention de cadre plus large.

Il ressort de ces dispositions une forte ambiguïté. En effet, plusieurs notions sont énoncées sans éléments de définition. Dans ce sens, lorsque la convention de cadre plus réduit intervient postérieurement à l'accord de cadre plus large, elle peut prévoir des dispositions plus favorables mais également adapter les dispositions de la branche. Lorsque la convention de cadre plus large intervient postérieurement à l'accord de cadre plus réduit, le code du travail prévoit que ce dernier s'adapte au nouveau cadre conventionnel.

En guise d'avertissement, il est opportun de reprendre les propos de M.L. MORIN, selon lesquels les relations entre conventions représentent une matière dans laquelle s'avère difficile l'extraction « *de solutions juridiques assurées* » et prédomine « *des options de fond pour faire prévaloir telle ou telle solution, notamment sur*

l'existence d'une hiérarchie des accords et sur la portée générale du principe de faveur »¹.

Dans ce cadre, nous aborderons deux points. En premier lieu, nous nous attacherons aux controverses doctrinales relatives au fondement du principe de faveur et au sens de la notion d'adaptation. En deuxième lieu, il conviendra d'aborder deux aspects qui permettront de conforter l'hypothèse formulée antérieurement. Il s'agit de l'impérativité des règles légales qui empêche les parties à la négociation d'en disposer et de l'existence de dispositions légales permettant aux conventions de cadre plus réduit de déroger aux conventions de cadre plus large.

1. L'hégémonique principe de faveur

640. Revenant à la distinction opérée par le Code du travail, il ressort de l'ancien article L. 132-13 al. 1 CT (devenu L. 2252-1 al. 1) qui contemple les relations entre conventions ou accords collectifs extérieurs à l'entreprise, qu' *« une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large »*. L'alinéa 2 énonce que *« s'il vient à être conclu une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu, les parties adaptent celles des clauses de leur convention ou accord antérieur qui seraient moins favorables aux salariés »*.

Lorsqu'il s'agit des rapports entre une convention ou accord collectif d'entreprise et une convention ou accord extérieur à l'entreprise, l'ancien article L.132-23 al.1 CT (devenu L. 2253-1) dispose que les conventions ou les accords d'entreprise ou d'établissements peuvent *« comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés »*. Ils peuvent également *« adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés »*. L'alinéa 2 prévoit que les dispositions des conventions ou

¹ M.L. MORIN, loc. cit., 1996, p. 12. Une autre auteure souligne que le dispositif légal dessine un système *« complexe et ambivalent »* (M.A. SOURIAU, « Autonomie de la négociation d'entreprise », in *Convention collective de branche : déclin ou renouveau ?*, Paris, Cereq, 1993, Etude n° 65, p. 183).

accords d'entreprises « *sont adaptées en conséquence* » si est conclue postérieurement une convention de cadre plus large (devenu art. L. 2253-2).

641. Les références légales au plus favorable ont logiquement conduit à admettre que la détermination de la convention collective applicable se réalise au travers de l'application du plus favorable¹.

Le recours à ce mécanisme a néanmoins suscité une controverse doctrinale importante relative à son fondement et à sa mise en œuvre. Les fondements invoqués divergent selon qu'est admise ou non l'existence d'une hiérarchie entre les accords de différents niveaux.

Il est tout d'abord possible de penser que la liberté de négocier et de conclure à chaque niveau de négociation exclut l'existence d'une hiérarchie des niveaux de négociation. L'autonomie et la liberté des différents niveaux de négociation doivent conduire à rejeter l'existence d'une « *hiérarchie structurelle* » dans laquelle les accords seraient subordonnés entre eux². Le système français retient donc « *une conception pluraliste des niveaux de négociation* »³. L'article L. 135-2 CT évoqué en matière de relations conventions-contrats de travail, constitue le fondement du principe de l'application du plus favorable qui, comme principe autonome, permet de résoudre les problèmes applicatifs⁴. On constate un mélange d'absence de hiérarchie et l'existence

¹ Dans tous les cas, il est important de souligner qu'en vertu du principe de faveur, une convention de cadre supérieur ne peut interdire la négociation à des niveaux inférieurs qui peuvent toujours intervenir afin d'améliorer les droits et les avantages des salariés. Pour le Professeur RODIERE, la possibilité d'obtenir des dérogations favorables constitue un droit d'ordre public qui n'est pas à la disposition des négociateurs : c'est l'ordre public social conventionnel (« Pour une autorité mesurée de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise », *SSL*, 2002, n° 1084, p. 15). Il est donc impossible de conclure des conventions de branche dite « parfaites » qui, se proclamant autosuffisante, empêchent toute négociation au niveau inférieur (S. FROSSARD, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.*, 2000, p. 619). Cette interdiction contredirait par ailleurs les obligations légales de négocier sur certaines matières.

² N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 28 pour qui « *c'est la liberté syndicale qui est le fondement ultime du principe de l'indépendance de chaque niveau de négociation* » (loc. cit., 1987, p. 21). Dans le même sens, une auteure écrit que « *les conventions conclues à différents niveaux sont, en leur teneur, juridiquement égales, en raison de l'autonomie contractuelle de tous les agents de la négociation* » (H. TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. Soc.*, 1997, p. 1045).

³ M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, loc. cit., *Cereq*, 1993, p. 183.

⁴ Anc. art. L.135-2 CT (devenu L. 2254-1) : « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ».

Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 250. Contre, voir Ph. LANGLOIS, loc. cit., 1994, p. 26.

d'une hiérarchie relative matérialisée par le mécanisme de résolution du conflit retenu. Une auteure évoque alors une hiérarchie « *souple* » régie par le principe de faveur¹.

Un deuxième courant doctrinal, tout en reconnaissant l'absence de hiérarchie d'un point de vue matériel ou structurel, admet toutefois que, du point de vue formel, une hiérarchie entre les accords collectifs et notamment en présence d'un accord d'entreprise, peut être admise. Dans ce cadre, « *si juridiquement on peut soutenir l'existence d'une hiérarchie des accords, il est beaucoup plus difficile d'admettre l'existence d'une hiérarchie des négociations elles-mêmes* »². Les rapports entre conventions et accords collectifs sont ici régis par une hiérarchie fonctionnelle qui « *prend sa source dans l'autonomie de principe des niveaux de négociations* »³. Cette hiérarchisation permet d'identifier trois fonctions de l'accord ou de la convention d'entreprise par rapport à l'accord ou la convention extérieure à l'entreprise. Parmi ces trois fonctions⁴, la fonction d'amélioration permet d'appréhender l'utilisation du mécanisme du plus favorable.

Une troisième position doctrinale consiste à estimer que le principe de hiérarchie commande l'articulation entre conventions collectives. Certains auteurs se réfèrent alors au caractère impératif de la convention collective de cadre le plus large reconnu à l'article L. 135-2 CT (devenu L. 2254-1) qui prévoit que les conventions « *s'appliquent* » aux employeurs et salariés compris dans son champ d'application⁵.

D'autres auteurs renvoient à l'obligation d'adaptation imposée aux conventions de cadre plus réduit suite à l'entrée en vigueur d'une convention collective de cadre plus large⁶.

Enfin, un secteur de la doctrine considère que le principe de hiérarchie apparaît directement aux anciens articles L. 132-13 et L. 132-23 CT et se conjugue alors au moment applicatif avec le principe de faveur⁷.

¹ H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1045.

² M.L. MORIN, loc. cit., CNRS, 2000, p. 91, pour qui « *l'accord d'entreprise n'est pas le prolongement de l'accord de branche. Il a son autonomie propre* » (op. cit., p. 573).

³ M.L. MORIN, op. cit., p. 573

⁴ Sont distinguées la fonction d'adaptation (voir infra, n° 643) et la fonction d'innovation. Cette dernière qui suppose la capacité de traiter des points non-abordés dans des conventions de cadre plus large, ne pose pas de difficultés particulières ne produisant pas de conflits (M.L. MORIN, op. cit., p. 574 ; H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1049).

⁵ G. COUTURIER, op. cit., n° 201-2 ; M.A. SOURIAU, op. cit., p. 1476.

⁶ Ph. LANGLOIS, loc. cit., 1994, p. 28 ; Sur ces obligations, voir infra, n° 694, 696.

⁷ M. DUPLAT, « Cumul ou non cumul des jours de congés annuels et des jours de réduction du temps de travail en cas de concours de conventions collectives ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 40. Le principe de hiérarchie « *est justifié par les intérêts économiques et sociaux qui s'attachent à l'unité des statuts applicables, à l'intérieur d'une collectivité professionnelle, à toutes les collectivités particulières qui la composent* ».

642. Il ressort sans nul doute de ces articles que la loi se réfère au moment élaboratif prévoyant que les conventions « *peuvent comporter* » des dispositions plus favorables¹. Le principe de faveur est donc explicitement envisagé par la loi au moment créatif. Dès lors, la mise en place du principe de l'application de la norme la plus favorable aux salariés, nulle part légalement proclamé, constitue une conséquence, au moment applicatif, de la partialité des dispositions légales². Force est de constater que le mécanisme rappelle fortement celui de l'ordre public social abordé lors de l'analyse des relations loi-convention³. Dans ce sens, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler l'existence du mécanisme de l'application du plus favorable et s'est fondée sur l'ancien article L. 132.13 CT afin d'appliquer l'accord de branche national plus favorable au détriment de son avenant local⁴.

643. Dans ce cadre pacifié, la notion d'adaptation, envisagée pour l'accord ou la convention d'entreprise vis-à-vis d'accords de cadre plus large, pose certaines difficultés⁵. Le principe de négocier dans l'entreprise reconnu par la loi de 1971 et consacré par la loi de 1982, notamment au travers des obligations de négocier⁶, a indubitablement favorisé le développement de ce niveau de négociation⁷. Dans ce cadre, la définition de la faculté d'adaptation reconnue à l'entreprise représentait une question centrale. Doit-elle s'apprécier par rapport au principe de faveur ou possède-t-elle une autonomie propre écartant la mise en œuvre de ce principe ?

Ph. LANGLOIS, loc. cit., 1994, p. 28, affirme dans le même sens que « *l'intérêt général peut exiger que soit favorisée la négociation collective au rayonnement le plus large destinée à bénéficier au plus grand nombre de salariés* »

¹ La majorité de la doctrine considère toutefois ces articles comme des mécanismes de solutions au moment applicatif.

² Nous considérons que le principe de faveur se réfère à un processus composé d'une première étape relative à la capacité d'adopter des dispositions plus favorables que la règle hiérarchiquement supérieure, et d'une deuxième étape relative à l'application effective de ces dispositions plus favorables (voir supra, n° 380).

³ Une différence notable apparaît quant à la sanction envisagée. Alors que la violation de l'ordre public social entraîne la nullité, une disposition conventionnelle contraire aux articles L. 132-13 et L. 132-23 CT sera uniquement inappliquée et continuera d'exister dans l'ordre juridique. Inconstamment, cette affirmation conduit à nuancer l'existence d'une hiérarchie entre conventions collectives.

⁴ Cass. Soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 852, obs. J. SAVATIER.

⁵ Celle-ci doit se distinguer de l'obligation d'adaptation (voir infra, n° 694, 696).

⁶ Dès l'entrée en vigueur de la loi de 1982, la doctrine s'était demandée si « *à court ou moyen termes, l'obligation de négocier n'aura pas ainsi pour effet de changer fondamentalement les rôles respectifs de la branche et de l'entreprise dans la négociation collective* » (R. SOUBIE, loc. cit., 1983, p. 60).

⁷ Sur ces différentes lois, voir supra, n° 42.

Traditionnellement l'adaptation se réfère à la capacité des accords d'entreprise de compléter ou de définir les modalités concrètes d'application des dispositions des conventions supérieures¹. La convention ou l'accord d'entreprise peut moduler les dispositions de la convention de niveau plus élevé à ses propres besoins.

Une interprétation large qui admet que la convention d'entreprise puisse établir des conditions différentes à la convention plus large, remettrait en cause le schéma antérieur et conduirait à mettre à l'écart le principe de faveur. Cette solution a été envisagée par la doctrine dans les situations dans lesquelles le principe de faveur ne peut s'appliquer car il s'agit de comparer des clauses différentes, spécialement relatives à des conditions de travail qualitatives². On retrouve cette problématique en droit espagnol quant aux relations entre la convention collective et le contrat de travail, notamment en matière de temps de travail³.

Dès lors, nous considérons que la notion d'adaptation suppose une subordination intellectuelle de l'accord d'entreprise à l'accord de branche qui doit être respecté dans sa substance et son équilibre. La clause adaptée doit être conforme ou au moins équivalente à l'accord de branche⁴. La faculté d'adaptation doit se déployer dans le respect du principe de faveur auquel elle ne peut se soustraire⁵. Elle permet, en définitive, d'envisager une relation de complémentarité entre niveaux de négociation⁶.

644. En conclusion, il est possible d'affirmer qu'au moment élaboratif, le caractère impératif relatif de la norme conventionnelle plus large fait entrer en jeu le mécanisme de l'application du plus favorable au moment applicatif, conformément au principe de faveur. Cette logique est incontestablement prévue par la loi qui marque le tempo au moment créatif au travers des anciens articles L. 132-13 et L. 132-23 CT. Cette position se voit de plus confortée par les réticences à admettre que la convention

¹ « *L'adaptation peut avoir pour objet de compléter l'accord large, mais aussi d'en préciser les modalités d'application en tenant compte de la spécificité de la situation de la collectivité particulière* » M.L. MORIN, op. cit., p. 577.

² M.L. MORIN, op. cit., p. 578. Or, seule la hiérarchie des conventions peut donner un principe de solution quand le principe de faveur s'avère difficilement applicable.

³ Voir supra, n° 542.

⁴ M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, op. cit., p. 1329 s.

⁵ H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1049.

⁶ Le Professeur DESPAX soulignait qu'en raison de la place du principe de faveur, cette complémentarité était « *tout entière orientée vers l'amélioration de la condition des salariés* » même si certains aspects telles que les facultés de dérogations, permettaient également de parler de concurrence (« La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. Soc.*, 1988, p. 10). L'idée de complémentarité avait été soulignée très tôt par la doctrine (G. BELIER, « Le double niveau de négociation une chance pour la politique contractuelle », *Dr. soc.*, 1983, p. 74).

de branche puisse disposer de son efficacité impérative, permettant ainsi à la convention de cadre inférieur de se libérer du principe de faveur.

2. La supplétivité de la branche soumise à l'existence de dispositions légales expresses

645. Dans le cadre légal exposé plus haut, la convention ou l'accord d'entreprise possède une marge de manœuvre fortement réduite en raison de l'hégémonie application du principe de faveur. La multiplication des fonctions de la négociation collective et la transformation de la convention collective en instrument de gestion de l'entreprise ont largement favorisé l'essor de positions favorables à l'émancipation de l'accord d'entreprise en marge du principe de faveur. La mise à l'écart du principe de faveur implique alors la réduction de l'impérativité de la convention collective de cadre plus large. La notion de supplétivité va alors, de manière comparable aux relations entre la loi et la convention, se mélanger à celle de dérogation et aboutir à la mise à l'écart du principe de faveur en raison de l'absence de conflit.

Les débats ont alors porté sur la source de droit compétente pour procéder à cette réduction.

646. La majorité de la doctrine estime que l'effet impératif de l'accord de branche est d'ordre public et que seule la loi peut en disposer¹. Plusieurs fondements ont été avancés.

Pour certains, l'effet impératif de l'accord de branche est prévu à l'article L. 2254-1 CT qui ne peut être mis à l'écart par les parties à la négociation². S'attachant à la signification de « l'effet impératif » des conventions qui peut traduire la volonté du

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 1985, p. 808.

² Cet article reconnaît fondamentalement l'effet impératif de la convention collective sur le contrat de travail. Son emplacement sous le titre « *rappports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail* » renforce incontestablement cette idée. Dès lors, il est logique d'affirmer qu'« *en principe, l'effet impératif de la convention ne vise que ses rapports avec les contrats de travail* » (H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1048). Cependant, cet article pourrait également jouer pour les négociations d'entreprise. Pour un auteur, ce dernier permet de dégager un principe général de solutions des concours (Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 243). Pour d'autres, l'employeur membre d'un groupement signataire d'une convention de branche « *est lié* » par celle-ci. Les dispositions de la convention sont donc impératives et l'employeur ne peut pas en disposer, le salarié peut dès lors se prévaloir, comme en dispose l'article, de la disposition plus favorable (G. BORENFREUND, loc. cit., 1990, p. 627 et T. KATZ, op. cit., p. 271).

M.A. SOURIAC-ROTSCHILD qui se fonde sur L. 135-2 « *la convention collective s'applique, sauf dispositions plus favorables* » et également sur L. 132-24 qui autorise l'accord d'entreprise à déroger en matière de salaire à l'accord de branche, ce qui démontre le caractère général de l'impérativité de l'accord de branche et la compétence exclusive du législateur quant à l'établissement de ces dérogations (op. cit., p. 1344 s.).

législateur ou celle des signataires de l'accord¹, ces auteurs soutiennent que l'esprit du droit français dans lequel le concept d'autonomie collective ne s'est construit que sous et par l'égide du principe de faveur², semble apporter plus de poids à la conception de « l'effet impératif » comme volonté du législateur. Dès lors, l'effet impératif est d'ordre public et les négociateurs ne peuvent en disposer³.

D'autres se réfèrent au principe de l'application de la disposition plus favorable, qualifié de principe fondamental au sens de l'article 34 CF et de principe général du droit du travail par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat respectivement. Dès lors, son application n'est pas à la disposition des parties à la négociation⁴. Seule la loi peut le remettre en cause⁵. Dans ce sens, des arguments de texte peuvent également être avancés. La loi Auroux du 13 novembre 1982 permettait à un accord d'entreprise de contenir des modalités particulières d'application de majorations de salaires à certains travailleurs⁶. Le domaine de temps de travail était également concerné⁷. Ces prévisions dérogatoires confortent également l'idée de hiérarchisation des niveaux de négociation⁸. Dans tous les cas, elles reconnaissent implicitement comme règle générale, l'impérativité de la convention de branche⁹. Les facultés de dérogation qui supposent l'adoption de dispositions différentes, ouvertes par la loi à la convention d'entreprise vis-à-vis de l'accord de branche, constituent en définitive des exceptions à l'impérativité relative de l'accord de branche.

En marge de cette interprétation majoritaire, un courant doctrinal a très tôt admis que les parties à la convention de cadre plus large peuvent décider de lui attribuer un caractère supplétif. Dans cette hypothèse, la convention ne s'applique qu'à défaut de

¹ H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1047.

² A. SUPIOT, op. cit., 2007, p. 138 ; voir supra, n° 59, 381.

³ N. ALIPRANTIS, op. cit., p. 272.

⁴ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1999, p. 124.

⁵ H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1045 ; F. BOCQUILLON, loc. cit., 2001, p. 259 ; M.A. SOURIAC-ROTSCHILD, op. cit., p. 1474 s.

⁶ Art. L. 2253-4 CT (anc. art. L. 132-24 CT) : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 2253-3, les clauses salariales d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise. Toutefois, d'une part, l'augmentation de la masse salariale totale doit être au moins égale à l'augmentation qui résulterait de l'application des majorations accordées par les conventions ou accords précités pour les salariés concernés, d'autre part, les salaires minima hiérarchiques doivent être respectés ». L'exigence de respect des salaires minima hiérarchiques et de l'augmentation de la masse salariale totale, démontre le maintien d'une certaine impérativité de la branche, caractéristique de la dérogation.

⁷ Pour approfondir, M. MINE, *Droit du temps de travail*, Paris, LGDJ, 2004, p. 82.

⁸ Pour approfondir sur ces accords dérogatoires, voir supra, n° 412.

⁹ M. A. SOURIAC-ROTSCHILD, op. cit., p. 1477 ; F. GAUDU, « L'exécution de la convention d'entreprise », *Dr. Soc.*, 1990, p. 613.

convention ou accord d'entreprise portant sur le même objet. Le Professeur RODIERE estime que « *puisque les partenaires sociaux ne sont pas tenus de conclure, puisqu'ils peuvent ne pas exercer du tout leur pouvoir normatif, on voit difficilement comment on pourrait leur dénier le droit de l'exercer à moitié seulement en adoptant des normes n'ayant qu'une portée supplétive* »¹. Il revient ainsi aux négociateurs de décider de l'impérative de l'accord en vertu de leur liberté contractuelle et de leur autonomie normative². Pour le Professeur DESPAX, cette capacité des négociateurs de branche d'organiser l'exercice du droit à la négociation collective ne porte pas atteinte au droit en tant que tel et peut donc admise³. Les négociateurs de branche se convertissent en véritable législateurs dans l'ordre socioprofessionnel⁴. L'accord est conclu dans l'intérêt collectif des partenaires de la branche qui peuvent donc estimer les options qui leur paraissent les plus conformes à la situation de la branche⁵.

647. Dans le même sens, les interlocuteurs sociaux ont adopté deux textes fondamentaux revendiquant la capacité des négociateurs de branche de disposer de l'efficacité de l'accord.

Reprenant les propos du Professeur RAY, l'Accord National Interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995⁶ (ANI 95) a constitué « *le point de départ de la vaste redistribution des cartes à laquelle on assiste aujourd'hui* »⁷.

Dans le modèle proposé qui visait à « *assurer l'autonomie du système conventionnel* »⁸, le niveau de négociation sectoriel remplit deux fonctions : d'une part, il continue de jouer sa fonction normative classique correspondant à son rôle

¹ P. RODIERE, « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée », *Dr. soc.*, 1982, p. 715. Voir également, P. DURAND, *Traité de droit du travail, tome III*, Paris, Dalloz, 1956, p. 588.

² P. RODIERE, loc. cit., 2002, p. 17. L'auteur souligne ainsi que le principe de faveur ne joue que lorsque la norme générale est impérative. Il estime cependant que doivent être prévus des garde-fous, notamment des limites légales et une interprétation de la notion d'adaptation conforme à l'esprit de la loi, donc relativement restrictive (p. 20).

³ M. DESPAX, loc. cit., *Dr. Soc.*, 1988, p. 13.

⁴ G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 206 s.

⁵ Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 273. Relativisant sa position, « Négociation, conventions et accords collectifs, Qualification et nature juridique », *Jurisclasseur Travail Traité*, 2000, fsc. 1-36, n° 54.

⁶ ANI du 31 octobre 1995, *Liaisons sociales*, 9 nov. 1995, n° 7354. Cet accord a été signé le même jour que l'accord interprofessionnel sur l'emploi qui constitue également un pacte très important (voir « Négociation collective et emploi : de l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », *Dr. Soc.*, n° spécial, Avril, 1998, p. 311 s. et F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 1996, p. 21.

⁷ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. soc.*, 2008, p. 15.

L'accord se fonde sur une conception classique de la structure de la négociation en ne retenant que trois niveaux de négociations : l'interprofessionnel, la branche et l'entreprise.

⁸ H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1046. Cet accord formule clairement son objectif : « *développer la pratique contractuelle à tous les niveaux pour se réapproprier la conduite de la politique sociale* ».

traditionnel de *loi de la profession*¹. D'autre part, et ici apparaît la principale nouveauté, la convention de branche se voit attribuer une fonction d'encadrement de la négociation collective d'entreprise².

Pour ce qui nous intéresse³, cet accord propose d'établir un nouveau mécanisme d'articulation entre la convention de branche et la convention d'entreprise. La volonté clairement exprimée par les négociateurs de l'ANI est de favoriser l'augmentation des « *marges d'adaptation et d'initiative* » de la négociation dans l'entreprise⁴. Dans le cadre proposé, l'accord énonce que la convention de branche s'applique « *dans les entreprises où la négociation collective ne peut aboutir, sans que ses dispositions s'imposent aux entreprises dans lesquelles la négociation collective est possible et aboutit* ». Elle garantit donc une régulation de substitution en cas de carence de la négociation d'entreprise⁵. L'option choisie par les signataires est de permettre à la convention de branche de se déclarer en partie supplétive laissant à la convention d'entreprise une certaine marge d'autonomie et d'adaptation. En effet, « *la supplétivité n'est pas totale puisque l'accord de branche peut fixer des limites à la négociation d'entreprise* »⁶. La supplétivité se déplace alors vers la notion de dérogation qui permet d'envisager le maintien d'une certaine impérativité de la disposition mise à l'écart.

Le modèle de structure dessiné par l'ANI dans lequel le rôle de la branche apparaît ambigu et paradoxal, n'était sans nul doute pas conforme au cadre légal en vigueur⁷. Ces dispositions n'ont pas fait l'objet de transposition légale laissant en

¹ Dans ce cadre, elle portera sur les matières qui « *échappent, en quelque sorte par nature, à la négociation d'entreprise* » comme la formation professionnelle, l'établissement des grilles de classification professionnelle et la fixation des salaires minimums (B. SILHOL, « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 932). On retrouve ici la relation traditionnelle dans laquelle l'accord d'entreprise peut prévoir des dispositions nouvelles ou plus favorables et adapter les dispositions sectorielles.

² M.L. MORIN affirma alors que « *la négociation de branche, pivot de notre système de négociation collective, voit ainsi son rôle réaffirmé, élargi et transformé* », (loc. cit. 1996, p. 17).

³ Cette fonction d'encadrement se déploie également par l'élaboration de règles procédurales relatives au déroulement de la négociation au sein des entreprises (voir infra, n° 701).

⁴ Conscients des contraintes économiques techniques et d'organisation spécifiques à l'entreprise, les négociateurs de l'ANI voient dans l'accord d'entreprise un « *moyen efficace sur le plan économique et social* » d'obtenir « *la conclusion de compromis globaux entre les besoins de compétitivité des entreprises et les besoins de ses salariés* ».

⁵ Ce dispositif permet ainsi l'existence d'un statut homogénéisé au sein d'une même branche et la protection des salariés dans les petites entreprises dépourvues de présence syndicale.

⁶ B. SILHOL, loc. cit., p. 932). Spécialement en matière de temps de travail, voir F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 1996, p. 21.

⁷ Pour les signataires, il s'agit d'une simple relecture du système juridique qui ne nécessite pas de modification législative. La notion d'adaptation permettrait de fonder ce nouveau mécanisme (G. COIN, loc. cit., p. 6). La doctrine majoritaire estima néanmoins que « *toute tentative d'application immédiate serait illicite et donnerait lieu à un contentieux en cascade* » (M. COHEN, « La réduction « négociée » des avantages des salariés », *Dr. soc.*, 1996, p. 18). La mise en application de l'accord appelle donc

suspens l'ensemble des interrogations qu'il a soulevé¹. Comme le souligna opportunément M.A. SOURIAC, même si le dispositif semblait contraire au droit en vigueur, « *les esprits s'accoutumaient à l'idée* »².

Postérieurement à l'ANI de 1995, la pratique conventionnelle a vu apparaître différents types de clauses visant à encadrer les procédures de négociation aux niveaux inférieurs, reprenant ainsi la logique exposée par cet accord. Leur efficacité semblait toutefois fortement mise en doute³.

Les revendications des interlocuteurs sociaux vont être réaffirmées à l'occasion de l'adoption le 16 juillet 2001 de la *Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective*⁴. Les signataires, tout en rappelant le rôle régulateur de la convention de branche⁵, affirment que les conventions de cadre plus large « *s'imposent en l'absence d'accord [de cadre plus réduit] portant sur le même objet* ». Le contenu de ce « *document politique* » poursuit le chemin emprunté par l'ANI de 1995 et impulsera la réforme de 2004⁶.

648. Quoi qu'il en soit, force est de constater que la jurisprudence semble considérer que l'accord de branche ne peut se déclarer supplétif, se référant à l'ancien article L. 132-23 CT « *qui met en œuvre le principe de faveur, principe fondamental du droit du travail* » auquel « *seul le législateur peut instituer des dérogations* »⁷.

649. En guise de conclusion, retenons que le dispositif français établi, par principe, un système pyramidal dans lequel l'accord d'entreprise doit être plus favorable

nécessairement une réforme législative (H. TISSANDIER, loc. cit. 1997, p. 1049 ; M.A. SOURIAC, « *Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ?* », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 91).

¹ Signalons que cet accord matérialise également la volonté des acteurs sociaux de voir se développer la négociation entre employeur et représentants élus du personnel. Les propositions en la matière contenues dans le deuxième volet seront, quant à elles, largement reprises par plusieurs dispositions légales (voir supra, n° 223).

² M.A. SOURIAC, loc. cit., 2005, p. 91.

³ S. FROSSARD, loc. cit., 2000, p. 618.

⁴ Voir supra, n° 222. Pour une analyse pertinente des positions patronales, voir G. LYON-CAEN, loc. cit., *Dr. ouv.*, 2001, p. 1.

⁵ Dans l'ANI 95, les interlocuteurs sociaux conviennent qu'« *il appartient à la branche de préciser les limites à l'intérieur desquelles peut se dérouler la négociation d'entreprise* ». Dans la Position commune de 2001, ils estiment que « *c'est l'accord de branche qui a la maîtrise du niveau d'ouverture qu'il donne à la négociation collective* ».

⁶ M.A. SOURIAC, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 589, pour qui la Position commune de 2001 a servi « *de source d'inspiration* » de la réforme législative opérée en 2004 (p. 579). Voir également supra, n° 222, 309. Sur le phénomène de loi négociée, voir supra, n° 387.

⁷ CA Paris du 24 sept. 2003, *D.*, 2004, somm. comm., p. 386, obs. T. KATZ, « *La supplétivité de l'accord collectif de branche : débats anciens et nouvelles perspectives* ».

pour les salariés que l'accord de branche régional, lui-même plus favorable que la convention nationale¹. L'option de recourir au mécanisme de l'application du plus favorable nous conduit alors à formuler plusieurs remarques relatives aux méthodes de comparaison retenues.

B. Les méthodes de comparaison

650. L'analyse de la méthode de comparaison retenue afin de déterminer la convention applicable, renvoie largement aux problématiques déjà traitées lors de l'analyse de la méthode de comparaison entre, d'une part, normes légales et normes conventionnelles et, d'autre part, dispositions contractuelles et normes conventionnelles². Elle conduit ainsi à revenir à la distinction entre la sphère matérielle et la sphère personnelle de la comparaison.

Une spécificité doit néanmoins être mise en exergue. En effet, l'existence de conventions en matière d'emploi constitue une brèche dans la position généralement adoptée et aboutit à comparer globalement deux textes conventionnels.

1. La comparaison semi-analytique par rapport à l'ensemble des salariés

651. En ce qui concerne la sphère matérielle de la comparaison, la jurisprudence a élaboré quelques règles d'application. Tout d'abord, la comparaison ne s'effectue ni globalement entre les deux conventions ni, de manière fine, entre deux clauses prévoyant des avantages précis et identiques. L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de 1988 déjà cité, a consolidé cette méthode en posant pour principe « *qu'en cas de concours de conventions collectives les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, seul pouvant être accordé le plus favorable d'entre eux* »³. Les juges retiennent ainsi une méthode de comparaison analytique tempérée et excluent le cumul d'avantages.

L'ambiguïté de la formulation a, on l'a vu antérieurement, permis aux juges de retenir une conception fine, avantage par avantage, lorsque le conflit apparaît entre une

¹ La doctrine semble unanimement admettre qu'« *en principe, la convention de branche constitue un plancher sur lequel pourra s'appuyer la convention d'entreprise* » (H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1045).

² Voir respectivement, n° 486 et 537.

³ Cass. Ass. Plén. 18 mars 1988, déjà cité.

convention et une norme légale. Peut-on alors admettre, a contra sensu, qu'une appréciation large, défavorable aux salariés, pourrait être retenue lorsque deux conventions collectives sont en conflits¹? Il semble que les juges demeurent exigeants. Réunie en Assemblée plénière, la Cour de cassation a récemment affirmé l'application de la comparaison semi-analytique, considérant que les jours de congés payés pour ancienneté et les jours de récupération résultant de l'application d'un accord de réduction du temps de travail constituent des avantages qui « *n'ont ni la même cause ni le même objet* » et doivent ainsi se cumuler².

En définitive, il semble possible d'admettre que les juges retiennent en principe la méthode de comparaison analytique tempérée prenant en compte lors de la comparaison les avantages ayant le même objet ou la même cause.

652. En ce qui concerne la sphère personnelle, selon une « *position constante de la jurisprudence* »³, « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux* »⁴. La doctrine souligna que cette position était une « *conséquence de la vocation des contrats à s'appliquer uniformément à toute une collectivité de personnel* »⁵. En effet, « *lorsque le litige porte sur la détermination d'une norme applicable à une entreprise en général, il paraît en effet logique de tenir compte de l'ensemble des salariés et non de certains d'entre eux : face à des enjeux collectifs, la méthode d'évaluation doit être également collective* »⁶. Néanmoins, la doctrine a évoqué un cas particulier dans lequel l'appréciation retenue doit s'effectuer par rapport aux intérêts individuels du salarié⁷.

¹ A. CHEVILLARD, loc. cit., 1993, p. 363 ; plus récemment, « Les conflits de normes », *SSL*, 2008, n° 1361, p. 25.

² Cass. Ass. Plén. 24 oct. 2008, *Dr. soc.*, 2009, p. 47. Dans son avis, le premier avocat général, M. DUPLAT soulignait qu'« *il est généralement admis qu'il convient d'entendre le terme « même objet » au sens de même contenu et celui de « même cause » au sens de même finalité* » (loc. cit., p. 44 ; voir également S. NADAL, « La résolution des conflits de conventions collectives », *RDT*, 2009, p. 114).

³ J. BARTHELEMY, loc. cit., 2001, p. 8.

⁴ Cass. Soc. 11 janv. 1962, déjà cité ; Cass. Soc. 17 oct. 1991, p. 452, J. BARTHELEMY, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.* 1992, p. 450 ; Cass. Soc. 23 fév. 2005, *TPS*, avril 2005, n° 120.

⁵ J. BARTHELEMY, obs. sous Cass. Soc. 17 janv. 1996, déjà cité.

⁶ C. RADE, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.*, 2000 (b), p. 382.

⁷ C. RADE, loc. cit., 2000 (b), p. 381. L'auteur évoque l'hypothèse d'un conflit individuel relatif à l'application à un seul salarié de deux normes collectives.

653. Au regard de l'ensemble de ces considérations, une ligne de force peut se dégager : la comparaison s'opère par la « *confrontation par groupes d'avantages se rapportant au même objet en recherchant le groupe le plus favorable à l'ensemble des salariés* »¹. Il apparaît toutefois que la détermination de la méthode de comparaison entre dispositions conventionnelles présente une certaine élasticité². En effet, l'appréciation des éléments en comparaison peut être variable selon les cas d'espèce. L'essor de la négociation de concessions et de la négociation en termes d'emploi a récemment permis au juge de réaffirmer les limites de cette variabilité.

2. La comparaison globale en présence d'une convention en matière d'emploi

654. L'évolution du contenu de la convention collective a logiquement suscité des discussions relatives à la détermination de la méthode de comparaison adéquate permettant de prendre en considération les nouveaux compromis conventionnels. L'essor de la négociation donnant-donnant a notamment abouti à la conclusion de conventions d'entreprise qui, en cas de difficultés économiques, réduisent les droits des salariés en contrepartie de garantir l'emploi. Dans ces hypothèses, la convention « *forme un tout* »³ qui trouve son équilibre dans sa totalité⁴. Dès lors, une comparaison par catégories d'avantages ayant la même cause ou la même finalité n'est pas satisfaisante.

L'arrêt *Géophysique* rendu par la Cour de cassation en 1997 a pris en compte cette considération et a abandonné la comparaison analytique pour appliquer une comparaison globale entre les deux textes conventionnels⁵. Déjà évoquée il y a trente ans, l'application de la méthode globale a été reçue avec enthousiasme par un secteur doctrinal qui s'empessa d'en appeler à une application plus large⁶. La majeure partie de la doctrine a toutefois fortement critiqué cet arrêt soulignant le « *caractère hasardeux et*

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1996, p. 401.

² Notamment quant à la détermination de l'avantage (M. DESPAX, loc. cit., *Dr. soc.*, 1988, p. 13).

³ G. BORENFREUND, loc. cit., 1990, p. 626 ; S. YANNAKOUROU, op. cit., p. 249.

⁴ Un auteur observe pertinemment « *qu'une telle négociation ne peut se concevoir que pour des avantages assurés dans le même cadre géographique et territorial et lorsque les parties ont entendu établir une indivisibilité entre des dispositions conventionnelles n'ayant pas le même objet* » (J. SAVATIER, note sous Cass. Soc. 8 juin 1999, déjà cité).

⁵ Cass. Soc. 19 fév. 1997, déjà cité. Selon la méthode de comparaison traditionnelle entre « *avantages ayant le même objet ou la même cause* », les juges auraient apprécié uniquement les dispositions relatives à l'attribution de primes et auraient déduit le caractère plus favorable de l'accord initial. Les juges, relevant que « *la suppression par l'accord collectif modificatif de la moitié de la prime semestrielle était compensée par une prime sur le résultat* » et prévoyait « *pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé* », ont considéré que « *cet accord modificatif est plus favorable aux salariés que l'accord initial* » (T. KATZ, op. cit., p. 265).

⁶ J.C. JAVILLIER, loc. cit., 1988, p. 81 ; voir également J. BARTHELEMY, loc. cit., 2001, p. 8.

contestable » de la comparaison globale¹. L'absence de critère objectif quantifiable, de base juridique, pour mesurer le caractère plus favorable est, il vrai, flagrante, laissant au juge une grande liberté d'appréciation subjective.

Ces critiques ont rencontré un large écho dans la jurisprudence. En 1999, la Cour de cassation apporta plusieurs précisions dans deux arrêts. Dans la première affaire, la Cour refusa d'employer la méthode de comparaison globale en présence d'accords silencieux en matière d'engagement de maintien des emplois². Dans la deuxième affaire, les juges, afin de résoudre un conflit entre une convention nationale de branche et un accord local relatif à la durée de la période d'essai, procédèrent à une comparaison analytique tempérée pour en conclure que celle prévoyant la durée d'essai la plus brève était la plus favorable aux salariés, sans tenir compte des avantages en matière de rémunération prévus par l'accord collectif prévoyant une période d'essai plus longue³. Cette solution semble donc bien ancrée dans la jurisprudence.

Le souhait formulé en 1998 par le Professeur CHALARON de voir « *l'endiguement souhaitable de la jurisprudence Compagnie générale de géophysique* »⁴ s'est ainsi concrétisé. Sauf dans l'hypothèse d'un accord prévoyant, en cas de difficultés économiques, le maintien de l'emploi en contrepartie de sacrifices des salariés⁵, la comparaison entre deux conventions continue de s'opérer par la méthode analytique tempérée.

Dans tous les cas, en accord avec un courant doctrinal⁶, le recours à la comparaison globale, même dans un cadre d'application restreint, demeure critiquable

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., 1997, p. 1069 ; S. FROSSARD, loc. cit., 2000, p. 626.

² Cass. Soc., 3 nov. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 1101, obs. Ph. WAQUET. La Cour de cassation considéra l'accord initial plus favorable au motif que la diminution de la prime prévue par l'accord de révision n'était pas compensée « *par un autre avantage consenti par l'employeur qui, notamment, n'avait pris aucun engagement de maintien de l'emploi au sein de l'entreprise* ». L'emploi de l'adverbe « *notamment* » avait suscité la crainte d'une partie de la doctrine qui soulignait que celui-ci ouvrait la porte à l'utilisation de la comparaison globale quand bien même les conventions en conflit n'envisageaient pas le thème de l'emploi (M.A. SOURIAC, G. BORENFREUND, loc. cit., 2001, p. 187).

³ Cass. Soc. 8 juin 1999, déjà cité.

⁴ CHALARON, loc. cit., 1998, p. 358, note 28.

⁵ En Espagne, la conclusion de conventions de concessions comportant un engagement de maintien des emplois reste une pratique inusuelle qui ne semble pas avoir pénétré les pratiques de la politique conventionnelle. Notons toutefois que récemment, les salariés d'un établissement de SEAT ont ratifié par référendum le gel de leur salaire pour une période de deux ans en contrepartie d'un engagement de maintien des emplois incluant la possibilité de création de nouveaux.

⁶ M. BOCQUILLON estima qu'« *il est pour le moins hasardeux d'opérer une appréciation du caractère avantageux d'une norme au regard de ses effets potentiels sur l'emploi. Il est ensuite audacieux d'opérer une comparaison globale des accords en concours quand on connaît la réalité incertaine des engagements conventionnels sur l'emploi* » (loc. cit., 2001, p. 255). Le Professeur COUTURIER estime quant à lui que « *ce changement de perspective était d'une certaine manière prévisible dans un droit du*

pour diverses raisons et ne doit pas apparaître comme une évidence¹. D'une part, l'assimilation d'une clause de maintien d'emploi a été considérée par la jurisprudence comme un avantage pour les salariés². Or la conception classique de l'avantage permet de douter de cette assimilation³. D'autre part, on sait que la convention peut traiter de domaines relatifs « *aux conditions d'emplois* » ce qui suppose logiquement leur existence préalable. Ne devrait-on pas alors restreindre la question de l'emploi aux modalités d'embauche ? Dans ce cadre, la négociation sur le maintien de l'emploi ne dépasserait-elle pas le champ des matières dont peut traiter la convention ? Ou, ne devrait-elle pas du moins être sujette à un régime particulier et clairement défini ?

Le droit positif semble donc restreindre (pour l'instant ?) la méthode globale de comparaison aux seuls accords d'entreprise en matière d'emploi.

On note par ailleurs que les propres négociateurs ont pris en compte la méthode de comparaison globale en déclarant l'accord en faveur de l'emploi, globalement plus favorable. Ces clauses qualifiées « *d'autoproclamation du caractère plus favorable* »⁴ impliquent une appréciation globale des textes qui rompt avec l'appréciation antérieure d'avantages « *ayant le même objet ou la même cause* »⁵. Elles conduisent de plus à permettre une appréciation subjective de la faveur à laquelle le juge devrait se référer⁶. Ce dernier point semble cependant justifier une certaine méfiance vis-à-vis de ce type

travail de plus en plus dominé par le "tout pour l'emploi". Il est cependant préoccupant dans la mesure où l'on introduit, dans une confusion essentielle au respect des droits des salariés, des effets positifs sur l'emploi dont on sait bien qu'ils ne peuvent être réellement garantis. Il n'y a rien de plus précaire que les engagements de maintien de l'emploi » (obs. sous Cass. Soc. 19 fév. 1997, déjà cité).

¹ En effet, la solution adoptée en France n'est pas l'unique alternative. A cet égard, la position allemande apporte un autre éclairage et démontre qu'une autre position est possible. En effet, le Tribunal Fédéral du Travail dans une décision du 20 avril 1999, évoquant la comparaison globale, a estimé qu'« *une telle comparaison de règles, dont les objets ne sont pas en relation thématique, est méthodologiquement impossible. [...]. Temps de travail ou rémunération d'un côté et garantie d'emploi de l'autre, sont objets de règles complètement différentes pour lesquelles il n'existe aucun critère d'évaluation commun. Ils ne peuvent donc pas être comparés les uns aux autres. Une garantie d'emploi n'est pas de nature à pouvoir justifier des altérations de la rémunération ou du temps de travail. Seule cette interprétation est conforme au but de la loi sur les conventions collectives qui est de garantir l'application des conventions collectives dans un sens protecteur du salarié* » (M. LE FRIANT, « La comparaison entre dispositions conventionnelles : la position de la Cour de cassation ne fait pas école Outre-Rhin », *Dr. soc.*, 1999, p. 904).

² Cass. Soc. 22 janv. 1998, déjà cité ou Cass. Soc. 13 avril 1999, déjà cité.

³ Dans le cadre de la question des avantages individuels acquis, N. ALIPRANTIS définit l'avantage comme « *une situation créée par une norme, plus agréable ou moins onéreuse pour les salariés que celle créée par une autre norme* ». Il en déduit alors que la norme la plus favorable est celle qui crée cette situation (op. cit., p. 57). Pour M. DESPAX, « *l'avantage est toute amélioration apportée au statut légal minimum* » (op. cit., 1989, n° 232).

⁴ Selon la terminologie de S. FROSSARD, loc. cit., 2000, p. 623.

⁵ T. KATZ, op. cit., p. 269. L'auteur évoque par ailleurs la « *face cachée* » de ce type de clauses qui permettent l'application préférentielle d'un accord ce qui revient à attribuer un caractère supplétif aux autres normes conventionnelles (sur cette question, voir supra, n° 645).

⁶ T. KATZ, op. cit., p. 270.

de clauses. Dès lors, il est totalement satisfaisant de laisser aux juges la faculté d'apprécier, dans tous les cas, la faveur sans être liés par la volonté des parties.

C. La coordination avec les autres produits de la négociation collective

655. L'analyse des règles régissant les rapports entre les conventions collectives de travail et les accords dénommés atypiques¹ appelle au préalable à définir la nature et le régime juridique de ces accords. Force sera alors de constater le caractère pacifique des solutions adoptées en droit français.

Bien que les conditions d'élaboration de la convention collective de travail sont en France plus souples que celles du dispositif espagnol, l'hétérogénéité et la vitalité de l'autonomie collective a conduit à l'existence d'accords conclus en marge de la loi² et spécialement en marge de toute intervention syndicale³. Caractérisés par un « *atypisme à géométrie variable* »⁴, les plus répandus sont ceux conclus par la délégation du personnel au sein du comité d'entreprise ou conclus directement avec le personnel⁵.

Ces accords atypiques « *ne sont pas vus avec une très grande faveur par la doctrine* »⁶ qui a proposé divers fondements juridiques leur permettant de déployer des effets dépassant le cercle des signataires⁷ et de justifier leur force obligatoire à l'égard des salariés⁸.

La Cour de cassation n'a pas prononcé leur nullité et leur a attribué certains effets de droit : les juges ont assimilé ces accords à un engagement unilatéral de

¹ J. SAVATIER, loc. cit. 1985, p. 188 ; R. VATINET, « La négociation au sein du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 675.

² Ils correspondent à tous les accords qui « *ne rentrent pas dans le cadre de la loi sur les conventions collectives qui prévoit que les conventions ou accords d'entreprise doivent être signés par des organisations syndicales représentatives de salariés* » (G. VACHET, « Les accords atypiques », *Dr. soc.*, 1990, p. 620).

³ Dans tous les cas, la négociation atypique qui a pour objet ou effet de porter atteinte au monopole syndical constitue un délit d'entrave (Cass. Crim. 18 nov. 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 409 déjà cité).

⁴ C. FREYRIA, loc. cit., p. 46

⁵ S. JULLIOT, loc. cit., 2005, p. 163. Citons aussi certains accords de fin de conflits conclus avec les comités de grèves (voir J.P. CHAUCHARD, « Les accords de fin de conflit », *Dr. soc.*, 1982, p. 678 ; M. MOREAU, « Les règlements de fin de conflit », *Dr. soc.*, 2001, p. 139 ; Cass. Soc. 2 déc. 1992, *Dr. soc.*, 1993, p. 192).

⁶ G. VACHET, loc. cit., 1990, p. 620.

⁷ R. De QUENAUDON, « Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise », in *Le Droit collectif du Travail, études en Hommage Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 266.

⁸ G. VACHET, loc. cit., 1990, p. 622. L'auteur évoque le mandat, la gestion d'affaires ou la stipulation pour autrui qui s'avèrent toutefois des notions « *impuissantes à justifier la force obligatoire des accords atypiques à l'égard des salariés* ».

l'employeur¹. Cette position jurisprudentielle, critiquée par la doctrine², permet de déterminer le régime juridique de ces accords³ et les conditions de ses relations avec les conventions collectives de travail. Sur ce dernier aspect, les accords atypiques ne peuvent pas déroger dans un sens moins favorable à une convention collective ou un accord collectif d'entreprise⁴. Par conséquent, les salariés se verront appliquer un accord atypique dans la seule hypothèse où celui-ci résulte plus favorable que les dispositions conventionnelles⁵. Ces accords ne peuvent pas par ailleurs créer des obligations à l'encontre des salariés n'ayant ni la valeur ni les effets d'un accord collectif de travail.

En définitive, l'application aux salariés d'une disposition d'un accord atypique reste conditionnée par son caractère plus favorable.

Conclusion § 1

656. Antérieurement aux réformes de 2004, tout en étant conscient des difficultés juridiques en la matière, l'option de fond à laquelle nous adhérons, reconnaît l'existence du principe de faveur matérialisé, au moment applicatif par le mécanisme de l'application de la norme la plus favorable. Cette position suppose par conséquent de reconnaître l'impérativité relative d'une norme conventionnelle considérée et donc d'admettre l'existence d'une relation hiérarchique entre conventions collectives. Cette hiérarchie doit être admise sans préjudice de la liberté de négocier à tous les niveaux.

¹ Cass. Soc. 7 janv. 1988, *Dr. soc.*, 1988, p. 44, Arrêt commenté par C. FREYRIA, loc. cit., p. 46. La Cour estime que « si l'accord avait été conclu en l'absence de toute section syndicale par le délégué du personnel et la direction de la société, il n'en constituait pas moins un engagement de l'employeur envers ses salariés ». Voir également Cass. Soc. 4 avril 1990, *Dr. soc.*, 1990, p. 803, note J. SAVATIER. Dans ce cadre, l'intérêt de l'accord atypique pour les salariés par rapport à l'engagement unilatéral réside principalement dans l'établissement de la preuve puisque l'accord atypique est un écrit (G. VACHET, loc. cit., 1990, p. 624). Pour approfondir la question, voir E. DOCKES, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227.

La notion d'engagement unilatéral de l'employeur est à plusieurs reprises utilisée, notamment en cas d'échec des négociations afin de qualifier les dernières propositions de l'employeur (voir supra, n° 50) ou d'accords de fin de conflit (voir note supra).

² G. VACHET, loc. cit., 1990, p. 624. En matière d'accord de fin de conflits, C. FREYRIA a estimé que « la thèse de l'engagement unilatéral n'a strictement rien à voir avec le problème des accords de fin de conflits. [...] Il est radicalement impossible de méconnaître le caractère synallagmatique des engagements pris » (loc. cit., p. 55).

³ Quant à la cessation de l'accord atypique, la jurisprudence applique alors les règles relatives à la dénonciation des usages d'entreprise (Cass. soc. 25 fév. 1989, *Bull. civ. V*, p. 192, n° 139). L'employeur doit informer les représentants du personnel, chaque salarié individuellement et respecter un délai de prévenance. Si sa cessation implique une modification qui porte sur des éléments essentiels des conditions de travail, le salarié est en droit de la refuser.

⁴ Cass. Soc. 13 juill. 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 879 ; Cass. Soc. 19 nov. 1997, déjà cité ; Cass. Soc. 26 oct. 1999, déjà cité.

⁵ Il doit en fait apporter une garantie ou un avantage aux salariés (Cass. Soc. 23 oct. 1991, *Bull. civ. V*, n° 433).

Cette considération réapparaîtra à plusieurs reprises dans le travail. Dans ce cadre, il est possible de considérer que la liberté de négocier ne peut, a priori, être affectée par une convention de cadre plus large. Si leur application simultanée pose des difficultés, il conviendra alors d'appliquer la norme plus favorable qui suppose l'aménagement d'une hiérarchie pourrait-on dire, a posteriori. Il ressort dès lors que la convention de branche occupe une place centrale dans la structure de la négociation collective et limite la négociation d'entreprise à une fonction essentiellement d'amélioration¹.

En définitive, ce schéma se montre relativement rigide et part de l'idée que les conventions de cadre plus large sont, par principe, impératives pour les conventions de cadre plus réduit. Les premières ouvertures de dérogation appuient, selon nous, ce raisonnement et visent justement à flexibiliser ce cadre en faveur des entreprises qui pourront, sur quelques matières légalement déterminées, s'émanciper de la convention de branche en marge du principe de faveur.

Les réformes de 2004 et 2008 vont alors transformer définitivement ce panorama attribuant à la négociation collective d'entreprise une sphère d'autonomie plus importante bien qu'à intensité variable.

§ 2 : La règle de non-affectation en droit espagnol

657. Alors que le droit français envisage le conflit de conventions comme un atout pour les salariés permettant l'application de la disposition plus favorable, le droit espagnol adopte une toute autre position. A ce stade du travail, notre analyse se bornera essentiellement au cadre légal prévu originellement par l'ET lors de son entrée en vigueur en 1980 jusqu'à la réforme réalisée par la loi de mai 1994². Dès la promulgation de l'ET, l'article 84 ET prévoit qu'« *une convention collective en vigueur ne pourra être affectée par les dispositions de conventions de champ d'application distinct [...]* »³. La loi établit la règle de non-affectation entre conventions collectives de champs d'application différents permettant à la convention déjà en vigueur de s'appliquer⁴. Elle aboutit ainsi à l'immunité ou l'intangibilité de la convention déjà applicable en vertu du principe *prior in tempore*. Le critère retenu est par conséquent chronologique. Dès lors,

¹ A. JOBERT, « Quelles dynamiques pour la négociation collective de branche », *Travail et emploi*, 2003, n° 95, p. 5.

² L'évolution du dispositif légal à partir de la réforme de 1994 fera l'objet d'une étude approfondie plus loin dans le travail (voir infra, n° 716 s.).

³ Il s'agit de l'article 84.1 ET depuis la réforme de 1994.

⁴ La doctrine parle de convention affectée et de convention affectante.

la règle de non-affectation aboutit incontestablement à écarter le principe de la norme la plus favorable prévu à l'article 3.3 ET¹. L'opinion majoritaire de la doctrine affirme que le principe de faveur ne gouverne pas les relations internes du système conventionnel espagnol². La jurisprudence s'est montrée catégorique en estimant que l'article 84 ET contenait un critère « *pour la détermination de la norme conventionnelle applicable aux hypothèses de concurrence entre conventions, celui de la priorité temporelle* »³. Celui-ci énonce par conséquent une « *règle de solution de conflits indépendante, autonome* »⁴ qui est mise en œuvre en marge de tout référence au principe de l'application du plus favorable.

658. Toutefois, l'article 84 ET prévoit dans le même temps que cette règle de non-affectation ne s'applique qu'à défaut de dispositions contraires en vertu de l'article 83.2 ET⁵. L'article 83.2 ET permet en effet à des négociateurs de niveaux déterminés de disposer de cette règle et d'organiser eux-mêmes la structure de la négociation collective. La loi poursuit une logique clairement définie. Elle donne aux interlocuteurs sociaux la possibilité d'établir leur propre structure de la négociation au travers « d'accord-cadre »⁶ et garantit, à défaut, la stabilité du cadre conventionnel en application au moment de son entrée en vigueur⁷.

Lorsque le conflit fait intervenir une convention extrastatutaire, les propos antérieurs doivent être remis en cause. En effet, nous verrons que les règles légales sont inapplicables et que la règle de non-affectation ne joue pas. Dès lors, il sera intéressant de souligner la résurrection du principe de faveur convertissant à ce type d'instrument

¹ Art. 3.3 ET : « *Los conflictos que surgingen entre los preceptos de dos o varias normas del trabajo, étaticas o convencionales, [...], serán resueltos por la aplicación del más favorable al trabajador* ».

² Voir en synthèse, J.R. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994, p. 277. E. LÓPEZ TERRADA, *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 126. La préférence temporelle constitue une « *règle spéciale par rapport au principe de faveur prévu par la disposition générale de l'article 3 du statut des travailleurs et en tant que *lex specialis* elle devrait s'appliquer prioritairement* » (N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 32).

Contre: E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, « Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYME », in *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, Ministerio de Industria y Energía, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, 1982, p. 130.

³ STS 19 janv. 1992, Ar/ 133, STS 27 déc. 1994, Ar/10508.

⁴ N. ALIPRANTIS, loc. cit., p. 29.

⁵ Les juges affirment que l'article 84 ET « *est de caractère impératif sauf pour les conventions et accords cadre de l'article 83.2* » (STS du 16 juill. 2001, Ar.2002/576).

⁶ Conformément à la reconnaissance constitutionnelle du droit à la négociation collective (J.L. SALIDO BANÚS, *La negociación colectiva en España: Los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 102).

⁷ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 97.

conventionnel en gage d'amélioration pour les salariés lorsqu'une convention statutaire est déjà appliquée.

Afin d'aborder l'ensemble des problématiques liées à ces deux situations, nous aborderons donc tout d'abord le cadre légal avant de s'attacher, par la suite, aux relations entre conventions statutaires et conventions extrastatutaires.

A. La règle de non-affectation

659. La configuration du modèle de structure de la négociation collective dessinée par le Statut des Travailleurs de 1980 répond à trois principes basiques¹ : l'impartialité légale par rapport à la configuration des unités de négociation, l'absence de hiérarchie conventionnelle et l'application du principe de priorité temporelle.

Dans ce cadre, la règle de non-affectation a permis de garantir la stabilité du cadre conventionnel existant lors de l'entrée en vigueur de l'ET et a largement influencé le maintien d'un modèle de structure de la négociation collective déterminé. La dynamique conventionnelle a cependant démontré que la rigidité du dispositif doit être nuancée à plusieurs égards même si la stabilité du cadre conventionnel demeure l'axe fondamental de la logique légale.

Dans tous les cas, l'article 84 ET prévoit que l'application de cette règle est conditionnée à l'absence de « *pacte contraire conformément aux dispositions de l'aparté 2 de l'article 83 [...]* ». La règle de non-affectation s'érige alors en règle légale de concurrence de conventions collectives tout en répondant clairement à un schéma dans lequel la loi se définit comme dispositive pour certains négociateurs.

1. La règle légale de non-affectation comme préférence applicative de la convention déjà en vigueur

660. Sous son apparente simplicité², la règle de non-affectation revêt de manière sous-jacente des enjeux considérables. Elle pourrait supposer une atteinte au droit à la

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, « Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL et S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 126 et J. RIVERO LAMAS, « Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997 », *REDT*, n° 89, 1998, p. 385-386.

² Soulignée par T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 339.

négociation collective constitutionnellement reconnu en limitant la capacité de négociation des négociateurs des autres niveaux et produirait une sorte de pétrification de la structure de la négociation collective garantissant l'application exclusive d'une convention collective déterminée.

Deux aspects peuvent alors être soulignés. D'une part, s'appliquant au moment élaboratif, l'article 84 ET ne remet pas en cause la liberté de négocier dans les autres unités de négociation. D'autre part, au moment applicatif, nous verrons que le dispositif espagnol prévoit que la règle de non-affectation puisse être mise en parenthèse permettant, dans certaines hypothèses, à une convention postérieure de cadre distinct de s'appliquer. L'expression de « *convention en vigueur* » constitue alors une notion centrale qui renvoie au devoir de négocier et aux règles relatives à la dénonciation.

a) L'appréciation de l'affectation au moment applicatif

661. La règle de non-affectation permet sans nul doute à une convention considérée de s'appliquer de manière exclusive dans un cadre donné et aboutit à une conséquence claire : « *deux ou plusieurs conventions en vigueur ne peuvent être en concours sur un même ensemble de contrats de travail* »¹. Il importe alors de savoir dans quelle mesure se voit également atteint le droit à la négociation collective des parties à la négociation d'une convention de cadre différent mais en partie coïncident.

Deux interprétations sont alors possibles. Selon une interprétation restrictive, la règle de non affectation entraîne l'impossibilité de négocier une convention si une autre est déjà en vigueur dans le champ d'application considéré². L'inexistence de normes conventionnelles autres que celles de la convention déjà applicable garantit l'absence de concours de conventions sur un même ensemble de contrats de travail. La conformité de cette position à la CE peut être mise en doute. L'interprétation restrictive aboutit en effet à une prohibition absolue de négociation qui entre en contradiction directe avec la reconnaissance constitutionnelle du droit à la négociation collective³.

¹ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *op. cit.*, 2012, p. 226.

² Antérieurement à l'entrée en vigueur du Statut des Travailleurs, le Décret-loi 17/1977 prévoyait également une prohibition de concurrence qui passait toutefois par l'interdiction de négocier. Aux termes de l'article 27, « *durant la vigueur d'une convention et jusqu'à trois mois avant l'arrivée loc. cit.*, 1995, p. 66).

³ E. LÓPEZ TERRADA, *op. cit.*, p. 129. Nous verrons toutefois que le recours à la voie extrastatutaire permet de justifier cette limitation garantissant, dans tous les cas, l'exercice du droit à la négociation collective (voir *infra*, n° 674).

Nous considérons toutefois qu'en l'espèce, l'article 84 ET doit faire l'objet d'une interprétation large permettant la négociation dans des unités de négociations de cadre distinct et en partie coïncidentes. La majorité de la doctrine estime dans ce sens qu'une convention postérieure qui prétend intervenir dans un cadre déjà régi par une autre convention collective de cadre distinct, peut donc être conclue. Les conditions de son application constituent une autre question¹.

Plusieurs arguments vont dans ce sens.

En premier lieu, aucun principe de hiérarchie entre conventions collectives n'est énoncé dans l'ET². L'instauration d'une hiérarchie entre conventions collectives aurait « *contredit d'une certaine manière le principe d'impartialité légale* » qui s'avère être une exigence essentielle pour respecter le libre développement de l'autonomie collective³. Dans ce sens, l'article 3 ET ne procède à aucune différenciation au niveau des normes conventionnelles à l'heure d'établir la listes des sources de régulation des relations de travail et de préciser les modalités de leurs relations avec les normes légales⁴. Dans le même ordre d'idée, l'article 82.3 ET attribue à toutes les conventions la même force juridique et personnelle sans considération de leur champ d'application⁵. La jurisprudence reconnaît l'absence de hiérarchie entre conventions de niveaux différents évoquant « *la prémisse indiscutable de l'identique souveraineté et validité de toute convention collective quelque soit le cadre dans lequel elle se projette [soulignant] l'inexistence de norme qui consacre un principe de hiérarchie ou primauté de la convention de champ plus étendu sur celle de champ plus réduit* »⁶.

En deuxième lieu, l'objet d'une règle de concurrence comme celle énoncée à l'article 84 ET est de « *choisir une convention applicable* »⁷ ce qui suppose par

¹ Un secteur doctrinal a très tôt insisté sur la distinction entre négociation et application de la convention collective (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 434 ; T. SALA FRANCO et J.M^e. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 328).

² J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 255. Un auteur soutient néanmoins qu'il existe une « *relation hiérarchique de garantie de minimum* » entre conventions collectives. Dès lors, l'article 3.3 ET s'applique et la convention de cadre inférieur ne peut qu'améliorer les dispositions conventionnelles de cadre supérieur (E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, loc. cit., 1982, p. 130).

³ A. MERINO SEGOVIA, *La estructuración legal y convencional de la negociación colectiva*, Madrid, Civitas, 2000, p. 30.

⁴ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 256.

⁵ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 256.

⁶ STCT du 26 déc. 1986, Ar/14660, du 29 avril 1987, Ar/9087 ou du 21 juill. 1988, Ar/411.

⁷ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 226. Selon le Professeur MARTÍN VALVERDE, les règles de concurrence représentent des règles sur « *l'élection de la régulation ou de la norme applicable* » (loc. cit., 1995, p. 14).

conséquent l'existence préalable de conventions distinctes¹. La jurisprudence reconnaît également l'existence d'autres conventions collectives lorsqu'elle affirme que la règle de non-affectation vise à « éviter que, dans le champ d'application territorial ou fonctionnel couvert par une convention statutaire, s'introduise une nouvelle régulation négociée qui coïncide en tout ou en partie avec un desdits champs »².

Enfin, après une période d'hésitation, la jurisprudence a retenu l'inapplication de la convention postérieure comme sanction en cas de violation de la règle de non-affectation³, et non pas la nullité⁴. Les dispositions d'une convention qui contredisent la règle de non-affectation ne seront donc pas déclarées nulles ; elles seront simplement écartées, déclarées inapplicables de forme temporaire, totale ou partielle, jusqu'à ce que la convention antérieure ne soit plus en vigueur⁵. En définitive, l'article 84.1 ET « n'établit pas une prévision de nullité de la convention qui naît quand sont en vigueur d'autres conventions, mais, partant de leur validité initiale, le législateur dispose qu'elle ne pourra pas être appliquée dans les champs d'application dans lesquels est déjà appliquée une autre en vigueur à ce moment déterminé »⁶. Cette solution s'inscrit dans le respect de la liberté du choix du niveau de négociation reconnue à l'article 83.1 ET.

Il ressort de ces considérations que la règle de non-affectation attribue une préférence applicative à la convention *prior in tempore*. Dès lors, cette règle devrait logiquement conditionner le contenu des négociations, obligeant les négociateurs, notamment de cadre plus réduit, à prendre en compte les dispositions déjà applicables afin de ne pas élaborer des règles qui ne pourront être, dans la pratique, appliquées. La

¹ La mise en route des règles de concurrence suppose « la simultanéité, une coïncidence dans le temps de deux ou plusieurs conventions, valablement négociées ou conclues, qui comprennent dans leur champ d'application les mêmes relations de travail » (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 36).

² STS 28 oct. 1999, Ar/8510.

³ STS 13 nov. 2007, Ar/998 de 2008; STS 21 déc. 2005, Ar/1426 de 2006; J. LAHERA FORTEZA, « El acierto de la inaplicación de convenio colectivo (y no nulidad) en la solución de concurrencias conflictivas del art. 84 ET (Comentario a la STS du 21 déc. 2005) », *RL*, 2006-II, p. 661. L'auteur souligne que « l'initiale hégémonie doctrinale et judiciaire de la thèse de la nullité » est depuis dépassée (p. 665).

⁴ Dans un premier temps, la jurisprudence avait élaboré un double critère asymétrique : la nullité de la convention d'entreprise si la convention affectée est sectorielle ou l'inapplication de la convention sectorielle postérieure si la convention affectée est celle d'entreprise (J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 214; STS du 7 avril 1994, Ar/ 3233).

⁵ Comme le souligne un auteur, la préférence applicative de la convention antérieure « n'empêche ni la mise en marche de négociations de conventions de cadre différent, ni leur éventuelle conclusion. Cela suppose uniquement la suspension de l'entrée en vigueur de tout ou partie de son contenu selon les cas, jusqu'à l'expiration de la convention préexistante affectée par leur régulation » (A. MARTÍN VALVERDE loc. cit., 1995, p. 78).

⁶ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2006, p. 669.

réalité des pratiques sociales démontre cependant le contraire. Chaque niveau se considère en effet autonome des autres avec lesquels aucune relation n'est établie. Ce phénomène de désarticulation entre les différents niveaux de négociation constitue une lacune importante du système de négociation espagnol.

662. Il apparaît de plus que la marge de manœuvre des négociateurs de cadre distinct est, dans tous les cas, considérablement réduite en raison du sens devant être attribué au verbe « affecter ». Selon le Professeur SALA, le verbe « *affecter* » doit être entendu comme « *la modification, totale ou partielle, de ce qui est convenu dans la convention collective de référence* »¹. Il doit y avoir contradiction et incompatibilité entre les deux normes². Les Tribunaux reconnaissent, dans le même sens, qu'il y a affectation lors de divergences entre deux conventions, c'est-à-dire lorsque la convention postérieure prétend « *altérer ou modifier* » le contenu d'une convention en vigueur³ ou, plus largement, prétend « *envahir* » son champ d'application⁴. La finalité de ces règles est, sans nul doute, de renforcer la stabilité de la convention collective et la confiance des négociateurs de voir les seules règles convenues s'appliquer. L'affectation doit alors se distinguer des situations dans lesquelles une nouvelle convention traite de matières qui n'ont pas été régularisées dans la convention antérieure de référence⁵.

Quoi qu'il en soit, il demeure que la volonté des parties à la convention antérieure, spécialement leur intention de garantir son application exclusive, constitue une variable décisive à l'heure de déterminer la marge d'action d'autres négociateurs⁶. En effet, la règle de l'article 84 ET peut être mise à l'écart par les négociateurs de la convention antérieure qui peuvent ainsi accepter que leur régulation soit substituée ou

¹ T. SALA FRANCO, in T. SALA FRANCO et I. ALBIOL MONTESINOS, op. cit., p. 324; T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 346.

² A. DESDENTADO BONETE et B. VALDÉS DE LA VEGA, op. cit., 1998, p. 89. La doctrine évoque ainsi l'idée d'« *affectation conflictuelle* » A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 35. D'autres auteurs affirment que pour qu'il y ait conflit, « *la concurrence entre les conventions doit être excluante, conflictuelle. Les régulations contenues dans les normes conventionnelles qui entrent en concurrence doivent être inconciliables* » (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 226).

³ STS du 16 juill. 2001, Ar/576 de 2002. Les régulations doivent être contradictoires et incompatibles (STS 29 janv. 1992, Ar/133).

⁴ STS 12 déc. 1994, Ar/10508.

⁵ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 159.

⁶ Il ne peut donc y avoir de solution générale à l'heure d'apprécier s'il y a ou non affectation et il convient de s'attacher à la volonté des parties de la première convention (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 49 ; J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 157 ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Dir.), op. cit., p. 189 ; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 110).

modifiée, améliorée ou complétée par celle d'une convention de cadre distinct¹ ; « *le pacte d'une convention ordinaire d'acceptation de la concurrence d'autres conventions est considérée comme licite* »². A partir de là, il convient d'admettre qu'une convention collective postérieure qui aboutit à une modification d'une convention collective antérieure qui n'envisage pas cette possibilité, ne s'applique pas quand bien même cette modification s'avère plus favorable pour les salariés concernés³. L'acceptation large du verbe « affecter » qui renvoie à l'idée de modification ou d'altération, ne semble pas prendre en compte l'aspect qualitatif de la disposition conventionnelle postérieure. Alors que le droit français donne au verbe « adapter » une signification conforme au principe de faveur, le droit espagnol déconnecte le verbe « affecter » de ce principe et l'apprécie de manière objective selon l'existence ou non de modification ou d'altération.

663. En guise de conclusion, il ressort de ces développements que l'objet de la règle de non-affectation permet principalement de stabiliser dans le temps l'équilibre atteint dans une convention, renforçant ainsi le principe *pacta sunt servanda*⁴. Incontestablement, l'impossible éruption dans le cadre conventionnel qui peut se prévaloir de la règle de non-affectation, de dispositions conventionnelles de cadre distinct plus favorables, constitue un avantage pour les employeurs⁵.

La règle de non-affectation a par ailleurs permis de maintenir un modèle de structure de la négociation collective dans lequel prédomine la convention sectorielle départementale et, dans une moindre mesure, la convention d'entreprise⁶. En effet, tout

¹ Deux remarques doivent ici être formulées. D'une part, l'inapplication de la règle de concurrence s'explique par l'absence de conflit ; la convention antérieure règle en effet cette question. D'autre part, il convient de distinguer cette hypothèse de celle de l'accord de l'article 83.2 ET (voir infra, n° 670), puisque ce sont ici les négociateurs éventuellement affectés qui optent eux-mêmes pour permettre l'application d'une convention postérieure.

² A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 77.

³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, op. cit., 1987, p. 192; F. NAVARRO NIETO, *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 49.

Un important courant doctrinal estime cependant que doivent être exclues du domaine de l'application de l'article 84 ET, les hypothèses de complémentarité, d'amélioration (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 346) ou de négociation articulée (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 226).

⁴ La doctrine a également souligné la relation du principe *prior in tempore* avec la prohibition des grèves ayant pour objet d'altérer, durant son application, le contenu de la convention (J. CRUZ VILLALÓN, « Estructura y concurrencia entre convenios colectivos », RMTAS, 2007, n° 68, p. 91).

⁵ Qui disposent ainsi « *d'une régulation des relations de travail suffisamment stable* » (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 65).

⁶ En 1972, 60, 9 % des conventions étaient conclues à ce niveau et 36, 7 % au niveau de l'entreprise. En 1978, la proportion s'inverse (60, 3 % conventions d'entreprise et 37, 8 % de niveau provincial sectoriel. Chiffres cités par F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 416. L'auteur souligne que l'unité de

en dégageant une certaine neutralité au plan théorique, la règle de non-affectation a largement permis le renforcement du niveau sectoriel départemental.

Un effet pervers semble dès lors évident : la stabilité de la convention antérieure conduit à la pétrification de la structure de la négociation collective. Force est cependant de constater que le dispositif légal permet, dans certaines hypothèses, les changements d'unités de négociation.

b) Les possibilités de changement d'unité de négociation

664. Les implications pratiques de la règle de non affectation sont importantes, notamment quant à l'éventualité d'un changement d'unité de négociation¹. En effet, la persistance et la continuité d'une convention collective dans une unité de négociation favorisée par la règle de non-affectation pourrait conduire à paralyser l'intervention d'une norme conventionnelle de cadre distinct.

Le dispositif légal opte alors pour encadrer l'hypothèse de changement d'unité de négociation et pour la lier à la procédure de dénonciation et à la question de la succession de conventions². En effet, aux termes de l'article 84 ET, la règle de non-affectation joue lorsque la convention est en vigueur. La jurisprudence souligne dans ce sens que la règle de non-affectation a un caractère transitoire³. La détermination du moment à partir duquel il est possible de considérer qu'une convention n'est plus en vigueur est alors centrale. Alors qu'il est admis que la prorogation automatique de l'article 86.2 ET conduit à l'application de la règle de non-affectation⁴, la période d'ultraactivité de la convention dénoncée jusqu'à la conclusion d'un accord exprès prévue à l'article 86.3 ET, pose de nombreuses difficultés.

négociation sectorielle départementale permettait aux appareils répressifs de la dictature franquiste de contrôler les possibles conflits ouvriers (p. 421).

¹ Le changement d'unité de négociation renvoie à la situation dans laquelle « *dans une unité de négociation préexistante, couverte par une convention collective, d'autres sujets prétendent la négociation d'une convention dont les champs d'application sont totalement ou partiellement contenus dans l'unité préexistante* » (T. SALA FRANCO y J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 332).

² Nous verrons toutefois que les accords de l'article 83.2 ET permettent également les changements d'unités de négociation (voir infra, n° 670).

³ STS du 29 janv. 1992, Ar/133.

⁴ La jurisprudence considère que la convention prorogée en vertu de l'article 86.1 ET doit être considérée comme en vigueur permettant ainsi à la règle de non-affectation de continuer à s'appliquer (STCT du 20 sept. 1984, Ar/7273 ; STS du 5 juin 2001, Ar/5488 ; STS du 2 fév. 2004, Ar/1069. Pour la doctrine, voir J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et T. SALA FRANCO, loc. cit. 1987, p. 850; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 142).

Afin d'aborder cette problématique, il convient de distinguer le changement d'unité de négociation ascendant, dans lequel la convention dénoncée est de cadre inférieur à la convention qui prétend désormais s'appliquer et le changement d'unité de négociation descendant, dans lequel la convention dénoncée est de cadre supérieur à la convention qui prétend désormais s'appliquer¹. Le changement ascendant est consécutif à la demande de négociation d'une unité supérieure, permettant alors un phénomène de centralisation alors que le changement descendant est consécutif à une demande de négociation de niveau inférieur et aboutit à une décentralisation de la structure de négociation collective².

665. Avant d'approfondir cette distinction, une variable supplémentaire doit être prise en compte. En effet, l'éventuel changement d'unité de négociation peut être ou non favorisé par la mise en œuvre du devoir de négociier prévu à l'article 89. 1 ET. Favorisant la négociation à un niveau considéré, le devoir de négociier participe sans nul doute à la configuration de la structure de la négociation collective³. Aux termes de cet article, le devoir de négociier n'existe pas « *quand il ne s'agit pas de réviser une convention arrivée à expiration, sans préjudice des articles 83 et 84* ». Nous aborderons ici l'impact de la règle de non-affectation de l'article 84 ET⁴.

666. En premier lieu, le changement d'unité de négociation ascendant conduit à apprécier le sort de la convention dénoncée de cadre inférieur. La ligne jurisprudentielle majoritaire affirme que l'ultraactivité maintient le contenu normatif de la convention

¹ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 196 s.

² Sur la pertinence des hypothèses de changements d'unités de négociation pour apprécier les tendances centralisatrice ou décentralisatrice du modèle de structure de la négociation, voir E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 133.

³ Il est ici intéressant de mentionner une problématique particulière conditionnant à la fois la réalité du changement d'unité de négociation et la mise en œuvre du devoir de négociier. Il s'agit de la distinction entre les unités naturelles et les unités artificielles et de la notion de « *nature des choses* ». La jurisprudence a tout d'abord établi les critères de distinction. Les unités naturelles « *préexistent et subsistent à la négociation collective* » et à la volonté directe des parties. Elles impliquent la prise en compte « *de critères objectifs* » permettant la « *clarté et la stabilité* » du cadre conventionnel et répondent à la réalité objective du cadre de production et à l'homogénéité des conditions de travail dans lesquels elles se constituent (STS du 20 sept. 1993 et STS du 19 déc. 1995, Ar/9315). En revanche, les unités artificielles trouvent leur origine « *dans la volonté d'une seule des parties* » et présentent une dimension subjective importante (STS 20 oct. 1997, Ar/8083 ; STS 17 nov. 1998, Ar/9750).

Le TS a alors fondamentalement associé le devoir de négociier à l'idée d'unité naturelle de négociation (STS du 20 oct. 1997, Ar/8083 relative à une convention applicable à une pluralité d'entreprises ; STS du 17 nov. 1998, Ar/9750 relative à une convention sectorielle applicable à plusieurs Communautés Autonomes). Pour approfondir, voir J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 306 ; T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 330.

⁴ Sur l'impact des règles prévues à l'article 83 ET, voir infra, n° 672.

dénoncée et conduit à appliquer la règle de non-affectation de l'article 84 ET¹. Dans ce cadre, le changement d'unité de négociation ne peut intervenir que par un accord exprès conclu par les parties concernées de l'unité inférieure. Cet accord exprime leur volonté d'opérer ce changement d'unité de négociation et d'adhérer à la convention collective de cadre plus large². La convention inférieure se verrait ainsi, suite à la dénonciation, comme « *impermeabilisée* » de toute ingérence d'une convention de cadre plus large³. L'unité inférieure ne disparaît donc pas. Cette position permet sans nul doute d'éviter la peu souhaitable précipitation des négociations. En effet, les négociateurs de cadre plus réduit ne sont pas sous la menace de l'entrée en vigueur d'une convention plus large et voient leur unité préservée⁴. Elle s'inscrit dans l'idée que l'article 84 a pour « *objectif de défendre l'autonomie collective des représentations professionnelles de cadre réduit face à celle d'un cadre supérieur ou plus large* »⁵.

Cette option permet toutefois à une des parties de bloquer toute évolution et de maintenir en application de manière indéfinie le contenu normatif d'une convention dénoncée⁶. Afin d'éviter cette situation peu souhaitable, la jurisprudence a, de manière ponctuelle, adouci sa position et a relativisé la portée de l'ultraactivité qui n'est pas inconditionnée. Elle apprécie spécialement l'existence d'un processus actif de négociation ou, au contraire l'abandon des négociations⁷. La détermination du moment à partir duquel le processus sera considéré comme inactif revêt donc une importance fondamentale conduisant à l'application de la convention de cadre plus large. L'inactivité reste dans tous les cas difficile à déterminer et peut s'apprécier par l'existence d'éléments non équivoques d'absence de négociation⁸ ou par la preuve du

¹ STCT 15 juill. 1981, Ar/5027; STCT 14 mars 1983, Ar/2718; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 180.

² STCT du 10 sept. 1981, Ar/5550.

³ T. SALA FRANCO y J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 334.

⁴ Admettre que durant l'ultraactivité de la convention de cadre réduit, l'entrée en vigueur d'une convention de cadre plus large conduise à sa disparition, inciterait les négociateurs de la convention de cadre réduit à renégocier dans les plus brefs délais au détriment de la qualité de la négociation.

⁵ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et TOMÁS SALA FRANCO, loc. cit., 1987, p. 852.

⁶ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 37.

⁷ STS du 6 nov. 1998, Ar/9822. Voir également STCT 21 fév. 1983, Ar/1664; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 144 ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et TOMÁS SALA FRANCO, loc. cit., 1987, p. 852 ; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 183. Dans ce sens, un auteur souligne justement que si le changement d'unité de négociation opéré au travers d'un accord de substitution dans l'unité inférieure implique un accord entre les parties concernées, il convient d'admettre que le maintien de l'unité de négociation nécessite également un accord. En l'absence d'un tel accord, il s'avère alors incohérent de ne pas appliquer la convention supérieure dans laquelle un accord a été trouvé entre des parties qui représentent, par essence, les salariés et travailleurs soumis à la convention de cadre inférieur (T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 37).

⁸ Comme par exemple l'absence de constitution de la commission de négociation durant une longue période (STS du 17 mai 2004, Ar/4969).

désistement exprès ou tacite, d'une des parties à la négociation¹. Afin de justifier l'application de la convention de cadre plus large, indépendamment de la volonté des parties dans l'unité de négociation affectée, un courant doctrinal évoque « *l'efficacité générale ou erga omnes des conventions collectives statutaires de cadre supérieur* »².

L'existence du devoir de négocier dans l'unité de négociation de cadre plus large semble aujourd'hui admise. En effet, écartant une appréciation stricte de l'article 89.1 ET³, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence admet que la demande de négociation dans une unité de négociation englobant des conventions collectives de cadre inférieur, permette la mise en œuvre du devoir de négocier⁴.

L'imperméabilisation de l'unité inférieure et la mise en œuvre du devoir de négocier au niveau supérieur semblent deux solutions a priori contradictoires. Leur compatibilité réside alors dans le fait que le devoir de négocier trouve son essence dans l'intérêt d'élargir la couverture conventionnelle⁵. Les dispositions résultant de la nouvelle convention de niveau supérieur, s'appliquent uniquement aux salariés et employeurs qui ne sont soumis à aucune convention de niveau inférieur. Le maintien de la convention de cadre inférieur, sauf hypothèse d'abandon des négociations, conduit quant à lui à protéger ces cadres conventionnels existants.

En définitive, trois points peuvent être détachés. D'une part, il ressort de l'article 84 ET que l'unité de négociation de cadre réduit conserve son immunité jusqu'à la conclusion d'un accord exprès qui peut, éventuellement, prévoir un changement d'unité. Les unités inférieures constituent des poches imperméables à l'intérieur de l'unité de négociation supérieure. D'autre part, en cas d'absence d'accord, les juges tendent à maintenir la convention dénoncée tant que le processus de négociation n'est pas définitivement rompu. Il ressort alors que dans ces deux hypothèses, l'appréciation de la

¹ Comme l'absence à la table de négociation et la présence à celle de la négociation à un autre niveau. Dans ce sens, STS du 21 juin 2005. Dans tous les cas, il doit y avoir une manifestation concurrente pour abandonner l'unité inférieure (STCT 1^{er} juin 1988, Ar/267, STCT 16 mai 1989, Ar/242).

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1987, p. 852. Les auteurs évoquent « *la force d'attraction* » de la convention de cadre supérieur.

³ Selon une interprétation stricte, la mise en œuvre du devoir de négocier dans une unité supérieure exigerait que l'ensemble des conventions d'unités inférieures affectées soit dénoncé. Il a été souligné que cette interprétation conduirait à empêcher toute application pratique du devoir de négocier qui se limiterait au terrain théorique (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 335).

⁴ STCT du 15 juill. 1981 ; STS du 3 mai 2000, Ar/4258 ; STS du 7 nov. 2005, RJ 1302/2006 voir E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 140; T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 34; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 60; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 295. Insistant sur la cohérence de mettre en œuvre le devoir de négocier dans les hypothèses où le recours à la grève en appui à la négociation est licite (voir T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 335).

⁵ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 296.

volonté ou du comportement des parties du cadre inférieur concernées, est essentielle¹. Enfin, il apparaît que l'existence d'un devoir de négociation ne présume pas des conditions d'application de la convention éventuellement conclue.

667. En deuxième lieu, le changement d'unité de négociation descendant fait l'objet de controverses doctrinales et de contentieux plus importants².

Pour la majorité de la doctrine, une convention collective de cadre plus réduit peut s'appliquer si la convention de cadre supérieur a été dénoncée ou est arrivée à expiration³. Une unité inférieure peut donc abandonner une unité de négociation supérieure. Deux aspects peuvent alors être signalés. D'une part, la convention conclue au niveau inférieur constitue un accord exprès qui se substitue à la convention antérieure de cadre plus large comme le ferait un accord conclu dans le même cadre. Un accord exprès n'a donc pas nécessairement à être conclu dans la même unité de négociation⁴. D'autre part, l'entrée en ultraactivité de la convention en vertu de l'article 86.3 ET marque le terme de l'application de l'article 84 ET⁵. Cette position se justifie fondamentalement par la finalité de l'ultraactivité qui vise uniquement à éviter des vides normatifs et non pas à assurer une stabilité aux dispositions conventionnelles⁶. Elle fait toutefois apparaître une certaine contradiction avec la position jurisprudentielle majoritaire en cas de changement ascendant qui maintient au contraire la règle de non-

¹ Il convient de préciser que le changement ascendant peut résulter d'un acte administratif, l'élargissement (*extensión*) (STCT du 3 fév. 1984, Ar/1878, du 23 avril 1985, Ar/2877 ; J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 211). Un courant doctrinal a fortement critiqué cette procédure au motif de l'atteinte portée à l'autonomie collective (T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 37).

² Ces controverses sont favorisées par une jurisprudence contradictoire caractérisée par l'absence « de réponse uniforme de la jurisprudence dont les solutions varient en fonction des situations concrètes », favorisant « implicitement » ou bien la centralisation ou bien la décentralisation (pour approfondir, voir J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 196).

³ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 74; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 174; T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 33; T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 334.

⁴ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 198.

⁵ Contre cette interprétation, considérant que l'article 84 ET continue de s'appliquer (F. DURÁN LÓPEZ, loc. cit., 1993, p. 690; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 439; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y A. VALDÉS ALONSO, « Concurrencia de convenios colectivos estatutarios », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 541). Cette position produit un système rigide qui laisserait les négociateurs inférieurs aux mains des négociateurs de cadre supérieur qui devraient attribuer un caractère non-impératif à leur clause pour permettre l'application de la convention inférieure.

⁶ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et TOMÁS SALA FRANCO, loc. cit., 1987, p. 852. Voir également T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 344. Ces auteurs affirment que dans le cas contraire serait contredit le droit à la négociation collective reconnu par la Constitution. Précisons que la convention continue de s'appliquer en vertu de l'article 86.3 ET pour les salariés et employeurs qui ne sont pas compris dans l'unité qui prétend abandonner l'unité supérieure.

affectation¹. Néanmoins, ces deux positions se rejoignent sur un point fondamental en favorisant chacune d'elles et à leur manière, la décentralisation de la structure de la négociation collective.

La jurisprudence, rappelant que l'objectif de l'ultraactivité est d'éviter les vides conventionnels, a admis que les unités inférieures puissent négocier une convention et ainsi abandonner l'unité supérieure². Les juges considèrent que les deux conventions ne coïncident pas dans le temps, la convention de cadre supérieure dénoncée et arrivée à expiration n'étant plus en vigueur. Ils affirment dans ce sens « *l'ultra-activité ne se confond pas avec la vigueur à laquelle se réfère l'article 84 relative au champ d'application temporel convenu. Une conclusion distincte supposerait la « pétrification » de la structure de la négociation collective et serait contraire à un système de libre négociation* »³.

On pouvait alors se demander si la demande de négociation dans l'unité de négociation de la convention dénoncée, qui, rappelons-le, peut être transmise de manière simultanée à la dénonciation, constitue une manifestation de la volonté de maintenir l'unité de négociation et comme telle doit amener à considérer qu'une demande de négociation dans un cadre inférieur formulée postérieurement ne serait pas recevable⁴. Cette position qui aboutit à appliquer les règles de concurrence aux demandes de négociations, doit être écartée⁵. Dès lors, la demande de négociation formulée postérieurement à la dénonciation, ne peut être affectée par la demande de négociation au niveau supérieur formulée antérieurement.

Prolongeant le raisonnement, la signature d'une nouvelle convention dans l'unité de négociation de cadre supérieur en situation d'ultraactivité, va-t-elle réactiver la règle de l'article 84 ET et faire obstacle au changement d'unité de négociation vers l'unité

¹ En effet, sans préjudice de l'hypothèse d'abandon des négociations, la convention de cadre inférieur dénoncée est maintenue en vigueur ce qui conduit à l'application de la règle de non-affectation (sur l'ultraactivité, voir supra, n° 609 s.).

² STCT 26 avril 1983, Ar/3783. En l'espèce, une unité de négociation abandonnée dans le passé prétend se réouvrir et se dégager d'une convention de cadre supérieur qui venait jusqu'alors de s'appliquer. Entre conventions d'entreprise et convention sectorielle : STCT du 17 mars 1987, Ar/7080 ; STCT 23 déc. 1987, AL, 194/1988 ; STCT 14 et 17 juin 1984, Ar/5924 et 5934.

Entre conventions sectorielles de cadre géographique différent : STSJ País Vasco du 16 fév. 1999, Ar/2049.

³ Pour les juges, l'application des règles de l'article 84 ET vulnèrerait la liberté de choix des unités de négociation consacrée à l'article 83.1 ET et porterait atteinte au droit à la négociation collective (STS 17 juin 1994, Ar/5445 ; STS du 23 oct. 1995, Ar/7864 ; STS du 2 fév. 2004, Ar/1069).

⁴ Dans ce sens, STCT 31 mai 1982, Ar/3272.

⁵ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., 1999, p. 57 ; J.A. ALTÉS TÁRREGA y F. L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 213.

inférieure dont la demande a été formulée dans les temps¹. L'idée d'imperméabilisation de l'unité de cadre inférieur déjà évoquée dans l'hypothèse de changement ascendant, permettrait ici de considérer que la convention postérieure de cadre inférieur s'appliquera indépendamment de la conclusion antérieure d'une nouvelle convention de cadre supérieur². Cette position qui refuse de retenir un critère temporel afin de déterminer la convention applicable, présente l'indéniable avantage d'éviter une course contre la montre pour signer au plus tôt entre les négociateurs des différents niveaux³. Néanmoins, la doctrine estime que la jurisprudence procède à une interprétation stricte de l'article 84 ET et considère que la conclusion de la nouvelle convention de cadre supérieur conduit à la mise en œuvre de la règle de non-affectation, empêchant le changement d'unité de négociation jusqu'à une nouvelle période d'ultraactivité de la convention de cadre supérieur⁴. Dans la pratique, les parties négocient durant l'application d'une convention supérieure⁵ et conditionnent l'entrée en vigueur de la convention éventuellement conclue à la dénonciation ou à l'arrivée à expiration de la convention de cadre supérieur déjà en application⁶.

668. Il convient maintenant de s'interroger sur la mise en œuvre du devoir de négocier lors de ces demandes. Nous avons vu que dans la même unité, en vertu du principe de continuité, le devoir de négocier s'applique⁷ et que, dans l'hypothèse de

¹ M. CUENCA ALARCÓN, « Procedimiento de negociación colectiva estatutaria », in *Manual jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 349.

² Une convention de cadre inférieur dont les négociations ont commencé durant la période d'ultraactivité de la convention supérieure dénoncée, s'appliquera indépendamment du fait que la nouvelle convention de cadre supérieur ait été conclue antérieurement.

³ T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 340; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 177.

⁴ T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 1988, p. 340; F. DURÁN LÓPEZ, loc. cit., 1993, p. 684; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La tutela de las unidades inferiores », Exempleaire photocopié, p. 9; M^a.I. BENAVENTE TORRES, « Cambio de unidad de negociación », *REDT*, 2009, n° 142, p. 451.

⁵ Cette négociation s'effectue sur la base du volontariat puisque le devoir de négocier ne peut être invoqué en présence d'une convention en vigueur.

⁶ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., 1999, p. 58; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La tutela de las unidades inferiores », Exempleaire photocopié, p. 9. Cette logique permet par ailleurs de faciliter le passage de conventions de centres de travail de durée distinctes à une convention d'entreprise. La convention d'entreprise s'appliquera dans les différents centres en fonction de l'arrivée à expiration de la convention correspondante (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 353).

⁷ Voir supra, n° 40.

changement ascendant, le devoir est également mis en œuvre, indépendamment du maintien de l'unité inférieure¹.

Dans l'hypothèse du changement descendant, la doctrine majoritaire propose une interprétation large de l'article 89.1 ET selon laquelle le devoir de négocier s'applique dès lors que la demande de négociation se réalise dans les formes prévues et par les sujets légitimes² ; pour ce qui nous intéresse, lorsque la convention de cadre supérieur n'est plus en vigueur, c'est-à-dire lorsqu'elle a fait l'objet de dénonciation³. Le devoir de négocier peut alors être mis en œuvre à partir du moment où la convention de niveau supérieur est dénoncée⁴ et jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle convention révisée⁵.

La position de la jurisprudence conduit à distinguer deux aspects. D'un côté, les juges ont admis la mise en œuvre du devoir de négocier entre la dénonciation et la conclusion du nouvel accord de cadre supérieur⁶. D'un autre côté, ils ont considéré que le devoir de négocier ne peut s'appliquer à plusieurs niveaux, de manière cumulative. Dès lors, si une partie s'est engagée à négocier au niveau supérieur⁷, elle peut s'exonérer du devoir de négocier dans une unité de cadre inférieur⁸. On peut tout

¹ Voir supra, n° 666.

² S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1987, p. 201; T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 334; T. SALA FRANCO, loc. cit., 1992, p. 33; E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., 1999, p. 246-261; F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 57; J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2000, p. 64; A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 176; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 139.

Contre cette position majoritaire, un secteur doctrinal estime qu'il n'existe pas de devoir de négocier et que le changement d'unité nécessite un accord entre les parties concernées, ne pouvant être imposé (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 439; F. DURÁN LÓPEZ, loc. cit., 1993, p. 688; A. MUGA ROBLEDÓ, loc. cit. 1992, p. 1230; C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1993, p. 272).

³ Un auteur rompt le lien entre dénonciation et mise en oeuvre du devoir de négocier. Selon lui, l'article 84 ET agit a posteriori comme une règle d'application des conventions dans les cas de concurrence conflictive, il n'intervient pas au moment élaboratif, ce qui conduit à admettre l'existence d'un devoir de négocier, entendu comme un instrument de promotion de la négociation collective (M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 250).

⁴ F.R. LACOMBA PÉREZ, op. cit., p. 58; T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 333. Un courant doctrinal estime toutefois que le devoir de négocier commence à jouer quand est arrivée à expiration la convention collective selon le terme fixé par les parties (M^a. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, « Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios », *RPS*, 1982, n° 134, p. 244).

⁵ Concrètement, la règle de non-affectation pourrait jouer au moment de l'enregistrement de la convention devant l'autorité publique compétente (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 339. Voir également M. VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 52).

⁶ STCT 29 oct. 1986, Ar/10762; STCT 21 oct. 1987, Ar/23670; STS du 17 nov. 1998, Ar/9750; STS 30 sept. 2002, Ar/7450.

⁷ Un aspect favorise de plus la continuité du niveau supérieur. En effet, la dénonciation est désormais transmise simultanément à la demande de négociation qui met en oeuvre le devoir de négocier (voir supra, n° 590).

⁸ STS du 10 avril 2002, Ar/5321 ; STS 10 déc. 2002 Ar2003/1951. Voir également STS du 28 fév. 2000, Ar/2246 en matière de convention d'entreprise et de convention catégorielle. Pour une critique à cette position, voir M.A. SOLANS LATRE, op. cit., 2003, p. 255.

d'abord penser que l'ouverture de négociation au niveau supérieur constitue une preuve que les parties affectées souhaitent maintenir l'unité de négociation. Il s'agit cependant bien plus de considérer que le devoir de négocier est déjà accompli et non exigible une deuxième fois¹. Cette position jurisprudentielle pose cependant de sérieuses difficultés conduisant à laisser à la représentation patronale la faculté de déterminer, à travers son organisation interne, la structure de la négociation collective².

669. En guise de conclusion, plusieurs aspects caractérisent le dispositif légal. Tout d'abord, en adoptant la règle de non-affectation, la loi a clairement mis à l'écart le principe de faveur et a opté pour stabiliser le cadre conventionnel. L'hypothèse du changement d'unité de négociation se trouve dès lors encadrée et limitée à un moment ponctuel, celui de la dénonciation de la convention antérieure.

Dans le prolongement de cette idée, il apparaît également que les unités inférieures bénéficient d'une protection particulière permettant ou bien leur maintien ou bien l'abandon de l'unité supérieure.

Ces développements ont par ailleurs permis de distinguer plusieurs questions. En effet, la liberté de négociation, les conditions d'application des conventions et l'application du devoir de négocier constituent trois questions autonomes bien que complémentaires. Dès lors, si la liberté de négociation est largement reconnue, l'article 84 ET conduit à permettre l'application d'une seule convention, celle déjà applicable. Quant au devoir de négocier, sa mise en œuvre s'effectue indépendamment de l'application de la convention qui prétend être négociée.

Le caractère dispositif de la règle de l'article 84 ET conduit toutefois à mettre entre parenthèses ces considérations puisque les interlocuteurs sociaux peuvent, au travers des articles 83.2 ET, adopter une toute autre logique.

2. Les accords-cadre de l'article 83.2 ET

670. Dès sa rédaction initiale, la règle édictée par l'article 84 ET présente clairement un caractère dispositif en prévoyant son application « *sauf pacte*

¹ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 300. L'ouverture de négociations dépend donc de la volonté des parties considérées (I. RODRÍGUEZ CARDO, op. cit., p. 110).

² Si l'organisation est divisée en diverses structures territoriales, chacune d'elles sera soumise au devoir de négocier. En revanche, si elle est constituée par une structure unique centralisée, celle-ci ne sera pas soumise au devoir de négocier dans les différentes unités (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 301).

contraire conformément à ce que dispose le numéro 2 de l'article 83 ». Reprenant les propos des Professeurs SALA et GOERLICH, l'article 83.2 ET « se superpose » et dépasse les règles des articles 84 et 89.1 ET, permettant « que certains accords [...] puissent faire varier le panorama décrit en substituant aussi bien les règles sur la liberté de fixation comme les règles de concurrence »¹.

Dans sa version originale, l'article 83.2 ET énonce qu'« au travers d'accords interprofessionnels ou par des conventions collectives, les organisations syndicales et les associations patronales les plus représentatives de caractère étatique ou de Communauté Autonome, pourront établir la structure de la négociation collective ainsi que fixer les règles qui devront résoudre les conflits de concurrence entre conventions de cadre distinct et les principes de complémentarité des diverses unités de négociation, fixant toujours dans cette dernière hypothèse, les matières qui ne pourront faire l'objet de négociations dans les cadres inférieurs ».

Les interlocuteurs sociaux de plus haut niveau participent ainsi à la rationalisation de la structure de la négociation collective au travers d'un instrument conventionnel spécifique, dénommé « accord-cadre » ou « convention pour convenir »². La structure de la négociation constitue par conséquent « une compétence partagée » par la loi et la convention³. Un tel accord qui offre un espace de compétences supplémentaires à la négociation collective, présente logiquement plusieurs singularités relatives aux conditions de son élaboration et aux effets déployés⁴.

Ces singularités ont fait l'objet de nombreux et divers débats doctrinaux. Il conviendra alors ici de faire un bond dans le temps et d'aborder les conséquences de la réforme consécutive au RDL 7/2011 du 10 juin de mesures urgentes pour la réforme de la négociation collective. Le nouvel article 83.2 ET qui se compose désormais de deux alinéas, énonce que « les organisations syndicales et associations d'employeurs plus représentatives, de caractère étatique ou de Communauté Autonome, pourront établir, au travers d'accords interprofessionnels, des clauses sur la structure de la négociation collective, fixant, le cas échéant, les règles qui devront résoudre les conflits de concurrence entre conventions de cadre distinct.

¹ T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 329 ; STS 18 fév. 1999, Ar/2600.

² M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Complutense, 1983, p. 259; T. SALA FRANCO, op. cit., 1981, p. 564.

³ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 59.

⁴ Pour une analyse du rôle de ces accords, des politiques conventionnelles et des modèles de structure de la négociation dessinés, voir infra, n° 728.

Ces clauses pourront également être prévues dans des conventions ou des accords collectifs sectoriels, de cadre étatique ou de Communauté Autonome, par les syndicats et associations d'employeurs qui comptent sur la légitimation nécessaire conformément à ce qu'établit la présente loi ».

Incontestablement, cette reformulation permet de résoudre définitivement plusieurs difficultés et controverses doctrinales.

Afin d'aborder l'ensemble de ces questions, nous optons pour aborder tout d'abord les conditions d'élaboration de l'accord-cadre avant de s'attacher à ses effets. Un fil rouge va toutefois apparaître tout au long de ce développement et renvoie, conformément à la forme du nouvel article 83.2 ET, à la distinction entre le niveau interprofessionnel et les niveaux sectoriels.

a) L'élaboration des accords-cadre

Les conditions d'élaboration des accords-cadre nous conduisent à traiter trois questions : la détermination du champ d'application professionnel et géographique de ces accords, leur contenu et enfin, la sélection des organisations professionnelles légitimes pour les conclure.

671. En premier lieu, il ressort de l'article 83.2 ET que ces accords se négocient aux plus hauts niveaux depuis un double point de vue.

Du point de vue géographique tout d'abord, alors que certains auteurs estiment qu'il doit s'agir d'accord conclu au niveau étatique ou de CCAA¹, d'autres admettent que les accords de l'article 83.2 ET puissent être conclus dans des cadres géographiques plus réduits², tout en émettant certaines réserves notamment quant aux problématiques inhérentes à la représentativité par affiliation³. La pratique démontre toutefois que ces accords demeurent centrés au niveau étatique et autonome.

Plus complexe est la détermination du cadre fonctionnel ou professionnel. En effet, le précepte légal se réfère tout aussi bien aux accords professionnels qu'aux

¹ T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., *REDT*, 1988, p. 352 ; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 436 qui se prononce uniquement pour le niveau étatique.

² Le facteur décisif est le cadre géographique de la représentativité des signataires (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. GONZÁLEZ ORTEGA, « Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, 1983, n° 137, p. 359; A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 45; M^a.N. MORENO VIDA, op. cit., 1989, p. 224.).

³ A. VILLAVICENCIO RIOS, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Granada, Comares, 1998, p. 276 s.

conventions collectives. Doit-il alors s'agir d'accords interprofessionnels ou peut-il s'agir d'accords sectoriels ? Au regard de la pratique conventionnelle, la majorité de la doctrine a admis que ces accords puissent être conclus au niveau sectoriel¹. La jurisprudence a admis de manière claire que les conventions sectorielles puissent contenir des règles sur la structure de la négociation et sur l'articulation des conventions sur le fondement de l'article 83.2 ET². Plusieurs arguments vont dans ce sens³. Tout d'abord, du point de vue juridique, l'article 83.2 évoque des accords interprofessionnels ou des conventions collectives ce qui laisse la porte entre-ouverte. Ensuite, l'intervention des négociateurs de secteurs permet de compenser les difficultés de conclure un accord interprofessionnel en la matière⁴. Enfin, le niveau sectoriel représente dans la pratique conventionnelle un niveau opportun en matière de structure de la négociation permettant de prendre en compte les spécificités du tissu productif⁵.

Le RDL 7/2011 a tranché ces deux discussions en restreignant de manière expresse ces accords aux niveaux géographiques étatique et de CCAA et aux niveaux interprofessionnel ou sectoriel. Sont donc notamment exclus le cadre provincial et les sub-secteurs d'activités. Cette intervention légale qualifiée par un courant de la doctrine de « *dirigiste et limitative* »⁶, apparaît cependant cohérente et clarificatrice.

672. En deuxième lieu, quant au contenu, la loi évoque pour identifier les accords conformes à l'article 83.2 ET, l'existence de « *clauses sur la structure de la négociation collective, fixant, le cas échéant, les règles qui devront résoudre les conflits de concurrence entre conventions de cadre distinct* ». Dès sa rédaction originale,

¹ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 371; A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 104; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1983, p. 359; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 435. Contre M^a.N. MORENO VIDA, op. cit., 1989, p. 224. La jurisprudence refuse d'assimiler un accord cadre de groupe à un accord de l'article 83.2 ET (accord-cadre du groupe Repsol signé le 16 juill. 1997 ; STS 28/10/1999, Ar/8510).

² Le cadre fonctionnel des accords de l'article 83.2 ET devait correspondre à une « *unité très large* » correspondant « *à l'ensemble des relations de travail salarié* » ou, « *au moins, à un secteur significatif* » (STS du 16 nov. 1989, Ar/8068). Plus largement, voir STS du 18 fév. 1999, Ar/2600 ; STS du 10 avril 2002, Ar/5321.

³ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 105.

⁴ Les premières années de la transition ont toutefois été accompagnées par de nombreux pactes sociaux et accords interprofessionnels au plus haut niveau, notamment sur la question des salaires (voir supra, n° 23).

⁵ J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 371.

Soulignons ici que les conventions ou accords sectoriels conclus conformément à l'article 83.2 ET ont connu un essor important à la suite de la réforme légale de 1994 et de l'AINC-97. Pour approfondir sur cette question, voir infra, n° 728 s.

⁶ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 80.

écartant une interprétation restrictive¹, la doctrine majoritaire souligne que ces accords peuvent également prévoir d'autres règles dès lors qu'elles affectent la structure de la négociation, entendue largement. On pense alors aux règles de procédures de la négociation et notamment au devoir de négocier². Le devoir de négocier peut donc être maintenu, éliminé ou expressément prévu dans un cadre nouveau, en fonction des dispositions et des limites fixées par l'accord-cadre³. Comme le souligne la doctrine, le devoir de négocier présente « *dans une grande mesure, pour ne pas dire pleinement* », un caractère dispositif⁴.

Cette interprétation large de la notion de structure de la négociation collective permet alors de mesurer la portée de la suppression, dans la nouvelle version de l'article 83.2 ET, de la référence au principe de complémentarité et à la répartition de matières⁵. Sans préjudice des dispositions légales relatives à la répartition de matières entre conventions collectives de niveaux différents⁶, cette suppression qui permet de clarifier et de simplifier la rédaction de l'article, ne remet pas en cause la fonction globalisante de l'hétérogène notion de structure de négociation collective qui ouvre finalement le champ à n'importe quel règle ou mécanisme de rationalisation du système conventionnel⁷. Ces accords visent ainsi à « *l'aménagement, la régulation, la modélisation et à l'harmonisation de la négociation collective en tant que telle* »⁸. Ils peuvent prévoir des règles de préférence applicative différentes à la règle de non-affectation et opter pour appliquer le principe de la norme la plus favorable⁹ ou celui de

¹ Dans ce sens, F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 436.

² Voir E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., 1999, p. 252.

³ STS 10 avril 2002, Ar/5321. En l'espèce, l'accord-cadre exclut l'application du devoir de négocier pour les négociations sectorielles de cadre inférieur.

Il convient toutefois de noter que la jurisprudence a procédé à une interprétation large de cette faculté et a permis à un accord adopté au sein d'une commission de négociation de cadre supérieur, de limiter le devoir de négocier dans les unités inférieures, considérant qu'il s'agit d'une exception « *pour cause conventionnelle* » (STS du 3 juin 1999, Ar/6734). Cette position a justement été critiquée par la doctrine aux motifs qu'elle restreint l'application du devoir de négocier en interprétant largement une cause d'exonération qui devrait être, au contraire, appréciée de forme restrictive. Cette position assimile par ailleurs de simples accords de la commission de négociation à des accords-cadre de l'article 83.2 ET (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 299).

⁴ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 1994, p. 52.

⁵ Dans sa rédaction antérieure au RDL 7/2011, l'article 83.2 ET in prévoyait que les accords-cadre pouvaient fixer « *les principes de complémentarité des diverses unités de négociation, fixant toujours dans cette dernière hypothèse, les matières qui ne pourront faire l'objet de négociations dans les cadres inférieurs* ».

⁶ Sur le recours légal à la technique de la répartition des matières, voir infra, n° 723 s.

⁷ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 82.

⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1983, p. 360.

⁹ STS du 29 janv 1997 Ar/909 ; STS du 18 fév. 1999, Ar/2600.

spécialité¹. La mise en œuvre de la règle de l'application du plus favorable reste donc totalement tributaire de la volonté des interlocuteurs sociaux². Ils peuvent également prévoir qu'une unité de cadre inférieur puisse, une fois que la convention applicable n'est plus en vigueur, être absorbée par une unité de cadre plus large³.

Par ailleurs, l'admissibilité d'accords-cadre au niveau sectoriel a favorisé la conclusion d'accords traitant aussi bien des conditions de travail dans le secteur que de la structure de la négociation⁴. La jurisprudence envisage dans ce sens des accords dont la finalité est « *l'établissement de règles relatives à la structure de la négociation collective [...] et au contenu des conventions ordinaires négociées dans des cadres inférieurs* »⁵. Ces accords, qualifiés « *d'accords-cadre impropres* »⁶ ou d'accords « *mixtes ou hybrides* »⁷, sont admis par la majorité de la doctrine et la jurisprudence. Au niveau sectoriel, ils peuvent alors prendre la forme, ou bien d'accords-cadres comprenant certaines dispositions relatives aux relations individuelles de travail, ou bien, de conventions collectives sectorielles comprenant des dispositions entrant dans le cadre de l'article 83.2 ET. Cette modalité d'accords a alors posé deux difficultés majeures relatives aux effets qu'ils déploient et aux sujets légitimes.

673. En troisième lieu, il est alors intéressant de s'attacher aux organisations professionnelles légitimes pour participer à la négociation et à la conclusion des accords-cadre.

Lorsque l'accord-cadre est de niveau interprofessionnel, aucune difficulté ne se pose et peuvent négocier, conformément aux termes de l'article 83.2 ET, « *les*

¹ STS du 18 déc. 1990, Ar/9808.

² A. BEJARANO HERNÁNDEZ, loc. cit., 2008, p. 113. La jurisprudence a rappelé la marge de liberté des négociateurs estimant que « *l'article 83.2 ET est un précepte spécial et pour cela d'application préférentielle par rapport au précepte générique contenu à l'article 3.3 ET* » (STS du 27 oct. 1999, Ar/8411).

³ STCT 12 mars 1981, RTCT 2294; J.A. ALTÉS TÁRREGA y F. L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 209.

⁴ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, loc. cit., 1987-I, p. 850; A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 105; VILLAVICENCIO RÍOS, op. cit., p. 200 s.; F. VALDÉS DAL-RÉ, « *La restructuración de la negociación colectiva en el sector de la construcción: una experiencia a imitar* », *RL*, 1989-I, p. 56.

Ces accords ont connu un développement important à partir de la réforme de 1994 et de l'AINC-97 (A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 159 ; voir infra, n° 728).

⁵ STS 16 nov. 1989, Ar/8068; STS 18 fév. 1999, Ar/2600; STS 10 avril 2002, Ar/5321. Dans tous les cas, l'existence de clauses relatives à la structure de la négociation (concurrence et articulation) est essentielle et incontournable pour qu'un accord soit rattaché à l'article 83.2 ET (STS 10 juill. 2007, Ar/7112).

⁶ T. SALA FRANCO, op. cit., 1981, p. 565; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 103. Ces auteurs considèrent que ces accords doivent dans tous les cas comporter des dispositions relatives à la structure de la négociation collective. Sur l'hétérogénéité de la pratique conventionnelle, voir A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 160 s.

⁷ STS du 16 juin 1989, Ar/4593.

organisations syndicales et associations patronales plus représentatives, de caractère étatique ou de Communauté Autonome »¹. En revanche, lorsque, l'accord-cadre est de niveau sectoriel et aborde la détermination des conditions de travail, un courant doctrinal considère qu'en vertu de l'article 7.2 LOLS, les syndicats suffisamment représentatifs dans le secteur considéré puissent être parties à l'accord-cadre². Leur exclusion serait sans nul doute qualifiée de discriminatoire, d'autant plus que dans la pratique, ces syndicats peuvent avoir de meilleurs résultats électoraux³. Un autre courant doctrinal, estime toutefois que seules les organisations visées à l'article 83.2 ET peuvent signer ces accords en raison de leur amplitude et de leur finalité⁴. La jurisprudence tend majoritairement à retenir cette dernière position attribuant aux seuls syndicats plus représentatifs la faculté de conclure les accords-cadre⁵.

Il convient alors de saluer la réforme opérée par le RDL 7/2011 qui procède à l'assimilation des règles de légitimation des accords-cadre de niveau sectoriel aux règles applicables aux conventions collectives statutaires ordinaires⁶. Se réalise ainsi une extension des sujets légitimes qui peuvent désormais être les syndicats simplement représentatifs dans le secteur considéré⁷ et les associations d'employeurs conformément aux seuls travailleurs affectés⁸.

¹ Rappelons que la plus grande représentativité s'apprécie au niveau étatique ou autonome et au niveau interprofessionnel (voir supra, n° 106).

² Dans ce sens, un courant doctrinal souligne que l'adaptation des critères de l'article 83.2 ET à ceux des articles 87 et 88 ET est possible au regard de l'article 83.3 ET qui prévoit que les dispositions générales de l'ET sur les conventions collectives soient appliqués aux accords-cadre (F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 40).

³ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 107.

⁴ J.R. MERCADER, op. cit., 1994, p. 112; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 1989, p. 29; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2007, p. 90.

⁵ STS 16 juin 1989, Ar/4593; STS 16 nov. 1989, Ar/8068; STS 9 juill. 1998, Ar/6260; STS 30 janv. 1999, Ar/1118. Dans la pratique, les syndicats simplement peuvent participer à la conclusion d'un accord-cadre impropre qui devra toutefois, pour déployer tous ses effets, être conclu dans le respect des règles de légitimation appréciées uniquement par rapport aux seuls syndicats plus représentatifs.. Pour une approche de l'interprétation par les juges constitutionnels de la notion de « *plus grande représentativité* », voir STC 75/1992 du 14 mai et supra, n° 106.

⁶ Au niveau sectoriel, peuvent désormais intervenir, « *les syndicats et associations d'employeurs qui comptent sur la légitimation nécessaire conformément à ce qui est établi dans la présente loi* » (art. 83.2 al. 2 ET). Il s'agit des articles 87.2 et 87.3 ET relatifs aux règles de légitimation pour négocier des conventions sectorielles

⁷ Art.7.2 LOLS et art. 87.2 ET. Pour approfondir, voir supra, n° 107.

⁸ Le pourcentage exigé de travailleurs affectés s'élève toutefois à 15%. Rappelons ici que les associations d'employeurs qui comptent sur au moins 10% des travailleurs et des employeurs affectés possèdent également la légitimation initiale pour négocier ces accords (art. 87.3.c) ET. Par ailleurs, s'applique la nouvelle règle selon laquelle « *dans les secteurs dans lesquels il n'existe pas d'associations d'employeurs qui comptent sur la représentativité suffisante, seront légitimes pour négocier les conventions collectives de secteur correspondantes, les associations d'employeurs de cadre étatique qui comptent sur 10% ou plus des entreprises et des travailleurs dans le cadre étatique, ainsi que les associations d'employeurs de CCAA qui comptent dans celle-ci sur un minimum de 15% des entreprises ou des travailleurs* » (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 80). Pour approfondir, voir supra, n° 151.

b) Les effets des accords-cadre

La question des effets déployés par les accords-cadre recèle de nombreuses difficultés juridiques et singularités pratiques. En effet, s'il est admis que ces accords déploient une efficacité particulière conformément à l'originalité de ces destinataires, la pratique conventionnelle tant au niveau interprofessionnel qu'au niveau sectoriel a toutefois démontré que de nombreuses nuances doivent être apportées.

674. La première interrogation à laquelle s'est confrontée la doctrine consistait à définir les particularités de l'efficacité déployée par les accords-cadre. Aux termes de l'article 83.3 ET, ils bénéficient du même traitement « *de cette loi pour les conventions collectives* ». Or, il est incontestable que la fonction structurante des accords-cadre se distingue de la fonction traditionnelle de la convention collective en matière de détermination des conditions de travail. La doctrine a alors évoqué « *l'efficacité normative collective générale* » de ces accords qui se déploient sur tous les sujets collectifs inclus dans le champ d'application de l'accord¹. Elles établissent des normes pour des tiers qui sont les parties à la négociation d'une autre convention de niveau inférieur². Les juges considèrent que ces accords remplissent une fonction d'encadrement de la négociation aux niveaux inférieurs et favorisent « *un certain degré d'uniformité dans toutes les conventions collectives* »³. Dès lors, ils « *ne sont pas de simples accords obligatoires mais des accords impératifs pour les sujets à qui ils sont dirigés* »⁴. Ils reconnaissent ainsi aux dispositions des accords-cadre « *une valeur normative qui est dirigée aux négociateurs situés dans le champ de l'accord-cadre* »⁵. La valeur normative reconnue à l'accord-cadre ne se confond donc pas avec celle reconnue aux conventions ordinaires en raison de leurs différents destinataires.

Considérant que l'accord-cadre s'applique aux organisations comprises dans une unité de cadre inférieur, les parties peuvent procéder à une répartition de compétence ou

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1983, p. 366; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1987, p. 187; K.M. SANTIAGO REDONDO, *La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.2 LET)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 26 qui estime que les accords de l'article 83.2 ET sont dotés d'impérativité au même titre que les conventions ordinaires et que ce sont uniquement les destinataires qui varient.

² F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., *RL*, 2008, n° 14, p. 5.

³ STS du 16 juin 1989, Ar/4593.

⁴ STS 18 fév. 1999, Ar/2600 ; STS 27 oct. 1999, Ar/8411.

⁵ STS 16 nov. 1989, Ar/8068; STS du 23 oct. 1995, Ar/7864.

de matières selon les niveaux de négociations. Cette faculté conduit à limiter, dans les unités de cadre plus réduit, la capacité de négociation des organisations qui ne peuvent plus choisir les matières objets de négociation¹. Il est admis que les dispositions conventionnelles de cadre inférieur adoptées au mépris des dispositions des accords-cadre, doivent être annulées². Cette limitation résulte directement de la loi qui établit dans ce sens une relation de supériorité hiérarchique³ et s'avère compatible avec la Constitution soulignant la légitimation spécifique exigée⁴ et considérant que les organisations professionnelles de cadre inférieur peuvent dans tous les cas exercer leur droit à la négociation collective par la voie extrastatutaire⁵.

Les conditions temporelles de l'application de l'accord-cadre ont par ailleurs posé certaines difficultés. D'une part, il s'agissait de savoir si l'accord-cadre peut ou non s'imposer de manière immédiate aux situations déjà existantes. La majorité de la doctrine considère que les accords de l'article 83.2 ET ne peuvent avoir d'effet que pour le futur et s'appliquent dès lors que les conventions inférieures ne sont plus en vigueur⁶. D'autre part, lorsque l'accord-cadre est dénoncé et entre en ultraactivité prévue à l'article 86.3 ET, doit-on admettre que la négociation dans une unité inférieure

¹ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 1989, p. 38. Le Professeur ALIPRANTIS souligna que « la loi légalise par avance les règles de distribution de compétence qu'établiront les conventions collectives » et que les signataires d'un tel accord « n'opèrent pas dans le vide législatif » (loc. cit., p. 15).

² STS du 23 oct. 1995, Ar/7864. En l'espèce, une convention sectorielle départementale traite de matières réservées à la convention étatique en vertu de l'article 83.2 ET. Les juges prononcent la nullité des dispositions de la convention départementale (A. DESDENTADO BONETE et B. VALDÉS DE LA VEGA, op. cit., 1998, p. 93 ; J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 475. Sur l'opportunité de procéder à la nullité partielle ou à la nullité totale de la convention de cadre inférieur, voir E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 112. Rappelons toutefois que la jurisprudence tend désormais à mettre à l'écart les dispositions d'une convention collective postérieure de cadre inférieur qui viole la règle de non-affectation de l'article 84.1 ET (voir supra, n° 661).

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO et S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 1983, p. 370; M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 272; J.L. SALIDO BANÚS, op. cit., p. 110.

⁴ STC 73/1984, du 26 juin 1984.

⁵ Il demeure donc « toujours un cadre d'exercice du droit à la négociation » (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 349). Pour le Professeur VALDÉS DAL-RÉ, « la décision des organisations syndicales et des organisations patronales les plus représentatives de limiter la liberté de choix de l'unité de négociation est conforme au droit » considérant que le Titre III qui « n'absorbe pas le droit à la négociation collective garanti dans le texte constitutionnel » (loc. cit., 1983, p. 437).

⁶ Dans ce sens, la doctrine souligne que l'arrivée à expiration de la convention de cadre inférieur conduit à l'inapplication de la règle de non-affectation et permet l'application de l'accord cadre postérieur. Est également évoqué le principe de non-rétroactivité (T. SALA FRANCO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., REDT, 1988, p. 349; A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 105; J.A. ALTÉS TÁRREGA y F. L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 209; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 111; voir également STS 23 oct. 1995, Ar/7864). D'autres auteurs affirment cependant au terme d'une interprétation littérale de la loi, que les dispositions des accords de l'article 83.2 ET se substituent aux règles de l'article 84 ET et doivent s'appliquer aux conventions déjà en vigueur (J.L. SALIDO BANÚS, op. cit., p. 118). Enfin, un auteur se référant aux accords-cadre impropres, considère que les dispositions relatives aux conditions de travail s'appliquent de manière immédiate et que celles relatives à la structure sont mises en oeuvre lors de la dénonciation (M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 273).

antérieurement exclue par l'accord-cadre dénoncé est possible ? Cette question rejoint la délicate question du contenu obligatoire et normatif de la convention¹. Bien qu'une première approche conduise à rattacher ces clauses au contenu obligatoire et donc à admettre la cessation de ses effets à la suite de la dénonciation², les tribunaux ont toutefois maintenu leur application limitant par conséquent la négociation dans les unités inférieures³.

Ce cadre pacifié se voit néanmoins fortement perturbé par deux phénomènes qui viennent nuancer l'efficacité normative collective de l'accord-cadre.

675. Au niveau sectoriel, tout d'abord, l'essor des accords-cadre impropres qui abordent également la réglementation des conditions de travail, conduit à s'interroger sur la portée de ces règles notamment vis-à-vis des salariés compris dans le champ d'application de l'accord. Inversement, l'intégration dans les conventions collectives sectorielles de clauses en matière de structure de la négociation amène à définir l'efficacité de ces clauses sur les parties à la négociation des unités de cadre plus réduit comprises dans le champ d'application de l'accord-cadre.

La jurisprudence a tout d'abord affirmé que les accords-cadre de l'article 83.2 ET sont dénués d'efficacité normative « *sur les relations individuelles de travail comprises dans son champ d'application* »⁴. Il convient alors de souligner que l'ET prévoit à l'article 83.3 une autre modalité d'accords, dénommés accords sur des matières concrètes, qui régissent de manière directe et immédiate une matière déterminée⁵. Cet accord « *s'impose sans nécessiter de réception dans une convention collective postérieure de cadre plus réduit* »⁶. Afin de garantir l'application de dispositions relatives aux conditions de travail prévues dans l'accord-cadre, les signataires de l'accord peuvent toutefois décider que ces dispositions doivent faire

¹ Voir supra, n° 611 s.

² Favorable à l'inapplication de l'accord-cadre dénoncé estimant qu'il se rattache au contenu obligatoire, voir J.A. ALTÉS TÁRREGA y F. L. FITA ORTEGA, loc. cit., p. 210.

³ L'accord-cadre peut directement prévoir son maintien ou il peut se déduire de ses dispositions son application intégrale jusqu'à la conclusion d'un autre au même niveau (STS 10 avril 2002, Ar/5321 ; STS 10 oct. 2000, Ar/9423 ; STS 18 fév. 1999, Ar/2600) ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La tutela de las unidades inferiores », Exemplaire photocopié, p. 8.

⁴ STS 16 nov. 1989, déjà cité. Les juges ont par ailleurs affirmé que « *prétendre à une application directe de la norme-cadre à la relation de travail concrète et particulière qui existe entre les parties serait dénaturer son essence et la doter d'effets et d'une force contraignante dont elle est dépourvue* » (STS du 16 juin 1989, Ar/4593 ; J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 375 ; K.M. SANTIAGO REDONDO, op. cit., p. 21).

⁵ K.M. SANTIAGO REDONDO, op. cit., p. 23.

⁶ STS 16 nov. 1989, Ar/8068.

l'objet d'une réception dans les conventions comprises dans son champ d'application pour être invocables par les salariés¹.

Force est cependant de constater que lorsqu'il s'agit de conventions collectives sectorielles abordant la question de la structure de la négociation et de la coordination entre conventions collectives, la position des juges varie. En effet, considérant que ces conventions peuvent se réserver certaines matières, il est fréquent que soit abordé dans le même accord le contenu de ces matières par la détermination de conditions de travail directement applicables². Les juges³ ainsi que la doctrine majoritaire⁴, procèdent à une interprétation large des accords de l'article 83.2 ET et distinguent à l'intérieur des conventions nationales sectorielles les dispositions adoptées en référence à l'article 83.2 ET et celles relatives aux conditions de travail, attribuant à chacune d'elles leur correspondante efficacité. La doctrine se réfère aux dispositions relatives à la structure de la négociation collective comme « *contenu normatif collectif* »⁵ tout en mettant en exergue les difficultés théoriques pour intégrer ce contenu dans la distinction classique entre contenu normatif et contenu obligatoire⁶.

¹ Les juges ont ainsi affirmé qu'une clause autosuffisante prévue dans un accord de l'article 83.2 ET, en l'espèce de mise à la retraite forcée, ne peut être appliquée de forme automatique sur les relations de travail concernées si les négociateurs de l'accord-cadre prévoient que cette clause doit être insérée dans une convention collective de cadre inférieur (STS 16 nov. 1989, Ar/8068). Un arrêt prononcé en 1991 confirme cette position énonçant que les accords-cadre ne déploient pas d'effet direct en l'absence d'insertion de ces clauses dans les conventions comprises dans son champ d'application. Les juges précisent toutefois que cette insertion « *doit se produire dans les termes de l'accord-cadre* » (STS 12 juin 1991, Ar/6239).

² A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 159.

³ STS 23 oct. 1995, Ar/7864 relatif à l'annulation d'une convention sectorielle de cadre autonome qui viole la structure de la négociation collective établie dans une convention qui respecte les exigences de l'article 83.2 ET conclue au niveau étatique ; STS 29 janv. 1997, Ar/909. En l'espèce, la convention collective nationale des entreprises de sécurité qui prévoit des règles de coordination entre conventions permettant aux conventions d'entreprises d'améliorer les dispositions relatives aux conditions de travail qui constituent par conséquent des minimums impératifs (voir également STS 27 oct. 1999, Ar/8411 ; STS 10 oct. 2000, Ar/9423).

STS 9 juill. 1998, Ar/6260 relatif à un accord de transposition au niveau de la CCAA de l'ASEC-96. Dans cet arrêt, les juges envisagent l'accord comme une fusion des accords de l'article 83 ET (accord-cadre pur et accord sur des matières concrètes) qui est possible en raison de la coïncidence entre les signataires.

⁴ Voir A. BAYLOS GRAU, « Unidades de negociación y concurrencia de convenios colectivos (en torno a los artículos 83 y 84) », *REDT*, 2000, n° 100, p. 1462; A. DESDENTADO y B. VALDÉS, op. cit., 1998, p. 93; J.L. SALIDO BANÚS, op. cit., p. 109.

⁵ S. DEL REY GUANTER, *Negociación colectiva y paz laboral*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1984, p. 679, du même auteur, « Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos », *RL*, 1988-I, p. 312.

⁶ Comme le souligne un auteur, « *l'inclusion dans le contenu normatif de clauses de ce type entraîne la désactivation du critère basique de définition relatif aux destinataires des respectives stipulations. Les destinataires du contenu normatif ne sont plus exclusivement les travailleurs et employeurs, en leur condition de sujets du contrat de travail, mais le sont également les représentations de travailleurs signataires de la propre convention collective* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 2008, n° 17, p. 6). Sur la dénonciation et la distinction entre contenu normatif et contenu obligatoire (voir supra, n° 611).

Il ressort dans tous les cas de la jurisprudence que les juges portent une attention particulière à la volonté des signataires des accords de l'article 83.2 ET afin de déterminer l'application impérative ou non des clauses relatives aux conditions de travail¹.

Un arrêt relativement récent rendu en 2008 vient cependant semer le doute². Dans cette affaire, une convention d'entreprise traite de matières déjà régulées et objets d'une réserve de compétence dans un accord-cadre impropre de niveau sectoriel étatique. Admettant l'application de la convention d'entreprise, considérant que l'accord-cadre n'est pas applicable à l'entreprise et affirmant que les deux accords n'ont pas le même champ d'application professionnel, les juges considèrent *obiter dictum* que dans l'hypothèse où l'accord-cadre s'appliquerait, il conviendrait d'appliquer la règle de non-affectation. Pour cela, ils affirment que l'accord-cadre sectoriel étatique ne correspond pas à un accord de l'article 83.2 ET, quand bien même il comporterait des clauses relatives à la structure de la négociation dans le secteur, au motif de ne pas remplir les exigences légales et la finalité de ce type d'accord. Les juges rappellent dans ce cadre que la finalité des accords-cadre est « *d'établir des normes à suivre pour de futures conventions* ». Comme « *convention pour convenir* », ils peuvent exclure le traitement de certaines matières dans des niveaux inférieurs mais ne peuvent pas procéder à la détermination de conditions de travail directement applicables aux relations individuelles, ni « *fixer une régulation fermée des conditions de travail* » applicable sans intervention d'une autre convention. L'application de ce raisonnement conduit alors à considérer l'accord sectoriel comme une convention ordinaire qui déploie ces effets sur les employeurs et travailleurs compris dans son champ d'application et qui est donc soumise à la règle de non-affectation de l'article 84 ET. Cette jurisprudence va-t-elle alors aboutir à obliger les acteurs sociaux à conclure d'une part, un accord-cadre, et d'autre part, une convention collective ordinaire³ ? Cette

¹ En effet, dans la première série d'arrêts, les juges relèvent que les négociateurs prévoient l'intégration du contenu normatif au travers de procédures de négociation aux niveaux inférieurs. En revanche, les conventions sectorielles étatiques plus récentes prévoient que les règles de coordination entre conventions de cadre plus réduit sont impératives.

² STS 5 mars 2008, Ar/5067; A. COSTA REYES, « Comentario a la STS de 5 de Marzo de 2008: ¿Réquiem por el acuerdo marco impropio? », in *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. J.M. de SOTO RIOJA, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, p. 305.

³ La conclusion d'un accord de l'article 83.2 et d'un accord de l'article 83.3 ET est envisageable (dans ce sens, il se dégage de la jurisprudence antérieurement citée qu'un seul accord puisse regrouper les deux modalités envisagées à l'article 83 ET ; STS 16/06/1989 ; STS 9 juill. 1998). Cependant force est de

solution paraissait opportune au regard du droit antérieur à la réforme de 2011 et permettait de résoudre les difficultés en matière de légitimation. Elle pouvait conduire à la distinction entre l'accord-cadre sectoriel étatique conclu par les syndicats plus représentatifs qui réservent le traitement de certaines matières à une convention collective sectorielle étatique, conclue quant à elle par l'ensemble des syndicats représentatifs dans le secteur considéré. La réforme de 2011 a cependant résolu cette difficulté en élargissant les sujets légitimes pour négocier au niveau sectoriel. Dès lors, il semble possible de considérer qu'une convention ou un accord sectoriel de cadre étatique ou de CCAA peut aussi bien aborder des matières relatives à la structure de la négociation que prévoir les conditions de travail directement applicables dans son champ d'application.

676. Au niveau interprofessionnel, les juges ont admis que les signataires peuvent modeler l'efficacité de ces accords. Cette question dépasse la seule analyse de l'article 83.2 ET renvoyant à la question plus générale de la disponibilité pour les parties à la négociation de l'efficacité légalement attribuée aux accords conformes aux règles statutaires. Dans ce sens, nous avons vu antérieurement qu'une convention ordinaire peut mettre à l'écart la règle de l'article 84 ET et permettre l'application d'une convention postérieure de cadre distinct. Ici, on constate que l'accord-cadre interprofessionnel, pourvu légalement d'une force normative envers l'ensemble des négociateurs de cadre inférieur, peut refuser cette efficacité et déployer une efficacité spécifique conforme à la volonté des négociateurs. Reprenant les propos de la Professeur CASAS qui s'inscrit dans le courant majoritaire de la doctrine, le dispositif légal représente « *un cadre pour la pleine efficacité du droit à la négociation collective, obligé pour les négociateurs qui désirent s'y inscrire, mais non dans le cas contraire. Garantir n'est pas imposer* »¹.

constater que les matières abordées dans l'accord de l'article 83.3 ET sont limitées. Dès lors, il semble plus opportun de conclure une convention collective ordinaire.

¹ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RMTAS*, 1997, p. 227. L'article 82.3 ET qui prévoit que la convention statutaire « *oblige tous les employeurs et travailleurs compris dans son champ d'application* », ne peut être interprété comme une interdiction pour les parties de négocier en marge des règles légales (loc. cit., *RL*, 1997-I, p. 35). Plus loin, l'auteur se réfère à l'ASEC-96. Néanmoins, tout en présentant des caractéristiques distinctes à l'AINC-97, cet accord conduit toutefois à se poser la même question que celle formulée pour l'AINC-97, « *est-il légalement possible que ceux qui possèdent la capacité et la légitimation pour négocier une convention erga omnes, décident de limiter son efficacité subjective, sans, pour autant, abandonner les appuis du législateur à la négociation collective ?* » (loc. cit., p. 243).

Le paradigme de ce type d'accord est l'Accord Interconfédéral sur la Négociation Collective signé en avril 1997 (AINC-97)¹. Celui-ci rentre totalement dans le cadre fixé par l'article 83.2 ET remplissant toutes les conditions de légitimation, de contenu, de procédures et de publicité exigées. La doctrine estima dans ce sens qu'il s'agissait d'un « *accord interconfédéral pur dans sa version d'accord-cadre structurel* »². Néanmoins, l'AINC-97 se contente de formuler des principes informatifs destinés aux négociateurs sectoriels qui restent libres de les mettre en œuvre³. Le Professeur VALDÉS affirma qu'il s'agissait d'un « *modèle théorique dont la réalisation en modèle analytique est différée à la décision et à la liberté des sujets collectifs* »⁴. Dans ce sens, les signataires lui ont attribué expressément un « *caractère obligatoire* »⁵. Les destinataires des obligations prévues dans l'AINC-97 sont exclusivement les parties signataires excluant ainsi les organisations non-signataires, mais également les organisations confédérées aux parties signataires⁶. Il s'agit de « *simples recommandations dirigées aux négociateurs des conventions sectorielles étatiques* »⁷. Les grandes confédérations syndicales et patronales s'engagent néanmoins, de forme interne, à promouvoir les orientations adoptées au sein des fédérations ou organisations qui les composent⁸. Cette idée renvoie alors aux concepts de devoir d'influence des signataires⁹ et d'autodiscipline syndicale¹⁰. On peut dans ce sens estimer qu'ils

¹ Cet accord est directement connecté aux conséquences de la réforme de 1994 (voir supra, n° 397, 448 et infra, n° 728).

² M^a.E. CASAS BAAMONDE, « El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva: continuidad e innovación de contenidos y propuestas de reforma de la estructura de la negociación colectiva », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 195.

³ L'AINC-97 énonce qu'il prévoit des « *obligations de conduite du niveau confédéral au niveau fédéral des respectives organisations* ». Pour une analyse du modèle de structure de la négociation collective dessiné, voir infra, n° 728.

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, « Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual », *RDS*, 2001, n° 15, p. 78.

⁵ Paragraphe II. Il est alors intéressant d'observer en parallèle, que les signataires de l'ASEC-96, qui constitue un accord-cadre sur une matière concrète, ont également opté pour conditionner son application à sa transposition aux niveaux inférieurs.

⁶ Comme le souligna la doctrine, les parties signataires veillent à préserver le « *respect de l'autonomie des organisations inférieures de manière à ce qu'il soit de leur liberté et de leur responsabilité de décider sur l'application ou non du modèle de négociation articulée* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, « Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva », *RL*, 2001-II, p. 105).

⁷ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1998, p. 200.

⁸ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit. 1998, p. 200.

⁹ R. GALLARDO MOYA, *Democracia sindical interna*, Madrid, Trotta, 1996, p. 131. E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., 1999, p. 86. Une des parties signataires de l'accord-cadre peut donc demander réparation et engager la responsabilité de l'autre partie en invoquant le non-accomplissement du devoir d'influence (J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 481). Sur ce devoir, voir infra.

¹⁰ Les négociateurs de niveaux inférieurs affiliés à une organisation plus représentative signataire d'un accord-cadre, peuvent faire l'objet de sanctions internes (J.R. MERCADER UGUINA, op. cit., 1994, p. 477).

représentent des documents internes aux organisations professionnelles dépourvus de force juridique concrétisant une « *option de politique syndicale* »¹. La doctrine souligne alors qu'indépendamment de l'effectivité de sa mise en œuvre, « *le point faible du système se situe dans le cadre de l'entreprise ; dans la négociation de conventions collectives qui auront comme partie les représentants élus qui ne sont pas contrôlés par les organisations syndicales signataires* »². La doctrine demeure toutefois divisée quant à la qualification de cet accord. Pour certains, il peut être rattaché à l'article 83.2 ET indépendamment de son efficacité³. Un autre courant doctrinal estime cependant qu'il ne peut être rattaché à l'ET⁴. Son efficacité juridique mais également son caractère extrêmement ouvert quant à sa mise en œuvre, empêchent de l'assimiler à la convention extrastatutaire⁵. Dès lors, il s'agit d'un nouvel instrument conventionnel émanant directement de l'autonomie collective des interlocuteurs sociaux et de l'article 37.1 CE⁶.

677. Au regard de ces considérations, il apparaît naturel que la logique contractuelle de l'AINC-97 ait suscité des doutes de la part de la doctrine qui avait fortement relativisé la portée de ce type d'accord en évoquant son caractère incitatif⁷. Conclu pour une durée de 4 ans, l'AINC-97 resta sans application réelle dans la pratique⁸. En 2000, la structure de la négociation se caractérise par l'hétérogénéité des normes sectorielles nationales qui empêche de dégager une tendance générale, et reste marquée par la faible articulation entre les niveaux de négociations. L' « *autisme* » des

¹ S. GONZÁLEZ ORTEGA et M. CORREA CARRASCO, « El Acuerdo Interconfederal sobre negociación colectiva », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 249; A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1997, p. 657.

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2002, p. 25. La forte syndicalisation des comités d'entreprises peut néanmoins permettre de nuancer dans une certaine mesure ce propos.

³ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1998, p. 198.

⁴ S. GONZÁLEZ ORTEGA et M. CORREA CARRASCO, loc. cit., 1998, p. 260.

⁵ A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 108.

⁶ A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 109; J.L. SALIDO BANÚS, op. cit., p. 109. Contre K.M. SANTIAGO REDONDO, op. cit., p. 243, pour qui l'AINC-97 est « *un accord atypique de droit commun [...] éloigné de l'autonomie collective représentative de l'article 37.1 CE* »).

⁷ J. VIDA SORIA, « Los acuerdos para la estabilidad del empleo y la negociación colectiva de 1997 en el marco de las reformas del sistema normativo para las relaciones de trabajo », *RL*, 1997-I, p. 600; M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1998, p. 196. Voir également C.L. ALFONSO MELLADO, « La nueva reforma laboral ¿qué se ha hecho y para qué? », *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, 1997, n° 4, p. 27.

⁸ A. GUTIÉRREZ VERGARA, « La Reforma laboral pactada del 97, un buen precedente para futuras reformas », *RDS*, 2000, n° 10, p. 230; A. FERRE SAIS, « Agenda y expectativas del proceso de diálogo social », *RDS*, 2000, n° 10, p. 237.

niveaux de négociation continue de caractériser le système espagnol¹ même si de timides manifestations laissent augurer une évolution².

Les difficultés applicatives de l'AINC-97 ont ainsi conduit les organisations professionnelles plus représentatives à conclure d'autres accords postérieurs poursuivant globalement les mêmes objectifs.

Un nouvel accord d'identique dénomination, conclu le 20 décembre 2001 et applicable pour l'année 2002 (AINC-2002), est, de manière comparable à l'AINC-97, négocié et signé dans le cadre de l'article 83.2 ET mais dépourvu, conformément à la volonté des signataires, d'efficacité normative³. Notons toutefois que ces derniers portent alors une attention particulière à leur obligation de promouvoir les principes de cet accord au sein de leur organisation. Pour cela, deux types d'obligations sont distingués⁴ : celles classiques entre les signataires de l'accord et celles entre chaque signataire et ses organisations confédérées⁵.

Le processus de négociation interprofessionnelle nationale se poursuit par la suite de forme continue en 2003⁶, 2005⁷ et 2007⁸, par la conclusion de divers accords dotés également d'une efficacité juridique contractuelle dans la lignée des accords de 1997 et 2002. Dernièrement, l'Accord pour l'Emploi et la Négociation Collective pour

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, « Reforma de la estructura contractual y autonomía colectiva », *RL*, 1999-I, p. 40.

² Une auteure souligne que « *s'observe un changement de tendance dans la pratique de négociation* » qui s'illustre par la présence de clauses relatives à la structure de négociation dans les conventions sectorielles étatiques (A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 159-186), force est de constater que le dispositif établi par l'AINC-97 reste de manière générale inappliqué.

³ La doctrine affirma que « *ni les règles qu'il institue, n'ont une application directe ou immédiate sur les relations de travail individuelles, ni les règles d'aménagement de la négociation collective agissent comme de véritables normes imposées aux sujets collectifs* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, « El Acuerdo Interconfederal para la negociación Colectiva 2002 », *RL*, 2002-II, p. 24).

Pour une analyse du contexte socio-politique de la négociation de cet accord, voir C.L. ALFONSO MELLADO, « El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002 », in *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, op. cit. 2002, p. 308.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2002, p. 24.

⁵ Les signataires s'obligent « *à se diriger à leurs respectives organisations dans les secteurs ou branches d'activité pour établir avec elles, sans diminution de leur autonomie collective, les mécanismes et voies les plus adéquats qui leur permettront d'assumer ce qui est convenu* » (§ 3, Titre I.1).

⁶ J. CRUZ VILLALÓN, « La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva: 2002, 2003 y 2004 », in *Nuevos problemas de la negociación Colectiva, XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2004.

⁷ Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva 2005, *RL*, 2005, p. 1269; N. SERRANO ARGÜELLO, « A propósito del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 », *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, 2005, n° 19, p. 2.

⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, « El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 », *RL*, 2007-I, p. 83; F. VALDÉS DAL-RÉ, « La prórroga para el 2008 del Acuerdo Interconfederal par la Negociación colectiva 2007 », *RL*, 2008, n° 3, p. 27

les années 2010, 2011 et 2012, conclu le 9 février 2010 (AENC-10), est dans sa structure comparable aux accords antérieurs en la matière¹.

678. En définitive, reprenant les propos d'une doctrine autorisée relatifs à l'accord de 2002 mais transposable à tous ces accords, leur « *efficacité dépendra de la discipline interne, du pouvoir d'autorité et d'influence du sommet sur les organisations intégrées à la centrale* »². Dès lors, l'autonomie collective se convertit en actrice clef de la mise en œuvre et de la réussite du modèle de structure de négociation collective.

Il est dans tous les cas intéressant de relever qu'en vertu de l'article 83.2 ET, la capacité des interlocuteurs sociaux d'organiser dans un cadre déterminé la structure de la négociation collective constitue « *une hypothèse normale, non pathologique* » du système de négociation collective espagnol³. Prolongeant cette idée, il apparaît que la pratique conventionnelle a rompu le moule légal. D'un côté, elle a fusionné dans un seul et même accord des dispositions relatives aux accords-cadre et aux conventions collectives de travail. D'un autre côté, elle a abouti à moduler les effets juridique et personnel légalement reconnus à ces accords. Sur ce dernier point, l'option de restreindre l'efficacité des accords interprofessionnels aux seuls signataires permet sans nul doute, d'un point de vue de politique syndicale, d'aménager les relations de pouvoirs et de concilier l'inconciliable, prétendre rationaliser la structure de la négociation tout en garantissant l'autonomie de chaque niveau de négociation. Elle prive néanmoins le système espagnol d'un instrument permettant l'édification d'un modèle de structure de la négociation collective plus rationnelle et opérative.

B. La coordination avec la convention extrastatutaire : les conditions d'application du plus favorable

679. Nous avons antérieurement admis que la Constitution reconnaît l'autonomie collective qui est notamment mise à en œuvre par l'exercice du droit à la

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 2010, n° 10, p. 77; A.V. SEMPERE NAVARRO, « El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 9 de febrero 2010 », *Aranzadi Doctrinal*, 2010, n° 1, p. 9.

Notons enfin que les acteurs sociaux ont récemment signé le 25 janvier 2012, le II Accord pour l'Emploi et la Négociation collective pour les années 2012, 2013 et 2014 (AENC-12) dont le caractère innovant a été largement dépassé par le contenu de la réforme légale de RDL 3/2012 du 10 février de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail (voir supra, n° 448, infra, n° 728, 737).

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2002, p. 25.

³ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 54.

négociation collective prévu à l'article 37.1 CE, lui-même intégré au contenu essentiel de la liberté syndicale. Dans ce cadre, le développement légal issu du Titre III de l'ET ne constitue qu'une option, une mise en œuvre partielle du droit à la négociation collective. Dès lors, les conventions collectives extrastatutaires renvoient au droit à la négociation collective prévu à l'article 37.1 ET et bénéficient pour autant d'un fondement juridique. Nous avons également mis en exergue que ces conventions déploient, vis-à-vis des contrats individuels compris dans son champ d'application, une efficacité réelle¹. Or, cette perspective qui demeure orientée vers le contrat individuel de travail, ne permet pas d'envisager leurs relations avec les conventions collectives statutaires.

Il ressort de la jurisprudence que l'article 84.1 ET « *se réfère exclusivement aux conventions statutaires* »². Dès lors, en raison de l'inapplication de la règle de non-affectation, il est admis que la présence d'une convention statutaire n'empêche pas la conclusion d'une convention extrastatutaire³ et inversement, que la présence d'une convention extrastatutaire n'empêche pas la négociation et l'application d'une convention statutaire postérieure⁴. La doctrine parle alors d'application « *parallèle, dans la mesure où les deux conventions coexistent temporellement mais leur action se réfère exclusivement à un champ subjectif différent* »⁵. Cette coexistence conduit alors à identifier le mécanisme permettant de déterminer les dispositions conventionnelles qui doivent être appliquées. L'hypothèse de concurrence entre une convention collective statutaire et une convention collective extrastatutaire répond à une logique propre, distincte de la règle de non-affectation.

Il convient ici de formuler une considération préalable. Doctrine et jurisprudence affirment que la voie statutaire est préférentielle ou prioritaire par rapport à la

¹ Voir supra, n° 77.

² STS du 17 oct. 1994, Ar/8052; STS 14 fév. 1996, Ar/1017. A. DESDENTADO BONETE et B. VALDÉS DE LA VEGA, op. cit., 1998, p. 94; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 127; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, « Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica », in *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Dir. G. BARREIRO GONZÁLEZ y J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Madrid, MTAS, 2004, p. 91.

³ STS 11 sept. 2003, Ar/9030; STS 1 mars 2001, Ar/2829 dans l'hypothèse d'une rupture des négociations en vue de négocier la rénovation d'une convention statutaire dénoncée. Pour la doctrine, voir J. GARCÍA VIÑA, « Los convenios colectivos extraestatutarios. Régimen jurídico y relación con los convenios colectivos estatutarios », *TS*, 2000, n° 118, p. 21.

⁴ STS du 14 fév. 1996, Ar/1017; STS 1^{er} mars 2001, Ar/2829.

⁵ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 37.

négociation extrastatutaire qui se conçoit comme une voie de négociation secondaire¹ qui ne peut déplacer ou se substituer à la négociation statutaire². La convention extrastatutaire peut donc aborder des matières non-traitées par la convention statutaire³ ou s'inscrire dans une relation de complémentarité. Il est également admis que la convention extrastatutaire puisse remplir une fonction d'amélioration par rapport aux dispositions de la convention statutaire. Les dispositions de conventions statutaires sont, dans ce cadre, indérogeables *in peius* fonctionnant comme des minimums de droit nécessaire⁴. Toute la difficulté apparaît alors à l'heure de déterminer la méthode permettant de mesurer le caractère plus favorable ou non de la convention collective extrastatutaire. En effet, la méthode d'appréciation du caractère plus favorable va dépendre de la nature reconnue aux conventions extrastatutaires⁵.

680. En l'absence de dispositions légales explicites, l'article 3 ET a alors été avancé afin d'apporter des éléments de solution. Le recours à cet article implique alors que l'existence simultanée d'une convention extrastatutaire et d'une convention statutaire ne constitue pas « *un problème de concurrence de conventions mais*

¹ L'existence de règles de légitimation, d'un devoir de négocier et l'attribution d'une efficacité générale, démontrent la priorité légale pour la voie statutaire (F. VALDÉS DAL-RÉ, *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, 1988, p. 43; A. BAYLOS GRAU, op. cit., 1991, p. 118. M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc.cit., p. 597).

² Le TC considère que le recours à la négociation extrastatutaire est possible dès lors qu'il « *ne suppose pas une pratique antisyndicale prohibée par l'article 13 de la LOLS ou qu'il ne rend pas juridiquement impossible la négociation collective d'efficacité générale* » (STC 108/1989 du 8 juin ; STC 121/2001 du 4 juin). L'article 13 LOLS se réfère au syndicalisme dominé ou contrôlé par un employeur ou une association d'employeurs. Les conventions extrastatutaires ne sont donc pas en soi contraires à la liberté syndicale ni au principe de non-discrimination mais font l'objet d'un contrôle judiciaire a posteriori (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RMTAS*, 1997, p. 221). Dans ce sens, les juges estiment que devront être examinées « *les circonstances concrètes qui encadrent le moment de conclusion de la convention* » (STS 11 sept. 2003, Ar/9030). Dans la pratique, le caractère extrastatutaire peut découler de la volonté des parties qui, remplissant toutes les exigences légales, optent pour l'efficacité de la convention aux seules signataires et affiliés. Force est néanmoins de constater que le caractère extrastatutaire d'une convention est généralement une conséquence du non-respect des règles prévues dans le Titre III de l'ET, quand bien même la réforme de 1994 a radouci les exigences légales entourant le processus de négociation statutaire (M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 585; G. RODRÍGUEZ HIDALGO et N. ÁLVAREZ CUESTA, « Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET », *TS*, 2003, n° 148, p. 46; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, loc. cit., 2004, p. 28).

³ STS du 1^{er} juill. 1991, Ar/5863.

⁴ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, loc. cit., 2004, p. 31; J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 39.

Sur l'impact de ces dispositions au regard de la liberté syndicale négative, voir S. SOTO RIOJA, *La libertad sindical negativa*, Madrid, Civitas-Junta de Andalucía, 1998, p. 334.

⁵ T. SALA FRANCO, loc. cit., 1989, Madrid, p. 70, qui évoque toutefois non pas la nature de la convention mais son efficacité. Dans le même sens, l'option choisie permet de régler les conflits entre deux conventions extrastatutaires.

d'application normative »¹. Une controverse doctrinale est toutefois apparue, parallèlement à celle relative à la nature de la convention extrastatutaire, quant à la règle applicable².

Considérant que la convention extrastatutaire possède une nature normative, un courant doctrinal propose d'appliquer le principe de la norme plus favorable de l'article 3.3 ET³ qui implique une relation hiérarchique entre les deux types de conventions⁴. Cet article conduit également à retenir une appréciation globale par blocs de matières nuancées par le respect du droit nécessaire minimal et indisponible établi par la convention statutaire antérieure⁵. Incontestablement, cette position permet de maintenir l'équilibre interne atteint dans la convention extrastatutaire et évite l'application de la règle de la condition plus avantageuse, initialement pensée pour le contrat individuel, à un accord collectif⁶.

Considérant que la convention extrastatutaire possède une efficacité contractuelle, d'autres auteurs choisissent d'appliquer le principe de condition plus avantageuse prévu à l'article 3.1.c) ET aux termes duquel les conventions extrastatutaires ne peuvent établir des conditions moins favorables ou contraires à celles prévues dans la convention statutaire⁷. La convention qui, clause par clause, est la plus favorable aux travailleurs va ainsi s'appliquer. Les dispositions de la convention extrastatutaire jouent telle une condition plus avantageuse⁸ tout en présentant néanmoins en l'espèce, la particularité d'être temporaire puisqu'elles ne peuvent être invoquées lorsque la convention est arrivée à expiration⁹.

681. La jurisprudence en la matière demeure teintée d'une certaine ambiguïté même si une ligne de force peut être dégagée.

¹ STS du 18 fév. 2003, Ar/3372.

² F. BALLESTER LAGUNA, op. cit., p. 52.

³ M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 267; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, loc. cit., 2008, p. 116; M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1995, p. 65; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, loc. cit., 2004, p. 93; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1988, p. 100.

⁴ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, loc. cit., 2008, p. 116. Pour approfondir sur l'article 3.3 ET, voir supra, n° 369.

⁵ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, loc. cit., 2004, p. 95.

⁶ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, loc. cit., 2004, p. 95.

⁷ M^a.C. LÓPEZ ANIORTE, *La concurrencia de convenios colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 52; J. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 40.

⁸ Pour une analyse de l'article 3.1 ET depuis la perspective de la relation convention-contrat et sur la notion de condition plus avantageuse, voir supra, n° 534.

⁹ STS 17 mars 1992, Ar/1656. Précisons également que l'ultraactivité ne joue pas pour les conventions extrastatutaires (STS 25 janv. 1999, Ar/896).

En effet, d'un côté, la jurisprudence majoritaire a clairement tranché la question sur la base du principe hiérarchique, considérant les conventions collectives statutaires comme de véritables normes juridiques et qualifiant les conventions extrastatutaires de pactes contractuels¹. Par conséquent, un pacte d'efficacité contractuelle ne peut ni altérer ni contredire les dispositions d'une convention statutaire dotée d'une efficacité normative et générale en vertu de l'article 3.1 c) ET².

Deux hypothèses doivent alors être distinguées. Si la convention extrastatutaire est postérieure à une convention statutaire, elle ne s'appliquera que si elle est plus favorable. Reste alors à la convention collective extrastatutaire, la faculté d'améliorer pour les salariés les dispositions de la convention collective statutaire ou, comme le ferait un contrat de travail³. En cas de non-respect, seules les clauses extrastatutaires seront alors déclarées nulles⁴. Inversement, si la convention statutaire est postérieure, une controverse doctrinale est apparue. Certains auteurs estiment que la convention collective statutaire postérieure qui s'avère moins favorable, ne peut être appliquée aux salariés soumis à la convention extrastatutaire antérieure qui est maintenue en vigueur⁵. Resurgit ici l'idée de condition plus avantageuse conformément à la nature contractuelle de la convention extrastatutaire. Néanmoins, un secteur doctrinal, conforté par la jurisprudence, affirme que « *la convention extrastatutaire sera abrogée par une autre postérieure de caractère statutaire lorsque celle-ci régulera expressément les mêmes contenus* » dans des termes nouveaux et spécifiques⁶. Force est alors de constater que la dimension contractuelle de la convention extrastatutaire se trouve mise en cause.

L'hypothèse dans laquelle une convention extrastatutaire est conclue durant l'ultraactivité d'une convention statutaire antérieure, vient toutefois nuancer cette ligne jurisprudentielle générale⁷. En effet, les juges ont affirmé qu'il ne s'agit pas d'un accord

¹ Dans ce sens, les juges constitutionnels évoquent ainsi de manière expresse la « *logique contractuelle* » de ces conventions qui sont soumises au « *droit commun des contrats* » (STC 121/2001 du 4 juin 2001).

² STS 18 fév. 2003, Ar/3372 ; STS du 11 sept. 2003, Ar/9030 ; STS 2 mars 2007, Ar/2381.

³ Elle ne peut donc pas établir des conditions moins favorables ou contraires (voir supra, n° 534, 542).

⁴ STS du 18 fév. 2003, Ar/3372.

⁵ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, « Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva », *REDT*, 1999, n° 97, p. 700; T. SALA FRANCO, op. cit., 1989, p. 70. L'auteur estime que les parties à la convention extrastatutaire peuvent toutefois prévoir que celle-ci cesse de s'appliquer si est conclue une convention statutaire postérieure (dans ce sens, voir STCT 30 juin 1983, Ar/6319).

⁶ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ et M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, op. cit., 2012, p. 212. A contrario, la jurisprudence a maintenu l'application d'une convention extrastatutaire après l'entrée en vigueur d'une convention collective statutaire au motif que cette dernière ne donne pas « *un traitement nouveau et spécifique desdites matières* » (STS du 1^{er} juill. 1991, Ar/5863).

⁷ Cette hypothèse se réalise fréquemment dans la pratique conventionnelle espagnole (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 37). En effet, la conclusion d'une convention extrastatutaire peut constituer

exprès visé à l'article 86.3 ET et que l'ultraactivité de la convention statutaire est maintenue pour les travailleurs qui ne sont pas soumis à la convention extrastatutaire nouvellement conclue¹. Qu'en est-il des travailleurs soumis à la convention extrastatutaire ? Se voient-ils appliquer cette convention indépendamment de son caractère plus ou moins favorable par rapport à la convention statutaire en ultraactivité ? Ou au contraire, le principe de faveur continue de régir les relations entre les deux conventions ? Admettre que l'ultraactivité puisse être invoquée uniquement par les salariés qui ne sont pas soumis à la convention extrastatutaire, reviendrait à convertir, pour les autres salariés qui y sont soumis, la convention extrastatutaire en accord exprès. La convention statutaire reçoit ainsi une application exclusive² et peut s'écarter du cadre établi dans la convention statutaire, une nouvelle convention pouvant disposer de l'ancienne³. Dans ce cadre, un courant doctrinal, soulignant que les juges ont refusé de reconnaître à la convention extrastatutaire la qualité d'accord exprès, estime que l'ultraactivité continue de jouer pour tous les salariés⁴. Dès lors, conformément à la logique contractuelle de la convention extrastatutaire, celle-ci devra respecter le contenu de la convention statutaire en ultraactivité et ne pourra donc s'avérer moins favorable. Dans ce sens, semblent se prononcer deux arrêts de 2006⁵.

Appliquant le principe de faveur, les juges ont alors pu évoquer de manière explicite la règle prévue à l'article 3.3 ET afin de résoudre un conflit entre une

une voie permettant de compenser la rupture des négociations engagées sous l'égide statutaire (A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 214, du même auteur, « Un supuesto típico de sucesión, por convenio colectivo extraestatutario, de un convenio colectivo estatutario denunciado y vencido », in *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, p. 615).

¹ STS 17 oct. 1994, Ar/8052; STS 28 nov. 2006, Ar/9214.

² J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2002, p. 38.

³ Favorable à la succession en bloc des deux conventions dans l'idée de l'accord exprès, un auteur parle de « *succession partielle* » puisque limitée aux seuls salariés soumis à la convention extrastatutaire (A. ARUFE VARELA, op. cit., p. 214, du même auteur, loc. cit., 2003, p. 620). Pour la jurisprudence, STSJ País Vasco, 9 fév. 1999, AS/560 ; STSJ Galicia, 25 sept. 1996, AS/2778).

⁴ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, loc. cit., 2008, p. 117; M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 614 ; STSJ País Vasco, 4 mars 1997, AS/1766. Cette possibilité permet alors d'appliquer les dispositions statutaires en ultraactivité relatives à des matières non traitées par la convention extrastatutaire postérieure (H. ÁLVAREZ CUESTA, « Relación entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios : concurrencia y ultraactividad », in *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, p. 610).

⁵ STS 28 nov. 2006, Ar/9214. Les juges y affirment qu' « *il est vrai qu'un accord extrastatutaire ne peut conclure des conditions en dessous des minimales établies dans une convention statutaire* ». L'absence de référence explicite au caractère ultraactif de la convention statutaire ainsi que le fait que cette formule soit utilisée par les juges pour souligner l'absence de preuve du caractère moins favorable de la convention extrastatutaire, constituent des arguments conduisant à conditionner la portée de cet arrêt à l'évolution de la jurisprudence.

convention collective statutaire en ultraactivité et une autre extrastatutaire¹. Le Professeur SALA, partisan de l'efficacité normative de la convention extrastatutaire, souligne alors justement que la jurisprudence « *présente d'importantes contradictions puisqu'après avoir affirmé leur efficacité juridique contractuelle, elle applique à ces conventions les principes juridiques propres aux normes* »². Notons toutefois qu'un arrêt de 2007 semble résoudre ces difficultés en affirmant que ne doit pas se réaliser une comparaison globale pour déterminer quelle convention est la plus favorable³.

682. Avant de conclure, il convient de formuler une remarque relative aux relations entre la loi et la convention collective extrastatutaire. Les renvois légaux à la négociation collective afin de réguler certaines matières posaient en effet la question de la fonction normative de la négociation extrastatutaire. Force est alors de constater qu'en cette matière, la convention extrastatutaire n'est pas assimilée à une convention statutaire⁴. La jurisprudence s'est prononcée et a opéré une distinction selon la nature de la norme légale et la portée de la matière⁵. Si la norme est totalement dispositive pour la négociation collective, la convention extrastatutaire peut agir⁶. En revanche, si la norme légale garde un caractère impératif établissant certaines limites, alors seule la convention statutaire est apte à intervenir⁷.

Conclusion § 2

683. La distinction entre les questions de structure de la négociation et de détermination des conditions de travail permet de comprendre la logique du dispositif légal espagnol. Celui-ci laisse dans un premier temps aux interlocuteurs sociaux le soin d'établir leur propre structure de négociation collective. En effet, la combinaison des articles 84 et 83.2 ET constitue une limite à la liberté contractuelle des représentants des travailleurs et des employeurs et convertit la négociation de plus haut niveau en

¹ STS du 30 nov. 1998, Ar/10047 ; STSJ Andalucía/Málaga, 13 mars 1995, AS/1020 ; STCT 12 déc. 1984, Ar/9585.

² T. SALA FRANCO, op. cit., 1989, p. 63.

³ STS 2 mars 2007, Ar/2381.

⁴ Favorable à l'ouverture des réserves légales de négociation collective aux conventions extrastatutaires (M^a. E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RMTAS*, 1997, p. 230).

⁵ M.A. GARCÍA RUBIO et J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., p. 614.

⁶ STS du 19 juill. 1996, Ar/6367 en matière d'accumulation du crédit horaire des représentants des travailleurs (art. 68.e) ET).

⁷ STS 18 et 20 nov. 2003, Ar/504 et 29 de 2004 en matière de durée des contrats de travail éventuels (art. 15.1 b) ET).

instrument idéal de configuration de la structure de la négociation collective. Dans ce sens, on peut évoquer un phénomène de centralisation de la structure de la négociation collective. Reste alors aux parties à la négociation d'établir une tendance centralisatrice ou décentralisatrice de la détermination des conditions de travail. Sur ce point, force est de constater que les organisations professionnelles n'ont que peu influencé le modèle traditionnel de la structure de la négociation et n'ont pas su ou voulu profiter du rôle qui leur était imparti par la loi.

Dans ce cadre, l'article 84 ET, a priori neutre établissant la stabilité du cadre conventionnel en vigueur, a conduit dans la pratique à une relative décentralisation de la détermination des conditions de travail, permettant de maintenir l'hégémonie de la convention sectorielle départementale, niveau de négociation historiquement ancré. Dans ce cadre, nous avons également observé que les hypothèses de changement d'unité de négociation sont liées à la procédure de dénonciation. Il ne peut toutefois pas en être déduit que l'entrée en ultraactivité de la convention antérieure puisse permettre dans tous les cas l'application d'une convention de cadre distinct. En effet, il importe de distinguer si le changement aboutit à l'application de la convention de cadre plus réduit ou de cadre plus large. Force est alors de constater que là encore, l'éruption ou le maintien de la convention adoptée dans l'unité de cadre inférieur conduit à une certaine décentralisation de la négociation collective.

En tout état de cause, le principe de faveur, qui réapparaît toutefois en présence d'une convention extrastatutaire, n'est aucunement mis en œuvre par la loi pour articuler les conventions statutaires de champs d'applications distincts mais en partie coïncidents, et reste soumis au rapport de force entretenu par les organisations professionnelles aux niveaux sectoriels étatiques essentiellement.

Conclusion SECTION II

684. Indiscutablement, les deux dispositifs ont, en vertu de la liberté d'élection du champ d'application de la convention, permis la coexistence de plusieurs conventions collectives applicables.

Les options légales traditionnellement choisies afin de résoudre les conflits entre conventions, demeurent quant elles fortement différentes et ce, bien qu'elles établissent

chacune d'elles et à leur manière, une sorte de hiérarchie entre conventions collectives¹. D'un côté, le droit espagnol démontre une certaine rigidité en raison, d'une part, de la règle de non-affectation qui permet de garantir l'application préférentielle de la convention *prior in tempore*, et d'autre part, de l'absence de coordination entre les différents niveaux de négociation consécutive aux conditions d'application des accords de l'article 83.2 ET. De l'autre côté, l'option française profite de la richesse conventionnelle dans un sens favorable aux salariés permettant l'application simultanée de plusieurs conventions dont l'articulation est régie par le principe de faveur. L'idée de rigidité a toutefois fait des émules en droit français. Ici, l'absence d'autonomie du niveau de l'entreprise a constitué l'argument central.

CONCLUSION CHAPITRE I

685. Il ressort de ces développements un panorama mitigé et contrasté du champ d'action du mécanisme de l'application du plus favorable.

En matière de succession de conventions, nous avons souligné à quel point les différences de conception entre la dimension contractuelle ou normative de la convention collective permettent de comprendre les divergences entre les droits français et espagnol, notamment quant aux différents acteurs de la dénonciation ou de la révision. Ces différentes conceptions permettant également d'envisager de manière distincte une conséquence commune : l'absence d'un principe d'irréversibilité des droits et avantages conventionnels. Il ressort dans tous les cas que l'hypothèse de succession de conventions collectives ne provoque pas de conflits et s'opère en marge du principe de faveur.

En matière de concurrence entre conventions collectives, alors que le droit français recourt fondamentalement à l'application du principe de faveur, la règle de non-affectation du droit espagnol permet l'application préférentielle et maintenue dans le temps d'une convention collective déterminée, indépendamment de son caractère plus ou moins favorable. La mise à l'œuvre du principe de faveur peut néanmoins résulter de la volonté des parties aux accords-cadre de l'article 83.2 ET.

En définitive, les points de départ des deux dispositifs légaux sont fortement éloignés. Les droits positifs des deux pays démontreront cependant un rapprochement

¹ Si en droit français est évoquée une hiérarchie fonctionnelle, l'option légale espagnole permettrait de parler d'une hiérarchie temporelle.

substantiel qui permet de dégager une triple ligne d'action : la réduction du domaine d'application des mécanismes classiques d'articulation, le renforcement du rôle des organisations professionnelles représentatives de niveaux sectoriels pour régir l'articulation des conventions collectives, et enfin, l'introduction de nouveaux principes qui sont étrangers à la règle de l'application du plus favorable et qui permettent fondamentalement l'essor et l'autonomie du niveau de l'entreprise.

CHAPITRE II: LA DECENTRALISATION DE LA STRUCTURE DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE ET L'EMANCIPATION DE L'ENTREPRISE

686. Les partisans de l'essor de la négociation d'entreprise ont affirmé avec force les bienfaits de cette modalité de négociation. Elle permet « *une meilleure attention aux conditions spécifiques de chaque entreprise, une meilleure décentralisation et flexibilité de la détermination des salaires et des conditions de travail en les liant aux exigences de productivité afin que les entreprises puissent affronter leurs nécessités et les problèmes de concurrence qui leur sont propres* »¹. Selon cette idée, le cadre régulateur des relations de travail doit répondre à une nouvelle exigence d'adaptabilité². Face aux difficultés de la branche, la négociation d'entreprise apparaît par ailleurs « *comme niveau légitime d'agrégation des intérêts* »³, ceux des salariés, de l'employeur et de l'entreprise. De plus, elle peut représenter un moyen de réduction des pouvoirs de l'employeur dans la relation contractuelle⁴. On parle alors plutôt de contrat collectif d'entreprise. On pouvait alors y voir « *la manifestation du principe de l'autonomie des conventions que la loi doit laisser s'exprimer* »⁵.

Cette apologie du droit contractuel⁶ ne doit cependant pas faire oublier la finalité de cette ligne de pensée. En effet, le contrat collectif d'entreprise « *se présente comme un instrument de nature à favoriser, au niveau de l'entreprise, une négociation de substitution, dérogeant aux sources du droit situées en amont et de forme authentiquement contractuelle* »⁷. Il permet « *une gestion d'entreprise moins soumise à*

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 371; S. DEL REY GUANTER, « Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la « refundición » de la teoría jurídica de los convenios colectivos », *RL*, 1996, n° 1-2, p. 97.

² Sur cette notion, voir W. SANGUINETI RAYMOND, *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 11; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 150. En droit espagnol, reprenant les termes de l'Exposition de motifs de la Loi 11/1994, l'adaptabilité correspond à « *l'adéquation flexible de la gestion des ressources humaines dans l'entreprise tant à la situation économique de l'entreprise comme aux changements du marché dans lequel elle opère* ».

³ A. JOBERT, « Légitimité de la branche et diversités de ses usages », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 80.

⁴ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 45; F. DURÁN LÓPEZ, loc. cit., 1996, p. 616; M^a.E. CASAS BAAMONDE, « La reforma del Derecho del Trabajo: Diez años de legislación laboral: 1985-1998 », *RL*, 1996-I, p. 155 s.

⁵ J.C. GUIBAL, « Point de vue: plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. Soc.*, 1986, p. 602.

⁶ J. BARTHELEMY, loc. cit., 2009, p. 907-908.

⁷ J. C. GUIBAL, loc. cit., p. 602. L'auteur poursuit estimant que le contrat collectif d'entreprise « *tend également à consacrer la notion d'ordre public à deux vitesses, établir un nouvel équilibre entre les niveaux de négociation, contribuer à l'individualisation de la gestion, renforcer la cohésion de l'entreprise et permettre aux organisations syndicales, si elles savent l'utiliser, de renouer avec leurs bases* ». Le Professeur G. LYON-CAEN souligna cependant que la mise en œuvre de ce contrat collectif d'entreprise ne peut être envisagée « *sans complète déréglementation* » ou plus exactement abrogation du

une réglementation fermée et plus ouverte aux conditions, contrepoids et contrôles établis dans les conventions collectives »¹. L'enjeu du renforcement de la négociation d'entreprise apparaît donc clairement. Il s'agit de l'émanciper et de la libérer des contraintes et des limites établies par la négociation collective de cadre plus large, essentiellement de niveau sectoriel. Guidée par le principe d'efficacité et otage des exigences économiques², cette tendance convertirait l'entreprise en centre d'appréciation du Droit.

Plusieurs auteurs se sont par conséquent montrés réticents³. Le Professeur SUPIOT, soulignant que la notion d'entreprise reste très difficile à cerner, affirme alors qu'« *on ne peut pas déplacer le centre de gravité du droit du travail, de l'Etat vers l'entreprise, sans avoir pris implicitement parti sur la nature juridique de celle-ci* »⁴. D'autres auteurs avancent que la réalité de la négociation peut se révéler n'être qu'une « *fiction* »⁵ couvrant en réalité l'essor des pouvoirs de l'employeur dans la majorité des entreprises⁶. Dans ce sens, la transformation des fonctions de la négociation collective et la propension des employeurs à ouvrir des négociations laissent fortement penser qu'elle constitue un nouvel instrument de gestion aux mains du chef d'entreprise⁷. Dans

Code du Travail ». En effet, le célèbre avis du Conseil d'Etat de 1973 précise que la loi « *garantit des avantages minimaux qui ne peuvent être supprimés ou réduits* ». Pour arriver à un contrat collectif d'entreprise entendu dans son sens complet, aucune loi ne peut donc venir limiter la libre volonté des parties au contrat (loc. cit., 1985, p. 807, note 29).

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, loc. cit., *RL*, 1998, p. 6.

² M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2006, p. 85.

³ G. BELIER, « Les dérogations en droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexion critique à propos de quelques projets récents », *Dr. soc.*, 1986, p. 49 ; M.A. SOURIAU, loc. cit., 2005, p. 103.

⁴ « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1989, p. 197. Il est en effet difficile de la concevoir comme une notion homogène (sur le concept d'entreprise voir notamment J.L. MONEREO PÉREZ, op. cit., 1997, p. 21 ; A. CHOURAQUI et A.M. GAUTIER, « Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 145).

⁵ A. BAYLOS GRAU, « Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^e.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 340.

⁶ Notamment dans les petites et moyennes entreprises. Le Professeur JAVILLIER affirmait déjà en 1971, que « *les travailleurs possèdent un handicap sérieux, d'autant plus sérieux que le niveau de la négociation est « bas »* » (loc. cit., 1971, p. 274). Aujourd'hui, cette crainte est accentuée par le phénomène de « rapetissement » des dimensions de l'entreprise qui confirme l'existence d'un tissu économique dans lequel les PME sont majoritaires (voir J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2007, p. 82).

⁷ Comme le souligne, G. LYON-CAEN, « *dans une utilisation longtemps exclusive, elle servait à établir les avantages dépassant ceux prévus par la loi ; dans un emploi dorénavant fréquent, elle sert à l'employeur à faire accepter telle ou telle réorganisation du régime du travail aux représentants de son personnel* » (« Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouv.*, 2004, p. 50). Le même auteur estime également que le discours patronal prônant l'émancipation de la négociation collective « *s'explique simplement parce que c'est seulement dans l'entreprise que des concessions ou aménagements sont possibles dans une négociation dite « sur l'emploi »* » (loc. cit., *Dr. ouv.*, 2001, p. 5). M.A. SOURIAU estime même que la convention est devenue « *la forme la plus achevée*

tous les cas, il est incontestable qu'elle facilite la détérioration des conditions de travail et la fragmentation du statut professionnel des salariés appartenant à une même branche¹.

687. La prudence doit donc être de mise à l'heure de favoriser l'émancipation de la négociation d'entreprise. Le rôle de la convention de branche, fondamentalement de niveau national, peut alors permettre de contrebalancer les effets négatifs de la négociation d'entreprise tout en permettant à ses vertus de s'épanouir.

Le niveau de la branche apparaît en France comme en Espagne incontournable étant donné la physionomie du tissu économique qui se compose majoritairement de petites et moyennes entreprises. Dans ce cadre, la présence de clauses régulant directement les conditions de travail applicables au secteur demeure nécessaire afin d'assurer une couverture conventionnelle aux salariés des PME et une certaine homogénéisation des conditions de travail². La convention de branche offre par ailleurs des garanties « *beaucoup plus crédibles et solides par rapport à la capacité de négociation de la représentation des travailleurs* »³. Depuis la perspective patronale, la convention de branche constitue un gage de paix sociale et un moyen de contrôle de la concurrence et permet, dans le même temps, de maintenir l'autorité patronale dans l'entreprise en évitant la mise en route d'un processus de négociation en son sein⁴.

d'exercice du pouvoir patronal » (« Pouvoir et convention collective », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Paris, Dalloz, 2002, p. 53). Il a également été souligné qu'« *en accordant une large autonomie aux accords d'entreprise et à ceux conclus dans les territoires, la loi marquerait le passage d'une conception réglementaire de la convention collective à une conception instrumentale de celle-ci : les employeurs ne l'utiliseront que si elle leur est utile* » (A. JOBERT, loc. cit., 2005, p. 79).

La doctrine espagnole procède à une analyse comparable (J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, op. cit., p. 124).

¹ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1349. L'essor de la négociation d'entreprise comporte en effet un risque de balkanisation, favorisant un « *mouvement d'atomisation des relations collectives* » (A. MAZEAUD, op. cit., p. 251) ; T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, *Los acuerdos o pactos de empresa (distintas modalidades de negociación en la empresa)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 13.

² La disparité des modèles d'entreprises regroupés au sein d'un secteur d'activité peuvent toutefois poser de nombreuses difficultés notamment quant à l'adoption de normes portant sur les conditions de travail applicables (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 262. Selon elle, « *d'un point de vue quantitatif, elle ne peut tendre à la plénitude, à réguler toutes et chacune des conditions de travail car celles-ci ne sont pas communes aux différentes entreprises* »).

³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., *TL*, 2012, p. 97.

⁴ Dès lors, ce niveau permet de remplir un double objectif : un objectif social, assurer des garanties minimales notamment pour les salariés qui ne sont pas couverts par une convention d'entreprise et un objectif économique, éviter des inégalités concurrentielles entre les entreprises, des distorsions de concurrence spécialement le dumping social (A. JOBERT, loc. cit., 2005, p. 82 et M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 364).

Un quatrième aspect, selon nous essentiel, permet d'envisager la fonction structurante de la convention de branche. D'une part, elle constitue la « *charnière indispensable entre l'interprofessionnel et l'entreprise* »¹. D'autre part, elle a vocation à régir la structure de la négociation collective et à articuler les différentes conventions pouvant être conclues dans son champ d'application.

688. Un cadre légal idéal doit, selon nous, s'écarter de toute tendance à attribuer une préférence absolue à l'une d'entre elles et doit, au contraire, prendre en compte la nécessaire complémentarité entre ces deux niveaux de négociation, qui demeurent les piliers de la structure de la négociation collective. Cette complémentarité se réalise alors au travers d'une répartition fonctionnelle et matérielle entre les différents niveaux de négociations. Les vertus d'une répartition de matières entre niveaux de négociation ont été mises en exergue par les doctrines espagnole et française².

L'enjeu de notre analyse est donc de mettre en lumière les conditions et les modalités de cette répartition en droits espagnol et français. En effet, les mécanismes traditionnels, le principe "*prior in tempore*" en Espagne et l'impérativité relative de la convention de branche en France, ont fait place à une répartition des matières et des fonctions entre niveaux de négociations.

Deux perspectives permettent d'envisager l'ensemble de la problématique. La première renvoie aux sujets qui procèdent à la répartition. De façon basique, la répartition des matières selon le niveau de négociation peut procéder ou bien de la loi ou bien de l'autonomie collective. Plus exactement, les expériences espagnole et française démontrent qu'elle procède de la loi et de l'autonomie collective. Des divergences apparaissent néanmoins quant à la proportion de leur intervention respective. En France, la doctrine est partagée. Le Professeur G. LYON-CAEN avertissait qu'« *on ne peut donner vie à un tel système (reconnaissant l'indépendance de chaque niveau) que si la*

¹ G. COIN, loc. cit., p. 6. Le niveau interprofessionnel est indiscutablement le niveau auquel la relation de pouvoir est la plus équilibrée (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 228. Pour le droit français, voir J. BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.*, 2008 (b), p. 566).

² Le Professeur VALDÉS écrit que « *la distribution claire de compétences entre les différents niveaux de négociation (principe de transparence) et l'assignation à chaque niveau de la mission de négocier sur les matières qui soient les plus appropriées à leur capacité de gestion contractuelle (principe d'efficience) sont des exigences nécessaires pour atteindre la contribution maximum de la négociation collective à la résolution des problèmes dérivés de l'état de crise économique* » (loc. cit., 1983, p. 412). Le Professeur G. LYON-CAEN affirmait que cela permettrait de trouver une cohérence au sein de la structure de négociation (loc. cit., 2003, p. 355-358).

*loi a strictement défini ce qui relève de la compétence de chaque niveau »*¹. Un courant doctrinal souligne néanmoins l'«*intérêt social à permettre à une collectivité professionnelle, ou interprofessionnelle, d'imposer une certaine cohésion de la négociation en son sein »*². Une intervention large de la loi coïncide dans tous les cas avec la conception du droit à la négociation reconnu aux salariés dans lequel la loi remplit un rôle protecteur. Dès lors, a contrario, la reconnaissance de l'autonomie collective en Espagne doit conduire à limiter l'intervention de la loi et permettre aux interlocuteurs sociaux de disposer d'une marge de liberté importante³. Les négociateurs procèdent alors à l'évaluation du contexte sectoriel permettant ainsi d'obtenir la meilleure satisfaction de leur besoin et de leurs intérêts respectifs⁴.

La deuxième perspective se rapporte quant à elle aux modalités dans lesquelles sont réparties les matières. La répartition peut être absolue, attribuant exclusivement à un niveau le traitement d'une matière ; partagée, attribuant à un niveau la compétence de définir le cadre général et aux autres niveaux inférieurs celle de préciser les applications concrètes ; hiérarchique, garantissant ainsi l'application de normes minimales dans lesquelles les niveaux inférieurs peuvent agir ; ou enfin préférentielle, garantissant indépendamment de son caractère plus ou moins favorable, l'application de la convention d'un niveau déterminé.

689. Ces éléments d'analyse doivent être appréciés au regard de la distinction entre les règles encadrant la détermination de la structure de la négociation collective et

¹ G. LYON-CAEN, loc. cit., 2003, p. 355.

Précisons toutefois que l'instauration d'obligation de négocier a constitué un facteur important de répartition des matières selon les niveaux. L'entreprise est devenue le lieu de négociation de la durée effective et de l'organisation du temps de travail et partage avec la branche la négociation sur les salaires. La branche se voit attribuer la négociation quinquennale en matière de classifications professionnelles.

² Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 252. Le niveau sectoriel apparaît alors être le plus opportun évitant l'établissement d'un modèle unique et idéal de structure, prenant en compte les disparités de chaque secteur et permettant, par conséquent, une meilleure intégration de la négociation dans le processus d'élaboration de la règle de droit.

³ J.R. MERCADER UGUINA, « La estructura de la negociación colectiva », *TL*, 2004, n° 76, p. 133. La loi continue dans tous les cas de jouer le rôle essentiel. Selon le Professeur VALDÉS, l'action de la loi comporte un aspect négatif («*la diversité (des modèles de structure de la négociation) oblige le législateur à une renonciation politique : la consécration légale de son modèle de négociation »*) et un aspect positif ou promotionnel (établir «*des mesures facilitant, dans un cadre de garanties réelles de validité et d'efficacité juridiques, les diverses options d'aménagement de la négociation collective »*), voir F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RDS*, 2001, p. 83.

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, « Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual », in *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Valladolid, Lex nova, 1999, p. 148; M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 53

d'autre part, les règles encadrant la détermination des conditions de travail¹. Dès lors, il conviendra d'apprécier la part de l'autonomie collective et de la loi quant aux règles encadrant la structure de la négociation et le niveau auquel ces règles de structure renvoient la détermination des conditions de travail.

On décèle dans ces considérations l'existence d'une relation très étroite entre la loi et l'autonomie collective en matière de structure de la négociation collective². Sans préjudice de la position de supériorité de la loi, force est alors de constater que les interlocuteurs peuvent marquer une dynamique propre qui peut par ailleurs entrer en conflit avec les options légales³.

690. Dans leur rédaction actuelle, l'ET et le Code du travail démontrent une évolution profonde des mécanismes permettant d'articuler les conventions collectives de niveaux différents.

En France, sous la pression des interlocuteurs sociaux, la loi a finalement adopté, en 2004, des règles permettant à la convention d'entreprise de s'émanciper du cadre conventionnel. Cela passait tout d'abord par la possibilité pour l'accord de branche de mettre à l'écart son caractère impératif. Il demeure toutefois que la branche maintient le contrôle et peut dessiner un modèle de structure de la négociation. Deux orientations légales ont cependant porté atteinte à l'autonomie de la branche. La multiplication des accords dérogatoires mise en œuvre en 2004 et l'attribution d'un caractère supplétif à l'accord de branche en matière de temps de travail prévue en 2008, conduisent en effet à laisser une grande marge de liberté à l'entreprise.

¹ Selon la fonction traditionnelle d'amélioration des conditions de travail attribuée à la convention, en période de crise économique, la structure de la négociation tend à opérer une centralisation alors qu'en période d'expansion, elle vise plus fortement la décentralisation. L'actualité démontre toutefois que cette corrélation traditionnelle ne se réalise pas, du moins si l'on se réfère au niveau de la détermination des conditions de travail.

² Force est cependant de constater que la configuration d'un modèle de structure de négociation reste fortement dépendante des orientations législatives. Par exemple les obligations de négocier au niveau de l'entreprise, introduites en France en 1982, ont clairement modelé le système de négociation en faveur de la négociation à ce niveau. Evidemment d'autres facteurs interviennent : les antécédents historiques, les facteurs institutionnels, les conditions économiques, les conditions de productions et d'organisations du marché et les sujets à la négociation collective. Cependant il est indéniable que la loi peut « *conditionner ou suggérer* » un cadre de négociation (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 93 et 112).

³ Une auteure évoque la « *dialectique ou tension entre le modèle légal et le modèle conventionnel* » (A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 23). Le Professeur ALIPRANTIS souligne que « *les critères de coordination des niveaux de négociation collective peuvent avoir une double origine : étatique (hétéronome) et/ou conventionnelle (autonome). [...] Ils peuvent [par conséquent] être antinomiques* ». Dès lors peuvent surgir des conflits entre les « *deux ordres juridiques, l'ordre étatique et de l'ordre professionnel* ». Leur résolution est alors largement conditionnée par « *des facteurs sociologiques [...]. En effet, les forces sociales qui agissent aux divers niveaux de négociation collective peuvent s'avérer plus fortes que les règles étatiques* » (loc. cit., p. 21).

En Espagne, le cadre légal est plus dense et complexe. Une première réforme opérée par la loi 11/1994 a créé une brèche dans le modèle antérieur dans lequel les interlocuteurs sociaux des niveaux les plus élevés pouvaient, en écartant le dispositif légal, établir leur propre modèle de structure de la négociation. La possibilité pour une convention sectorielle de cadre inférieur de s'écarter des règles conventionnelles en vigueur a été reconnue expressément par la loi. Cette dernière a également introduit une répartition des matières entre niveaux sectoriels et un nouvel instrument juridique destiné à l'entreprise. Dans certaines hypothèses et sous certaines conditions, l'employeur et les salariés peuvent en effet conclure un accord permettant de mettre à l'écart les dispositions de la convention sectorielle applicable. Les résultats de cette réforme n'ont été en rien positifs. Les dysfonctionnements pointés antérieurement à sa mise en œuvre ont perduré et se sont même renforcés. Dans ce cadre, les réformes légales de 2010 et 2011 ont tenté d'apporter certains éléments de réponses, plus ou moins critiquables quant à leur opportunité, mais respectueux de l'autonomie collective et dans la continuité de la tradition du droit espagnol. La réforme de 2012 s'inscrit dans les lignes amorcées dans les antérieures réformes. Dans ce sens, elle permet à la convention d'entreprise d'être prise en compte et de bénéficier d'une marge d'action plus importante. Elle facilite par ailleurs le recours aux accords d'entreprises. Néanmoins, elle rompt l'esprit qui guidait le droit de la négociation collective espagnol depuis la fin de la dictature franquiste. D'une part, elle ôte à l'autonomie collective la capacité de choisir le modèle de structure de la négociation qu'elle estime le plus adéquat selon le secteur considéré et établit une préférence applicative à l'entreprise dans les matières centrales des relations de travail. D'autre part, elle implique un déséquilibre majeur dans les relations collectives au profit de l'employeur. Spécialement en matière de négociation collective, celui-ci peut désormais, sous certaines contraintes, dont l'ampleur n'a par ailleurs cessé de se réduire, s'écarter de manière unilatérale du régime conventionnel applicable dans son entreprise.

Afin d'appuyer ces considérations, nous nous proposons d'aborder tout d'abord l'évolution du droit français avant de s'attacher à celle du droit espagnol.

SECTION I: Les atteintes à la traditionnelle centralité de l'accord de branche en droit français

691. Nous avons admis antérieurement que les mécanismes d'articulation entre conventions collectives sont envisagés par la loi au moment de leur élaboration prévoyant que les conventions de cadre plus réduit ne peuvent comporter des clauses moins favorables aux salariés que celles prévues dans une convention de cadre plus large. Au moment applicatif, le principe de l'application du plus favorable traduit cette logique garantissant aux salariés le bénéfice de la disposition plus favorable indépendamment de son niveau.

692. Sous l'influence des revendications des interlocuteurs sociaux¹ et dans le sillage des exceptions légales², la réforme de 2004 a profondément modifié ce schéma en redéfinissant le rôle de la branche et en augmentant les marges de manœuvre de la négociation d'entreprise³. Comme l'a justement souligné la Professeur SOURIAC, cette réforme se compose de trois dimensions : « *large émancipation des accords d'entreprise soustraits à l'emprise des conventions et accords de champ d'application plus large, élimination du monopole de la branche pour certaines dérogations désormais ouvertes au niveau de l'entreprise, mesures transitoires riches d'enjeux mais non exemptes d'incertitude* »⁴. La loi de 2008 a incontestablement renforcé ce processus en matière de temps de travail⁵.

Afin d'aborder ce processus législatifs et ses conséquences sur la structure de la négociation collective, deux idées fortes permettent de guider le raisonnement.

En premier lieu, il importe de se placer dans le cadre de la négociation extérieure à l'entreprise. La convention de branche est désormais au centre du dispositif au regard de sa faculté de déterminer le degré d'impérativité de son contenu. En effet, la réforme de 2004 a opté pour rendre disponible pour les négociateurs de branche le jeu du principe de faveur.

¹ Voir supra, n° 647.

² Notamment par le biais des accords dérogatoires, voir supra, n° 412.

³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁴ M.A. SOURIAC, loc. cit., *Dr. soc.*, 2004, p. 579.

⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

En deuxième lieu, depuis le prisme de la négociation d'entreprise, les deux réformes ont incontestablement permis de multiplier son domaine d'action. Deux voies ont alors été empruntées. La réforme de 2004 a ouvert à la négociation d'entreprise la négociation dérogatoire à la loi dans plusieurs matières antérieurement réservées à la convention de branche étendue. La loi de 2008 est allée plus loin et a reconnu la prédominance de l'accord d'entreprise dans des matières déterminées.

Cet enchaînement législatif nous conduira à envisager les positions et les agissements des interlocuteurs sociaux suite à la réforme de 2004 et à considérer que la loi de 2008 répond clairement à une politique légale visant à affranchir l'entreprise de toutes contraintes des conventions de branche en matière de temps de travail.

§ 1: La disponibilité du principe de faveur pour les négociateurs de branche

693. Dans le schéma traditionnel, la convention de branche occupe une place centrale et la convention d'entreprise est confinée lorsqu'une convention de cadre plus favorable est applicable, à une fonction d'amélioration.

La réforme de 2004 a renversé cette logique. La place centrale de la convention de branche est certes maintenue mais se voit profondément transformée. En effet, désormais, le principe de faveur constitue un objet de négociation au niveau de la branche. L'option légale reconnaît, par principe, la capacité de déroger de la convention de cadre inférieur, sauf si les parties de la convention de cadre supérieur prévoient expressément le contraire.

Nous verrons que la notion de dérogation s'inscrit dans le même cadre que celui des relations entre la loi et la convention et aboutit à la mise à l'écart du principe de faveur.

A. Le principe légal supplétif de liberté de déroger

Comme dans le dispositif antérieur, le dispositif issu de la loi de 2004 distingue les conflits entre conventions ou accords extérieurs à l'entreprise et les conflits dans lesquels interviennent une convention ou accord d'entreprise.

694. Lorsque le conflit ne concerne pas un texte négocié dans l'entreprise, il ressort du nouvel article L. 2252-1 CT que la règle classique selon laquelle « une

convention de branche ou un accord professionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ d'application territorial ou professionnel plus large » ne vaut désormais qu'à la condition que la convention ou l'accord le plus large « *stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie* »¹.

L'application du principe de faveur est ainsi désormais laissée au libre arbitre des négociateurs de niveaux supérieurs. Reprenant les propos de M.A. SOURIAC, « *sans aucune exception légale, le principe de faveur est à l'entière disposition des interlocuteurs sociaux au niveau « supérieur* » »². La loi opère ainsi un recul brutal laissant aux négociateurs de cadre plus large la responsabilité d'assurer l'application des dispositions de leur convention³. La mission de protection du salarié se voit ainsi largement confiée aux partenaires sociaux. En effet, dans le silence des parties⁴, la nouvelle règle légale supplétive instaure un principe de « *priorité à l'accord de champ d'application le moins large* » sans considération de son caractère plus ou moins favorable⁵.

Est également modifiée en conséquence la portée de l'obligation d'adaptation⁶. Dans l'ancien dispositif, l'accord de cadre plus réduit devait adapter ses dispositions si était conclue une convention de champ d'application plus large qui résultait plus favorable aux salariés. Dans le nouveau dispositif, ce devoir ne demeure que si le nouvel accord de cadre plus large le prévoit expressément⁷. L'obligation d'adaptation

¹ Anc. art. L. 132-13 CT.

² M.A. SOURIAC, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 585.

³ S. NADAL affirme que « *l'homogénéité des dispositions conventionnelles dont les champs d'application se superposent dépendra à l'avenir de la discipline imprimée par les négociateurs de l'échelon supérieur* » (« Le destin de la négociation de branche », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 66). Voir également Ph. LANGLOIS « Dialogue social. Approche critiques des principales dispositions du projet de loi (II) », *SSL*, 2004, n° 1153.

⁴ Sur cet aspect, la doctrine montra son scepticisme « *sur le devenir d'une négociation se transformant en profondeur par l'action déterminante d'une accumulation de non-dits* » (M.A. SOURIAC, loc. cit., 2005, p. 97. L'auteur fait également référence, outre cette hypothèse, à la mise en œuvre du principe majoritaire dans cette loi de 2004 (voir supra, n° 313).

⁵ H. TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *SSL*, 2004, n°1183, p. 60.

⁶ L'usage du terme « obligation » au détriment du terme de « devoir » peut être sujet à controverse. Un secteur de la doctrine évoque une « *obligation de renégocier* » dont l'objet est « *l'adaptation de la convention particulière* » (Y. CHALARON, loc. cit., 1989, p. 254). Dans le même sens, le Professeur LANGLOIS souligne l'usage du présent impératif (loc. cit., 1994, p. 28). Contre cette position, le Professeur DESPAX estime que l'adaptation peut se réaliser unilatéralement par l'employeur (loc. cit., *Dr. Soc.*, 1988, p. 12).

⁷ Article L.2252-1al.2 CT : « *Lorsqu'une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu est conclu, les parties adaptent les stipulations de la convention ou accord antérieur*

n'est donc plus directement mise en œuvre et devient conditionnée à la volonté des négociateurs de cadre plus large.

695. Lorsque le conflit oppose une convention de branche et une convention d'entreprise, tout en maintenant intacte la rédaction de l'article L. 2253-1 CT relatif à la capacité des accords d'entreprise de comporter des stipulations nouvelles ou plus favorables aux salariés et d'adapter les stipulations des conventions ou accords de cadre plus large, la réforme introduit un nouveau précepte qui va par ailleurs nuancer la portée du débat relatif à la portée de la capacité d'adaptation¹.

Le nouvel article L. 2253-3 CT établit un principe et une exception ou, plus exactement, une exception et un principe². Dans son alinéa 2 est énoncé le principe de la dérogation pour l'entreprise³. Dès lors, il résulte des termes de la loi qu'une convention d'entreprise ou d'établissement peut, par principe, déroger, quel qu'en soit le sens, aux dispositions prévues dans la convention de branche⁴. La règle "*specialia generalibus derogant*" s'applique désormais entre accords collectifs de niveaux différents⁵ et écarte le mécanisme de l'application du plus favorable. La doctrine a évoqué « *une révolution juridique* » qui aboutit au passage d'une hiérarchie fondée sur l'ordre public social à une « *articulation en forme de vaste décentralisation sociale* »⁶.

Cette règle légale connaît toutefois deux exceptions : une exception conventionnelle en raison du caractère supplétif de l'article L. 2253-3 CT et une exception d'ordre légal relative à l'exclusion de matières déterminées.

En premier lieu, la liberté de déroger est reconnue « *sauf si cette convention ou cet accord [de cadre plus large] en dispose autrement* »⁷. La convention de branche peut donc interdire la dérogation et maintenir l'efficacité impérative de son contenu.

moins favorables aux salariés si une stipulation de la convention ou de l'accord de niveau supérieur le prévoit expressément »

¹ Nous avons admis plus haut que cette capacité s'exerce dans le respect du principe de faveur (voir supra, n° 643).

² M.A. SOURIAU souligne que « *l'énoncé du principe ne précède pas mais suit la formulation de l'exception qui l'accompagne* » (loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 579).

³ Art. L. 2253-3 al. 2 CT : « *[...], la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large [...]* ».

⁴ Le Professeur MAZEAUD affirme également que « *la dérogation au principe de faveur devient le principe* » (op. cit., p. 251). Dans le même sens, J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, op. cit., p. 966 ; position maintenue dans J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., p. 1345.

⁵ P. RODIERE, loc. cit., 2003, p. 7.

⁶ J.E. RAY, « De la hiérarchie à l'articulation des sources du droit du travail », *Liaisons Sociales Magazines*, mai 2004, p. 56.

⁷ Art. L. 2253-3 al. 2 CT *in fine*. Comme le souligne la doctrine, « *le silence a une signification lourde : il écarte le principe de faveur* » (H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 60).

L'accord ou la convention d'entreprise continue de se déployer dans le cadre du principe de faveur et des exceptionnelles facultés de dérogation.

En deuxième lieu, l'exception légale se retrouve à l'alinéa premier de l'article L. 2253-3 CT qui établit une série de matières dans lesquelles les négociateurs d'entreprise ne peuvent, dans tous les cas et malgré l'intervention des négociateurs concernés, écarter l'application de la convention de branche. Les salaires minima, les classifications, la protection sociale complémentaire et la mutualisation des fonds destinés à la formation professionnelle ne sont pas susceptibles de dérogations¹. Cet « îlot d'ordre public de branche »² constitue désormais le cadre d'application du principe de faveur qui se cantonne par conséquent pour la loi à ces quatre domaines. Leur valorisation par la doctrine a, dans sa majorité, été négative³. Les matières envisagées présentent, sans nul doute, un caractère « limité »⁴ et « résiduel »⁵.

Quoi qu'il en soit, retenons ici que « *la dérogation, même moins favorable, est de droit dans le silence de la convention de champ d'application plus large* »⁶ et dans les matières autorisées.

696. L'obligation d'adaptation pour l'accord ou la convention d'entreprise lorsqu'une convention de cadre plus large entre en vigueur, reçoit un traitement légal ambigu. En effet, l'article L. 2253-2 CT n'est pas modifié et continue de prévoir que les stipulations d'une convention d'entreprise « *sont adaptées en conséquence* » lorsqu'une convention de branche postérieure vient à s'appliquer⁷. Cet article ne précise pas comme le fait l'article L. 2252-1 que cette obligation d'adaptation n'existe que si

¹ En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.

² M.A. SOURIAC, loc. cit., 2005, p. 95.

³ « *La prééminence laissée à la négociation de branche sur ces quelques thèmes répond sans doute davantage à une nécessité technique qu'à l'affirmation, même résiduelle, de la supériorité de ce niveau sur l'entreprise* » (S. NADAL, « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *SSL*, 2004, n° 1183, p. 49).

⁴ H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 60 ; M.A. SOURIAC, loc. cit., Dalloz, 2004, p. 583.

⁵ S. NADAL, loc. cit., Dalloz, 2005, p. 73.

Contre P. MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.*, 2009, p. 681 qui affirme que « la masse considérable de ce noyau dur indérogeable contribue fortement à raréfier les accords d'entreprise dérogeant à des accords de branche ».

⁶ H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 60.

⁷ Art. L. 2253-2 CT : « *Lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel vient à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou d'accords d'entreprise ou d'établissement négociés conformément au présent livre, les stipulations de ces derniers sont adaptées en conséquence* ».

l'accord de cadre le plus large l'exige expressément. Si les parties de la convention de cadre plus large prévoient l'adaptation, l'accord d'entreprise devra certainement y procéder. Qu'en est-il si les négociateurs restent silencieux en la matière ? Il importe alors, selon nous, de prendre en considération la position de la convention de cadre plus large quant à l'application du principe de faveur. Si elle interdit la dérogation, il conviendra d'admettre que, malgré le silence légal et la divergence avec l'article L. 2252-1 CT, les négociateurs d'entreprises devront procéder à l'adaptation quand bien même les négociateurs de branche ne l'ont pas explicitement envisagée¹. La convention de cadre plus réduite peut alors, ou bien, apporter des modifications permettant d'assurer sa compatibilité avec la convention de cadre plus large², ou bien, opter pour le statu quo et ainsi conduire à l'application de la convention collective de cadre plus large qui s'avère plus favorable³. En définitive, seule l'autorisation de dérogation peut aboutir à neutraliser l'obligation d'adaptation.

697. Cette loi a, dans tous les cas, donné l'occasion au Conseil constitutionnel d'affirmer que le principe dit de faveur possède une simple valeur législative⁴. Les juges, tout en reconnaissant implicitement les désavantages pour les salariés de la négociation d'entreprise, ont notamment considéré que l'introduction du principe majoritaire représente une garantie suffisante et justifie l'extension du domaine des dérogations possibles à ce niveau⁵. Les conditions dans lesquelles est apprécié le caractère majoritaire d'un accord collectif ne semblent pourtant pas totalement satisfaisantes quand bien même les nouvelles règles de représentativité visent à renforcer la légitimité de l'accord⁶.

¹ G. VACHET, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 896 pour qui « l'accord ne peut être dérogatoire que s'il est postérieur à l'accord de branche ».

² H. TISSANDIER, loc. cit., 1997, p. 1049. Notons que l'instauration d'obligation annuelle de négocier permet de favoriser la réalisation de ces modifications.

³ On peut toutefois se demander si la convention de branche ne doit pas s'appliquer indépendamment de son caractère plus favorable, en vertu du principe de hiérarchie (dans ce sens, Ph. LANGLOIS, loc. cit., 1994, p. 29). Il doit être admis que le principe de faveur s'applique et que la convention d'entreprise n'ait pas à s'adapter si elle s'avère plus favorable que la convention de branche postérieure (M. DESPAX, loc. cit., *Dr. Soc.*, 1988, p. 12).

⁴ C.C. 29 avril 2004, déc. 2004-494 DC.

⁵ Un auteur parle de « *deal politique* » entre l'introduction du principe majoritaire et l'essor de l'accord d'entreprise (J.E. RAY, loc. cit., *Dr. soc.*, 2008, p. 6).

⁶ Voir notamment supra, n° 335.

Avant de conclure, il convient de formuler quelques remarques relatives à l'accord de groupe et à l'accord d'établissement.

698. Lorsqu'il s'agit des rapports entre accords de groupes et conventions de cadre plus large, la loi a paradoxalement adopté une posture distincte en maintenant le principe de l'interdiction de dérogation à la convention de branche et en permettant aux négociateurs de branche d'autoriser la dérogation¹. Les rapports entre les accords de groupe et les accords d'entreprise ou d'établissement ne sont pas régis par une disposition légale spécifique. L'application de la disposition plus favorable devrait alors jouer². L'alignement des différents accords d'entreprise sur la convention ou l'accord de groupe passera alors essentiellement par l'intervention des négociateurs d'entreprise qui pourront dénoncer ou réviser leur accord en vue de conclure l'accord de groupe ou d'adhérer postérieurement audit accord³.

699. L'articulation entre les accords d'entreprise et les accords d'établissement est plus complexe en raison de la maladresse de la rédaction légale qui vise indifféremment « *la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement* » et place ainsi ces deux accords sur un pied d'égalité⁴. Doit-on alors appliquer l'accord d'établissement comme règle spéciale par rapport à la convention d'entreprise, conformément à la logique guidant la réforme?⁵ Notre réponse est négative. Il est tout d'abord possible de penser que la loi distingue clairement deux blocs. Dans ce sens, le dispositif régit les relations entre les accords extérieurs à l'entreprise et les accords

¹ Art. L. 2232-35 CT, anc. art. L. 132-19-1, al. 3 : « *La convention ou l'accord de groupe ne peut comporter des dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels* ». Pour approfondir, voir M.A. SOURIAU, loc. cit., 2005, p. 104 et H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 62.

² J.F. CESARO, loc. cit., 2010, p. 785, pour qui « *il convient de raisonner comme s'il s'agissait d'un accord d'entreprise signé avec d'autres que les signataires de l'accord originel* ». L'auteur cite de plus la circulaire du 22 septembre 2004 aux termes de laquelle « *lorsque l'accord de groupe porte sur des domaines déjà traités par des accords d'entreprise, les clauses de l'accord de groupe ne peuvent prévaloir sur les stipulations des accords d'entreprise antérieurs ayant le même objet que si elles sont plus favorables pour les salariés* » (fiche n° 5). Dans le même sens, voir également B. TEYSSIE, loc. cit., 2005, p. 649.

³ Le Professeur CESARO distingue deux « *voies d'harmonisation conventionnel du groupe* ». En amont de la négociation au niveau du groupe, la dénonciation simultanée des accords d'entreprise en vue de la conclusion d'un accord de groupe pendant la période de préavis ou de survie peut constituer une solution. Force est cependant de constater que cette solution démunie les salariés de toute protection en cas de désaccord. L'auteur évoque alors les procédures de révision qui se heurtent toutefois à des difficultés pratiques considérables, notamment quant à la représentativité des signataires. En aval de l'accord de groupe, les entreprises peuvent adhérer à l'accord et ainsi permettre son application (loc. cit., 2010, p. 785-786).

⁴ Art. L. 2253-3 al. 2 CT. Il est admis que l'accord d'établissement puisse déroger à la convention de branche dans les mêmes conditions que ne le ferait un accord d'entreprise.

⁵ La règle spéciale, l'accord d'établissement, doit l'emporter sur la règle générale, la convention ou l'accord d'entreprise.

conclus au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Dès lors, les rapports entre accord d'entreprise et accord d'établissement sont régis par le principe de faveur. En effet, considérant que ce principe est un principe général pour le Conseil d'Etat et un principe fondamental au sens de l'article 34 CF pour la Cour de cassation, sa mise à l'écart doit être expressément envisagée par la loi qui, en la matière, reste silencieuse. Dès lors, le principe s'applique et un accord d'établissement ne peut déroger à un accord d'entreprise¹. Il est dans tous les cas regrettable que les successives réformes n'aient pas permis de clarifier les conditions dans lesquelles l'employeur peut recourir à la négociation d'établissement.

700. En guise de conclusion, il apparaît que la réforme de 2004 a procédé à une modification brutale de l'ancien dispositif en convertissant la faculté de dérogation en règle légale de principe². Force est alors de constater que les discussions doctrinales relatives à l'article L. 2254-1 CT (anc. art. L. 135-2) qui garantit l'application de la convention aux personnes qui y sont liées, se trouvent affectées. En effet, ou bien il convient d'admettre qu'au regard du nouveau dispositif, cet article perd de sa généralité et se restreint indubitablement aux relations contrat-conventions, ou bien, maintenant sa portée générale qui implique le maintien de l'impérativité de toutes les conventions collectives, il convient de relever une incohérence de la loi qui « *stigmatise bien l'absence de vision d'ensemble de celle-ci* »³.

Le caractère supplétif de la règle constitue une deuxième transformation, selon nous plus transcendante. En effet, sur une question tant importante comme l'articulation des niveaux de négociation, la loi se retire en se déclarant supplétive et délègue aux interlocuteurs sociaux de branche la responsabilité de maintenir ou non l'application du principe de faveur⁴. Dans ce cadre, nul ne peut douter que le niveau de la branche sort renforcé de la réforme.

Dans ce sens, nous aborderons dans le prochain développement d'autres aspects qui renforcent et renouvellent le rôle régulateur de la branche.

¹ F. CANUT, loc. cit., p. 384.

² Un secteur doctrinal avait proposé une transition plus lente et progressive consistant en maintenir l'interdiction de déroger sauf dans les matières ou situations dans lesquelles la convention de branche le prévoyait expressément (solution adoptée pour les accords de groupe vis-à-vis des accords de branche). Le principe demeurait ainsi l'interdiction de déroger (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit. 2003 (a), p. 90).

³ H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 61.

⁴ La Professeure SOURIAFF affirma qu'« *en définitive, la question de l'articulation des niveaux fait l'objet d'une large délégation de compétence consentie par le législateur au profit des protagonistes sociaux de branche* » (loc. cit., 2005, p. 96).

B. La fonction régulatrice impartie à la convention de branche

701. Outre ces missions classiques¹, la branche professionnelle se voit doter par la réforme de 2004 d'une fonction d' « *organisation des relations professionnelles* »².

Trois points peuvent être soulignés. En premier lieu, sans préjudice des nouvelles règles issues de la loi de 2008, la réforme de 2004 renvoyait aux conventions de branche étendues l'établissement des conditions de majorité et de recours aux représentants élus du personnel pour négocier au sein des entreprises³. En deuxième lieu, le Code du travail comporte plusieurs dispositions visant à configurer la convention de branche comme instrument régulateur de l'activité conventionnelle dans un secteur déterminé. Dans ce cadre sont institués et renforcés plusieurs organismes de contrôle, d'organisation et de surveillance de l'activité conventionnelle dans la branche⁴. Enfin, la convention de branche, pour pouvoir être étendue, doit également comporter certaines clauses essentiellement à vocation procédurale⁵, permettant d'encadrer les processus de négociation⁶. Ces règles de procédure ont comme « *finalité de garantir la bonne foi de chaque partie, [d'] optimiser le déroulement de la*

¹ Pour approfondir, voir J. SAGLIO, « La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles », *Travail et emploi*, 1991- I, n° 47, p. 26.

² S. NADAL, loc. cit., Dalloz, 2005, p. 60 et loc. cit., 2004, p. 50.

³ Sur la mise en oeuvre de la majorité, voir supra, n° 313 ; sur le recours aux négociateurs subsidiaires, voir supra, n° 222.

⁴ L'article L. 2232- 10 CT (anc. art. L. 132-17-1) instaure les « *observatoires paritaires de la négociation collective* ». Tout en saluant leur création, la doctrine s'est toutefois montrée perplexe quant à leur capacité d'action au regard de la faiblesse de leur régulation légale (S. NADAL, loc. cit., 2004, p. 50 et loc. cit., Dalloz, 2005, p. 76).

L'article L. 2234-1 CT (anc. art. 132-20, al.1) prévoit également que « *peuvent être instituées* » des commissions paritaires locales, départementales ou régionales dont les fonctions sont énumérées à l'article L. 2234-2 CT (anc. art. 132-20, al.2 à 5) (« *1° Concourent à l'élaboration et à l'application de conventions et accords collectifs de travail, négocient et concluent des accords d'intérêt local, notamment en matière d'emploi et de formation continue ; 2° Examinent les réclamations individuelles et collectives ; 3° Examinent toute autre question relative aux conditions d'emploi et de travail des salariés intéressés* »). Pour approfondir voir B. TEYSSIE, « Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles », *JCP E*, 2004, n° 43, p. 1670.

⁵ J.E. RAY, loc. cit., *Dr. soc.*, 2004, p. 596.

⁶ L'article L. 2261-22 II CT prévoit une série de clauses obligatoires pour permettre l'extension d'une convention de branche. Pour ce qui nous intéresse, mentionnons que la convention doit prévoir des garanties de carrière dont pourront se prévaloir les représentants syndicaux, « *les procédures conventionnelles de conciliation suivant lesquelles seront réglés les conflits collectifs de travail susceptibles de survenir entre les employeurs et les salariés liés par la convention ; les modalités de prise en compte dans la branche ou l'entreprise des demandes relatives aux thèmes de négociation émanant d'une ou des organisations syndicales de salariés représentatives* ». Cette dernière exigence prétend instaurer un code de bonne conduite dans les relations professionnelles renforçant les exigences de bonne foi (S. NADAL, loc. cit., 2004, p. 51).

négociation [et de] définir une méthodologie commune à une profession dans la négociation et le suivi des accords d'entreprise »¹.

Ce cadre légal est révélateur de la prise en compte de l'aspect contractuel de la convention ou de l'accord collectif. Parallèlement au renforcement des conditions de légitimité des signataires et des accords, la loi incite les interlocuteurs sociaux à établir un cadre favorisant la bonne relation entre les parties à la négociation ou à la convention.

702. Il demeure toutefois important de souligner que la fonction régulatrice de l'accord de branche s'exerce fondamentalement par sa capacité de déterminer les conditions de son application vis-à-vis des conventions et accords de cadre plus réduit et notamment d'entreprise².

En définitive, la branche demeure bel et bien le centre de gravité du système conventionnel, conformément au principe hiérarchique nuancé par le principe de faveur. Il ressort néanmoins d'une analyse complète du dispositif que la loi tend à renforcer le poids de l'entreprise jusqu'à lui attribuer, dans certains domaines, une préférence d'application indépendamment du choix des négociateurs de branche.

§ 2: Les faveurs légales pour l'accord d'entreprise

703. L'émancipation et la promotion de la négociation au niveau de l'entreprise ont constitué une priorité des réformes de 2004 et de 2008. Chacune d'elles a opté pour une mise en œuvre distincte. Alors que la loi de 2004 a procédé à une augmentation, en faveur de l'entreprise, des facultés de dérogation à la loi ouvertes antérieurement aux seules conventions de branche étendues³, la réforme de 2008 a franchi un pas supplémentaire et a dépourvu, en matière de durée du travail, l'accord de branche de tout effet impératif⁴. Incontestablement, un nouveau modèle d'articulation entre la branche et l'entreprise est né en droit français.

¹ S. FROSSARD, loc. cit., 2000, p. 618.

² Voir supra, n° 694 s.

³ Sur les accords dérogatoires avant la réforme, voir A. SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 200

⁴ Cette loi « trouve son inspiration dans le droit communautaire et singulièrement dans la directive du 4 novembre 2003 » (F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 255).

A. Les facultés de dérogation directe issues de la loi de 2004

704. Le Code du travail envisage trois modalités de dérogation selon les matières : les dérogations uniquement ouvertes à la convention de branche étendue, celles qui établissent l'addition de l'accord de branche et de l'accord d'entreprise¹ et enfin, les dérogations ouvertes aux accords de branche « ou » aux accords d'entreprise².

Antérieurement à la réforme, les facultés de dérogation étaient essentiellement restreintes aux conventions de branches étendues³. La loi du 4 mai 2004 est venue bouleverser cette proportion et prévoit que les accords d'entreprise peuvent déroger à la loi dans les mêmes conditions que les accords de branche étendus⁴. Deux domaines sont essentiellement concernés : la durée du travail et les contrats précaires⁵.

Se produit par conséquent une mise à égalité de la négociation dérogatoire d'entreprise avec la négociation de branche qui aboutit à élargir considérablement le domaine de la négociation d'entreprise. Désormais, l'accord d'entreprise peut déroger à la loi indépendamment de l'existence préalable et du contenu éventuel d'un accord de branche lui-même dérogatoire⁶.

Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que ces nouvelles règles encadrant les rapports entre conventions ou accords collectifs n'ont « *ni pour objet ni pour effet de modifier les rapports entre les normes législatives ou réglementaires et les accords collectifs* »⁷. Or, il paraît indéniable que la mise à égalité de la convention de branche et de la convention d'entreprise affecte indirectement les relations entre la loi et les

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 586.

² La dérogation au taux légal de majoration des heures supplémentaires peut s'effectuer par « *une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement* » (art. L. 3121-22 CT).

³ Voir supra, n° 412. Notons toutefois que la loi permettait à l'accord d'entreprise de remettre en cause les dispositions légales, de manière ponctuelle, en matière de salaires et d'aménagement ou de réduction du temps de travail.

⁴ Art. 43 de la loi n° 391-2004.

⁵ M.A. SOURIAC, loc. cit., *Dr. soc.*, 2004, p. 586.

En dehors de ces deux matières, il convient de rajouter en matière de licenciement économique, les accords dits de méthode introduits en 2003 et renforcé en 2005, qui permettent aux niveaux de la branche, du groupe ou de l'entreprise, de déroger à la loi quant aux règles d'information et de consultation du comité d'entreprise (art. L. 1233-21 CT s. ; anc. art. L. 320-3). Dans la pratique, ces accords sont essentiellement conclus au niveau des entreprises (pour approfondir, loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003 ; P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2003 (c), p. 486 ; loi du 18 janv. 2005 ; S. NADAL, « Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du Travail », *Dr. ouv.*, 2005, p. 303 ; P. RENNES, « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du Travail) », *Dr. ouv.*, 2005, p. 311 ; F. GAUDU, loc. cit., 2008, p. 915).

⁶ M.A. SOURIAC, loc. cit., 2005, p. 98.

⁷ La décision poursuit que « *les rapports entre les accords collectifs et les contrats de travail* » ne sont pas non plus modifiés (Cons. Const. 29 avril 2004, n° 2004-494).

conventions. Concrètement, elle aboutit à fragiliser la loi « *en l'exposant à des dérogations plus nombreuses, voire plus extrêmes* »¹.

705. Le caractère lacunaire du texte légal qui emploie simplement la conjonction « ou », conduit cependant à se demander quel texte conventionnel va recevoir application si la branche et l'entreprise ont toutes deux traité de manière incompatible la matière objet de dérogation.

Les réponses varient selon que l'accord de branche soit soumis à la loi antérieure à la réforme de 2004 ou soumis aux nouvelles dispositions.

Pour les textes postérieurs à la réforme de 2004, la réponse se trouve dans la convention de branche qui peut ou non ouvrir la faculté de dérogation à l'entreprise. Peu importe qu'il s'agisse d'un accord de branche dérogatoire à la loi ou d'un accord d'entreprise dérogatoire à la loi et, en l'espèce, à la convention de branche². L'accord ou la convention de branche est maître de l'émancipation de l'entreprise.

Pour les textes antérieurs à la réforme, dont le maintien en vigueur est assuré par le dispositif transitoire de la loi³, la discussion s'avère plus complexe et a suscité des débats doctrinaux dont l'issue demeurait incertaine⁴.

Lorsque l'accord d'entreprise est postérieur à l'accord de branche, le courant doctrinal majoritaire estime que l'accord d'entreprise doit être privilégié. Plusieurs arguments vont dans ce sens. En premier lieu, il est possible de considérer que l'accord de branche fait disparaître la disposition légale, l'accord d'entreprise correspond alors à un accord dérogatoire à l'accord de branche⁵. En deuxième lieu, si la loi ouvre la dérogation indifféremment à la convention de branche ou à celle d'entreprise, les négociateurs de branche ne peuvent réduire la capacité des négociateurs d'entreprise⁶ dont l'accord devra ainsi recevoir application⁷. En troisième lieu, d'autres auteurs affirment que « *l'objet de l'accord dérogatoire [...] est de permettre à l'employeur*

¹ M.A. SOURIAC, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 587. Dans le même sens, H. TISSANDIER loc. cit., 2004, p. 61, pour qui « *l'équilibre de l'édifice est probablement atteint* ».

² F. CANUT, loc. cit., p. 384.

³ Voir infra, n° 709.

⁴ Pour approfondir, voir F. CANUT, op. cit., n° 664 s.

⁵ J. BARTHELEMY, loc. cit. 1988 (b), p. 556.

⁶ Si la faculté de dérogation est ouverte légalement à l'entreprise, « *les parties à un accord de branche n'ont pas la capacité, en tant que parties à un acte privé, de disposer d'une possibilité légale dont ils ne sont pas les destinataires* » (S. FROSSARD, loc. cit., 2000, p. 620). En effet, le pouvoir de l'entreprise de se doter de sa propre norme dérogatoire est d'ordre public (Y. CHALARON, loc. cit., 1998, p. 363).

⁷ L'insertion de la conjonction "ou" renvoie à une « *alternative égalitaire* », (P. RODIERE, loc. cit., 2002, p. 18)

d'élaborer des règles différentes de celles prévues par la loi. Il est dès lors logique, [...], de faire prévaloir les textes conventionnels qui offrent le plus de possibilités de dérogations » à l'employeur¹. Se dégage ainsi un nouveau critère de détermination de la norme applicable, celle qui offre le plus de possibilités de dérogations. Ce nouveau critère est antinomique au principe de faveur pour les salariés qui s'applique uniquement pour les conventions ordinaires. Enfin, en quatrième lieu, un auteur considère que plusieurs renvois « *recèlent une spectaculaire délégation de compétence à l'accord d'entreprise ou d'établissement* »².

Un autre courant de la doctrine propose en revanche de s'attacher au dispositif légal selon la matière considérée. Dans ce cadre, il est possible de déduire dans certaines matières que la loi permet à l'accord d'entreprise de déroger à la convention de branche³. Dans le silence de la loi, il convient de revenir aux dispositions de la branche et à la hiérarchie classique afin de déterminer si le principe de faveur doit s'appliquer⁴. L'intervention de la branche épuise la faculté de dérogation⁵.

Lorsque l'accord d'entreprise est antérieur à l'accord de branche, nous estimons qu'au regard de l'obligation d'adaptation prévue à l'article L. 2253-2 CT⁶, l'accord de branche postérieur plus favorable devrait recevoir application si l'accord d'entreprise n'a pas respecté cette obligation. Là encore, le principe de faveur doit s'appliquer dans des conditions similaires aux conventions ordinaires⁷.

¹ G. VACHET, loc. cit., 2009, p. 898 ; H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 61. L'application de l'accord d'entreprise dérogatoire est de plus conforme au principe *specialia generalibus derogant* (P. RODIERE, loc. cit., 2003, p. 7 ; M.A. SOURIAU, loc. cit., *Dr. Soc.*, 2004, p. 583).

² P. MORVAN, loc. cit., 2009, p. 684. Selon l'auteur, la loi organise, dans ces hypothèses, « *la subsidiarité de la norme - en l'occurrence celle de la convention de branche étendue qui se trouve dépouillée de son monopole- et déplace le centre de la négociation ou de la décision* ». De façon comparable au droit communautaire (voir supra, n° 464), la subsidiarité évoque l'idée de l'attribution du pouvoir normatif au niveau le plus adéquate par rapport aux objectifs poursuivis. Nous considérons cependant que la notion de subsidiarité implique, d'un côté, un véritable choix politique et opère, d'un autre côté, une répartition de compétence excluant le concours.

³ Par exemple, anc. art. L. 212-10 CT (devenu R. 3124-1 CT) tel que rédigé avant la loi du 4 mai 2004, relatif aux peines en cas de violation « *des stipulations d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui dérogent, dans les conditions prévues par la loi, à ces dispositions législatives ou à celles d'une convention ou d'un accord collectif étendu* ». Les matières visées étaient la modulation du temps de travail, les cycles de travail, les accords collectifs au contingent d'heures supplémentaires et les conditions d'attribution du repos compensateur (F. CANUT, loc. cit., p. 384).

⁴ F. CANUT, loc. cit., p. 384 ; P. RODIERE, loc. cit., 2002, p. 19 ; F. GAUDU, loc. cit., 1990, p. 613.

⁵ F. BOCQUILLON, loc. cit., 2001, p. 260 pour qui, suivant une interprétation restrictive de la dérogation, « *si les acteurs sociaux de la branche décident de déroger à la loi, on pourrait considérer que la dérogation se limite à ce niveau, sans que les acteurs de l'entreprise puissent déroger à l'accord de branche déjà dérogatoire* ».

⁶ Sur cette obligation, voir supra, n° 694, 696.

⁷ Pour un secteur de la doctrine, le caractère dérogatoire excluant toute application du plus favorable, c'est cette obligation d'adaptation qui permet de résoudre le conflit entre les deux textes (P. MORVAN, loc. cit., 2009, p. 686). Sur l'obligation d'adaptation, voir supra, n° 694, 696.

706. La mise à égalité des accords de branche étendus et des accords d'entreprises conduit dans tous les cas à une remise en cause de la portée et de la signification de l'acte d'extension¹. En effet, il ressort du dispositif légal que l'employeur peut désormais négocier dans l'entreprise et ainsi se soustraire aux dispositions de la convention de branche étendue qui ne déroge pas à la loi². L'application d'un acte réglementaire est alors écartée par les négociateurs d'entreprise et les conditions de travail peuvent varier d'une entreprise à une autre au détriment de l'idée de loi professionnelle et d'égalité entre entreprises. Il est par ailleurs regrettable que les accords dérogatoires qui peuvent aboutir à une dégradation des conditions de travail, ne soient plus soumis à un contrôle de légalité antérieurement effectué lors de la procédure d'extension³.

707. En définitive, nous estimons que l'accord dérogatoire fait disparaître le principe de faveur entre la loi et la convention mais ne le remet pas en cause dans les relations entre accord de branche et accord d'entreprise. Dans ce sens, il est incontestable que la faculté de prévoir des dérogations doit être fondée sur une disposition légale expresse⁴. Dès lors, si la loi ne prévoit pas expressément la faculté de l'entreprise de déroger à la branche⁵, la convention d'entreprise dérogatoire doit respecter les dispositions conventionnelles qui peuvent opter pour le maintien de l'articulation classique selon les principes d'adaptation, d'innovation et d'amélioration⁶. Les modifications apportées par la loi du 20 août 2008, vont dans le sens de cette interprétation, en remplaçant la conjonction « *ou* » par la formule « *en défaut de* » qui

¹ La doctrine affirma ainsi que la procédure d'extension perd de sa « *solemnité* » (S. NADAL, loc. cit., Dalloz, 2005, p. 72 qui estime plus loin qu' « *il est même possible de suggérer que la distinction entre convention ordinaire et convention étendue est significativement estompée. [...]. Certes la convention étendue reste indifférente à la situation de l'employeur, mais elle est désormais - comme la convention ordinaire- tributaire des fruits de la négociation d'entreprise* », p. 64).

² « *Une entreprise pourrait, à l'avenir, être aisément soustraite aux dispositions d'une convention de branche étendue par la voie de la négociation* » (S. NADAL, loc. cit., Dalloz, 2005, p. 64).

³ H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 61.

⁴ Etant le principe de faveur un principe général du droit selon le Conseil d'Etat ou un principe fondamental au sens de l'article 34 CF selon la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel (voir supra, n° 377, 478).

⁵ La dérogation conventionnelle qui permet à un accord de déroger à un accord supérieur, et la dérogation légale qui permet à un accord de déroger à la loi, sont donc deux questions autonomes qui appellent dans les deux cas une disposition légale expresse.

⁶ G. BORENFREUND, loc. cit., 1990, p. 627 et 633, note 75.

permet alors clairement de faire appliquer l'accord d'entreprise au détriment de l'accord de branche sur une matière dans laquelle les deux niveaux sont visés par la loi¹.

B. La passivité des interlocuteurs sociaux suite à la réforme de 2004

708. La réforme 2004 laisse incontestablement aux organisations professionnelles, la responsabilité de mettre en pratique et de concrétiser l'orientation de la règle légale qui vise à favoriser l'émancipation de l'entreprise en dehors du carcan sectoriel. Force est alors de constater que les interlocuteurs sociaux au niveau de la branche sont restés prudents et ont largement permis au principe de faveur de se maintenir. Un certain paradoxe apparaît puisqu'il semble certain que l'esprit des revendications des organisations professionnelles s'est fortement retrouvé dans la loi de 2004. En effet, la fonction régulatrice d'encadrement attribuée à la négociation de branche et la promotion de l'accord d'entreprise représentent les constantes des aspirations des organisations professionnelles.

709. La passivité des acteurs sociaux s'est tout d'abord vu favoriser par le dispositif transitoire qui entourait la loi de 2004. L'article 45 de la loi, « *assurément illisible et contraire au principe de clarté de la règle de droit* »², pose en effet une règle de droit transitoire prévoyant que « *la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs* »³. Il précise également que les dispositions de la loi n'ont d'effet que pour les accords conclus après son entrée en vigueur, « *pour les accords à venir* ». Le Conseil Constitutionnel confirma cette volonté législative énonçant que « *les nouvelles dispositions n'auront pas de portée rétroactive* »⁴.

¹ Voir infra, n° 712.

² H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 62.

³ Cass. Soc. 9 mars 2011, *RDT*, 2011, p. 324, obs. S. NADAL. Il résulte du dispositif transitoire « *qu'un accord collectif d'entreprise, même conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, ne peut déroger par des clauses moins favorables à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement à cette date, à moins que les signataires de cette convention n'en aient disposé autrement* ». Cette dernière formulation rentre alors en conflit avec la position des juges de la CA de Paris qui avaient annulé les dispositions d'une convention de branche qui se déclarait supplétive par rapport aux accords d'entreprise (voir supra, n° 648).

⁴ Décision Conseil Constitutionnel n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

La majorité des conventions en vigueur étant conclues pour une durée indéterminée, la loi ne s'appliquera par conséquent, qu'après leur dénonciation ou leur révision et la signature d'une nouvelle convention conclue et régie suivant les nouvelles règles. Est ainsi instaurée une sorte d'« *immunité de dérogation* »¹. La doctrine affirmait ainsi « *qu'à s'en tenir à la lettre de l'article 45, la loi du 4 mai 2004 ne connaîtra aucune application générale et effective avant de nombreuses années* »².

Au prétexte, incontournable de permettre une sécurisation du cadre conventionnel en vigueur, ce dispositif transitoire a donc, dans le même temps, favorisé l'immobilisme et le maintien du dispositif antérieur.

710. En effet, au niveau de la branche, les négociateurs se sont montrés plus enclins à adopter des dispositions nouvelles en vertu de la loi de 2004. Des études ont montré que 80 % des conventions de branche comportent une clause d'impérativité³ ou de verrouillage qui interdit aux accords d'entreprises de déroger à leurs dispositions⁴. Dans cette hypothèse, les négociateurs assurent le *statu quo* des règles d'articulation antérieures à la réforme⁵ et optent de manière catégorique pour la soumission de l'entreprise aux conventions de cadre plus large⁶. La doctrine parle alors de pétrification de la convention de branche qui résiste aux dérogations⁷.

¹ P. MORVAN, loc. cit., 2009, p. 681.

² P. MORVAN, « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : de la « théorie des flaques d'eau » », in *Le nouveau droit de la négociation collective (Loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 50. L'auteur proposa alors pour pallier ces effets d'apprécier au travers du premier avenant postérieur à la loi, « *la novation expresse ou implicite de la valeur normative d'une convention de branche* ».

Les nouveaux critères de représentativité adoptés par la réforme légale d'août 2008 peuvent toutefois accélérer le processus de transformation s'ils aboutissent à une répartition des pouvoirs entre organisations syndicales permettant la conclusion d'accords novateurs.

³ Voir *La négociation collective en 2007 : bilans et rapports*, Dares, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, Paris, 2008 ; O. MERIAUX, J.Y. KERBOURC'H et C. SEILER, op. cit. ; A. JOBERT et J. SAGLIO, *La mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche*, Paris, La documentation Française, 2005 ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, op. cit., p. 220.

Notons par ailleurs qu'antérieurement à la réforme certaines clauses comparables figuraient déjà dans certaines conventions collectives (voir supra, n° 647).

⁴ J.Y. KERBOURC'H, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.*, 2008, p. 834.

⁵ Aux termes de l'article L. 2253-1 CT, l'accord d'entreprise peut dans tous les cas adopter des dispositions plus favorables pour les salariés.

⁶ La doctrine affirma ainsi que ces clauses « *réduisent drastiquement l'autonomie dont disposent les négociateurs d'entreprise (que le législateur voulait pourtant accroître), et renforcent corrélativement le pouvoir des négociateurs de conventions couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* » (J.Y. KERBOURC'H, loc. cit., p. 835).

⁷ P. MORVAN, loc. cit., 2009, p. 680.

La pratique conventionnelle a toutefois démontré que les négociateurs de branche ont pu ouvrir certaines dérogations. Il convient alors de procéder à une analyse clause par clause de la convention de branche.

De manière ponctuelle, tout en établissant une interdiction générale de déroger, les négociateurs de branche peuvent ouvrir dans des circonstances particulières et sur certaines matières spécifiques, la possibilité aux accords d'entreprise de s'écarter des dispositions qu'ils ont prévues. Dénommées « *clauses d'émancipation des accords d'entreprise* », ce type de clauses présente une rédaction qui convertit la norme conventionnelle supérieure en optionnelle, potestative, dispositive, d'orientation ou supplétive¹. Ces clauses posent dans la pratique de sérieuses difficultés d'interprétation et de délimitation de leur champ d'application et conduisent à une lecture peu aisée de l'ensemble du dispositif².

Les négociateurs de branche ont également introduit des mécanismes de complémentarité avec la convention ou l'accord d'entreprise qui dispose par conséquent d'une certaine marge de liberté. Dans ce cadre, la convention de branche prévoit un dispositif qui sera applicable par la conclusion postérieure d'un accord au niveau de l'entreprise³.

Enfin, il convient de mentionner l'existence de clauses qui visent à régler les hypothèses de conflits entre conventions. La convention la plus large détermine ainsi quelle disposition est applicable à l'entreprise lorsqu'existent plusieurs conventions supérieures ou permet lorsque la dérogation est ouverte indifféremment à la branche ou à l'entreprise de privilégier l'accord de branche⁴. Au niveau de l'entreprise, au cours des premières années successives à la réforme, le ministère de l'emploi n'a recensé aucun d'accord d'entreprise dérogatoire conclu en application des dispositions nouvelles en 2005 et 2006⁵.

711. C'est dans ce cadre révélateur de l'absence d'appropriation générale par les interlocuteurs sociaux des nouveaux modes d'articulation entre conventions collectives

¹ J.Y KERBOURC'H, loc. cit., p. 840.

² J.Y KERBOURC'H, loc. cit., p. 836.

³ Selon la doctrine, il s'agit de « *clauses conditionnelles dont l'application est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise* » (J.Y KERBOURC'H, loc. cit., p. 841).

⁴ Dans l'hypothèse de dérogations à loi ouvertes à la convention de branche « ou » à la convention d'entreprise, les négociateurs de la convention sectorielle ont pu également interdire la conclusion d'accord d'entreprise dérogatoire aux stipulations conventionnelles (J.Y KERBOURC'H, loc. cit., p. 844).

⁵ J.Y KERBOURC'H, loc. cit., p. 834 ; J.D. COMBEXELLE, loc. cit., 2008, p. 20.

offerts par la loi, que doit être abordée la réforme de 2008 sur le temps de travail. En permettant à l'entreprise d'intervenir en marge de la branche, cette loi fait sauter le verrou consécutif aux réticences des négociateurs de branche de libéraliser la négociation d'entreprise.

Cette loi demeure par ailleurs un exemple révélateur du rapport de force entretenu par les pouvoirs publics et les organisations professionnelles plus représentatives. En effet, en matière de temps de travail, elle dépasse largement les propositions de la Position commune du 9 avril 2008. L'absence de prise en compte du consensus social concrétisé dans la Position¹ et le « *passage en force du gouvernement* »² démontrent en réalité que le dernier mot revient aux pouvoirs publics et que l'accord entre acteurs sociaux n'est pas immuable³. Malgré la loi d'août 2007, l'association des interlocuteurs sociaux à l'élaboration des lois reste donc essentiellement « *déclaratoire* »⁴.

C. La supplétivité de l'accord de branche en matière de temps de travail dans la réforme de 2008

712. La loi du 20 août 2008 a, comme nous l'avons abordé antérieurement, fortement modifié les conditions de validité de la convention collective afin de renforcer la légitimité des négociateurs et des signataires. En matière de temps de travail, celle-ci aboutit, de manière « *plus dissimulée* », à transformer le rôle de l'accord d'entreprise dans la production des règles⁵.

Elle franchit un pas supplémentaire en prévoyant qu'en matière de temps de travail et d'heures supplémentaires⁶, l'accord d'entreprise s'applique prioritairement par rapport aux dispositions de l'accord de branche qui ne s'applique qu'à défaut⁷. La

¹ Les signataires restaient extrêmement prudents en ce domaine auquel ils préféraient une négociation autonome. Ils prévoient dans ce sens « *une fenêtre étroite et expérimentale* » en matière de temps de travail (M.A. SOURIAU, loc. cit., 2009, p. 14 ; P.H. ANTONMATTEI, loc. cit. 2008 (b), p. 771).

² M.A. SOURIAU, loc. cit., 2009, p. 14.

³ A. BEVORT, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français », *Dr. soc.*, 2008, p. 823,

⁴ A. LYON-CAEN, « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in *Syndicats et droit du travail*, Dir. G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, Paris, Dalloz, 2008, p. 69.

⁵ M.A. SOURIAU, loc. cit., 2009, p. 14.

⁶ La doctrine a toutefois souligné qu'en matière de recours au contrat à durée déterminé à objet défini, la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, inverse les rapports et prévoit l'application de l'accord de branche étendu ou, à défaut, de l'accord d'entreprise (M.A. SOURIAU, loc. cit., 2009, p. 19).

⁷ Précisons toutefois que la loi du 21 août 2007 sur la grève dans les services publics de transports prévoyait également l'application préférentielle de l'accord de prévention des conflits conclu dans

formule alternative « ou » est ici substituée par celle de « à défaut de » qui marque clairement une relation de subsidiarité et ainsi une préférence entre deux normes compétentes pour traiter les matières considérées¹.

L'accord de branche ne dispose plus ici de la possibilité d'interdire les dérogations dans l'entreprise. L'application privilégiée de l'accord d'entreprise est la norme. La technique de la dérogation est donc substituée par la proclamation du caractère supplétif de l'accord de branche. Ce « *glissement de l'encadrement conventionnel vers la supplétivité de l'accord de branche* »² bouleverse radicalement l'articulation traditionnelle entre la branche et l'entreprise qui permettait finalement à l'accord de branche de contrôler l'activité conventionnelle au sein des entreprises³.

Deux conséquences peuvent alors être distinguées. En premier lieu, l'accord de branche tend à restreindre son application aux « *entreprises non dotées d'interlocuteurs syndicaux ou de leurs substitués* »⁴. La réforme de 2008 poursuit ainsi le chemin entrepris afin d'affaiblir en pratique la place de l'accord de branche⁵. Dans le même ordre d'idée, l'accord de branche qui intervient à défaut d'accord d'entreprise, n'a plus désormais besoin d'être étendu⁶. Ici encore la portée de l'acte d'extension souffre d'une atteinte importante. Paradoxale et plus préoccupante semble alors la problématique de la couverture conventionnelle des salariés dans les petites entreprises qui sont sans nul doute les principaux intéressés au maintien d'un cadre sectoriel. Par ailleurs, les petites entreprises qui, en raison de leur taille, ne peuvent négocier un accord en la matière ou

l'entreprise (M.A. SOURIAC et S. NADAL, « Le droit de grève dans les services publics de transports, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective », *RDT*, 2007, p. 738).

¹ La norme étatique, en l'espèce le règlement, n'intervient qu'en cas d'absence de dispositions conventionnelles. Cette loi illustre pleinement le phénomène du recul des normes étatiques (voir supra, n° 510).

Pour la fixation du contingent d'heures supplémentaires (art. L. 3121.11 CT), pour le remplacement du paiement d'heures supplémentaires par un repos compensateur (L. 3121-24 CT), pour la mise en place de conventions de forfaits sur l'année (L. 3121-39 CT), pour la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (art. L. 3122-2 CT) et pour la mise en place d'un compte épargne temps (L. 3152-1 CT). Pour approfondir, voir F. CANUT, loc. cit., p. 385.

² F. CANUT, loc. cit., p. 380, qui affirme que « *le fil directeur de la réforme consiste à consacrer la supplétivité pure et simple de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ou d'établissement* » (p. 385).

³ Cette loi aboutit à une « *radicalisation de la supplétivité de la convention de branche au regard de l'accord d'entreprise* » (M.A. SOURIAC, loc. cit., 2009, p. 16). Pour un secteur doctrinal, le mécanisme instauré renvoie d'avantage à la notion de subsidiarité (voir P. MORVAN, loc. cit., 2009, p. 684). Ferveur partisan du contrat collectif d'entreprise, J. BARTHELEMY estime quant à lui que la réforme de 2008 opère un changement tout relatif et s'inscrit en réalité dans la logique des réformes antérieures (« Evitez les mauvais procès », Controverse, « Etendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ? », *RDT*, 2008, p. 426).

⁴ F. FAVENNEC-HERY, loc. cit., 2009 (a), p. 255.

⁵ M.A. SOURIAC, loc. cit., 2009, p. 16, pour qui la réforme « *exerce une action corrosive sur les prérogatives de la branche* ».

⁶ F. CANUT, loc. cit., p. 385 ; M.A. SOURIAC, loc. cit., 2009, p. 18.

plus généralement un accord dérogatoire, se voient lésées par rapport aux entreprises de taille plus importante qui, pouvant conclure un accord propre, vont bénéficier incontestablement d'un avantage, finalement économique¹.

En deuxième lieu, de manière similaire aux relations entre la loi et la convention², la supplétivité écarte l'application du principe de faveur et permet à l'accord d'entreprise de s'appliquer indépendamment de son caractère plus ou moins favorable. La supplétivité exclut également toute idée de complémentarité entre niveau de négociation³.

713. La compatibilité de la supplétivité de principe de l'accord de branche en ces matières avec les règles issues de la loi de 2004 confiant aux négociateurs de branche la faculté d'ouvrir ou fermer les dérogations, a été abordée par le Conseil constitutionnel.

En matière de contingent d'heure supplémentaires, les juges ont affirmé que ces nouvelles dispositions « *s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans les accords de branche* »⁴. La doctrine a souligné que le raisonnement poursuivi par les juges est « *étonnant* »⁵. En effet, tout en censurant la règle légale transitoire qui prévoyait le maintien en vigueur des clauses de la convention de branche jusqu'au 31 décembre 2009, au motif que cette suppression annoncée portait atteinte à la liberté contractuelle et ne se justifiait pas par un motif d'intérêt général suffisant⁶, les juges permettent la neutralisation de la volonté des négociateurs de branche qui avaient opté pour interdire la dérogation⁷.

Cette décision restreinte à la fixation du contingent d'heures supplémentaires a de plus fait l'objet d'une interprétation large dans une circulaire ministérielle qui adopte

¹ G. VACHET, loc. cit., 2009, p. 888. Par exemple, les entreprises, faute d'accord, devront appliquer le décret du 4 novembre 2008 limitant l'organisation de la durée de travail à quatre semaines. Un auteur avertit dans ce sens du danger de tomber dans une convention d'entreprise à la mesure des seules grandes entreprises (P.H. ANTONMATTEI, loc. cit., 2009 (b), p. 883).

² Voir supra, n° 410.

³ M.A. SOURIAC, loc. cit., 2009, p. 17.

⁴ Cons. Const. 7 août 2008, DC n° 2008-568.

⁵ F. CANUT, loc. cit., p. 385.

⁶ Les négociateurs devaient en effet pouvoir négocier des conventions conformes à la nouvelle loi et ainsi aborder la question de la fixation du contingent.

⁷ Pour la professeure SOURIAC, l'interprétation du Conseil « *se heurte à une impossibilité logique absolue, aboutissant à conférer aux conventions de branche des effets autres que ceux voulus par leurs signataires* » (loc. cit., 2009, p. 17). F. CANUT, loc. cit., p. 386, qui évoque également le possible caractère *obiter dictum* de la position du Conseil (la phrase relative à l'application immédiate du régime du contingent annuel ne paraissait pas nécessaire à la résolution de la question soumise au Conseil qui a examiné d'office la constitutionnalité de cette disposition). Dès lors, les juges judiciaires n'y seraient pas tenus.

la même solution, cette fois et de manière plus générale, en matière d'aménagement du temps de travail, dès lors que l'accord de branche s'applique à défaut d'accord d'entreprise¹. Nous estimons au contraire qu'il est possible de considérer que les dispositions légales antérieures² continuent de s'appliquer lorsqu'il ne s'agit pas de la fixation du contingent annuel. Le fait que le maintien en vigueur des conventions de branche soit assuré par le dispositif légal transitoire de la loi de 2004³, est ici décisif⁴.

714. En définitive, la matière de la durée du travail illustre parfaitement les transformations des relations entre conventions et accords collectifs de cadre distinct et plus largement du droit du travail. Alors que traditionnellement les politiques légales en la matière visaient, ou bien, la protection des salariés, ou bien, l'amélioration de l'emploi, plusieurs auteurs avaient souligné antérieurement à la réforme de 2008 que « *l'évolution actuelle a pour finalité d'améliorer pour l'entreprise la flexibilité et la rentabilité du travail humain* »⁵. Force est alors de constater que la réforme de 2008 ne vient que renforcer ces propos.

Du point de vue strictement juridique, il apparaît clairement que la loi de 2008 aboutit incontestablement à un renversement de la hiérarchie des normes conventionnelles au profit du niveau de l'entreprise libéré de contraintes légales ou conventionnelles. Dans ce cadre, il a justement été relevé qu'« *il est paradoxal de constater que si le temps de travail a historiquement constitué le premier thème de réglementation sociale, il incarne aujourd'hui la figure de la déréglementation* »⁶.

Conclusion SECTION I

715. En guise de conclusion, le dispositif français présente globalement « *un double visage* »: il attribue de nouvelles fonctions régulatrices à la convention de branche tout en permettant à l'accord d'entreprise de s'émanciper du carcan sectoriel⁷.

¹ Circ. DGT du 13 nov. 2008, Fiche n° 11, § 2. Pour une position doctrinale favorable à l'application immédiate des nouvelles dispositions et à la consécutive supplétivité de l'accord de branche, voir M. VERICEL, loc. cit., p. 577 et M. MORAND, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *RJS*, 12/2008, p. 958.

² Qui permettent à la branche de restreindre la dérogation au niveau de l'entreprise.

³ Voir supra, n° 709.

⁴ F. CANUT, loc. cit., p. 386.

⁵ J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, op. cit., p. 1043.

⁶ F. CANUT, loc. cit., p. 379.

⁷ H. TISSANDIER, loc. cit., 2004, p. 57.

La branche peut interdire la dérogation. On peut donc admettre que le principe légal reconnaît la supériorité de la branche. La loi déplace en définitive les mécanismes des relations qu'elle entretient avec les normes conventionnelles aux relations que la convention ou l'accord de branche peut entretenir avec les accords d'entreprise¹.

Dès lors, cette supériorité n'empêche pas la convention collective de branche de s'effacer et de permettre l'application de la convention ou de l'accord d'entreprise. Cet effacement se produit dans la loi de 2004 par la volonté des négociateurs de branche et par la conversion du principe de faveur en objet de négociation. Dans la loi de 2008, en matière de durée du travail et d'aménagement du temps de travail, l'option légale est clairement de donner une préférence d'application à l'accord d'entreprise en attribuant un caractère supplétif à l'accord de branche. Ces deux lois permettent par conséquent de distinguer deux modalités d'accords d'entreprise, respectivement, l'accord d'entreprise « *dérogatoire* » et l'accord d'entreprise « *prédominant* »².

SECTION II: La décentralisation légale de la structure de la négociation collective en droit espagnol

716. Quatorze ans après la promulgation de l'ET, un constat s'imposait : les négociateurs avaient très peu utilisé les accords de l'article 83.2 ET³ et avaient laissé le système se réguler au travers de la règle légale de non-affectation de l'article 84 ET⁴. Dans ce cadre, la structure de la négociation se présentait comme pétrifiée et se caractérisait par sa décentralisation et sa désarticulation⁵.

La réforme de mai 1994 prétend agir en la matière et poursuit l'objectif affiché de « *faciliter le plus possible l'ajustement de la convention collective aux caractéristiques de ses cadres d'application* »⁶. Elle opère ainsi un double mouvement en modifiant les règles de concurrence entre conventions au profit des conventions sectorielles de cadre réduit, et en introduisant la figure de l'accord d'entreprise. L'impartialité légale de l'ET-80 et la stabilité de l'unité de négociation disparaissent dans le nouveau dispositif qui se positionne clairement en faveur des cadres réduits de

¹ Le principe est toutefois inversé puisque la loi établit dans ses relations avec les conventions ou accords collectifs le principe de l'interdiction de déroger.

² G. VACHET, loc. cit., 2009, p. 899.

³ Qui leur permettaient de définir la structure de la négociation, voir supra, n° 670 s.

⁴ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 114.

⁵ Le Professeur VALDÉS observait que les unités typiques de négociation étaient de cadre réduit: conventions sectorielles départementales et d'entreprise (loc. cit., Lex nova, 1999, p. 146).

⁶ Exposition des motifs de la loi 11/1994.

négociation. Parallèlement, la fonction structurante de l'autonomie collective consécutive au rôle des accords de l'article 83.2 ET et à l'efficacité normative générale de la convention statutaire, se voit donc fortement affectée¹.

Cette dernière considération explique alors pourquoi les interlocuteurs sociaux ont tenté de se (ré)approprier la détermination de la structure de la négociation. Cette tentative a logiquement échoué. Elle a toutefois permis de mettre en exergue le poids des facteurs économiques et sociaux et l'importance du rôle des politiques des organisations professionnelles en matière de structure de la négociation collective.

Force était alors de constater que le système espagnol de négociation collective se caractérisait par son caractère anomique et par l'absence d'articulation entre conventions qui fonctionnaient en vase clos². Le modèle de la structure de la négociation présentait un système tripolaire comportant des accords sectoriels étatiques, des accords sectoriels départementaux et des accords d'entreprise³. A l'intérieur du système perdue la prédominance du niveau sectoriel départemental qui dessine un modèle intermédiaire de centralisation de niveau moyen.

717. Les propositions doctrinales visant à remédier aux dysfonctionnements du modèle ont été nombreuses et pertinentes⁴.

La loi est alors intervenue au travers de trois réformes successives en 2010, 2011 et 2012. Deux axes peuvent caractériser ces réformes quand bien même l'intensité de chacune d'elles varie fortement. D'une part, la convention collective d'entreprise est pour la première fois prise en compte et se voit placer finalement au centre du modèle de structure de la négociation collective. Alors que dans la réforme de 2011, les accords-cadre constituent le « *centre de gravité de la nouvelle configuration de la*

¹ E. LÓPEZ TERRADA, « La articulación de la negociación colectiva (diez años después), », in *El Régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor SALA FRANCO*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 226.

² J.R. MERCADER UGUINA, « La estructura de la negociación colectiva », *TL*, 2004, n° 76, p. 126. L'auteur souligne également que le « *syndrome cantonal* » demeure.

³ CCNCC, *La Negociación Colectiva en España en 2005 2006 y 2007*, Madrid, MTAS, 2008.

⁴ T. SALA FRANCO et J. LAHERA FORTEZA, « La reforma de la negociación colectiva »; F. VALDÉS DAL-RÉ, « Orientaciones para una reforma de la ordenación jurídica de negociación colectiva », in *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del prof. IGNACIO ALBIOL*, Dir. L. CAMPS, J.M. RAMÍREZ, T. SALA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 531 et p. 551 respectivement; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y J. THIBAUT ARANDA, « La reforma de la negociación colectiva », *RL*, 2010, n° 14.

structure conventionnelle »¹, la réforme de 2012 ôte à l'autonomie collective sa fonction structurante et mise avec force pour l'autonomie de la convention d'entreprise.

D'autre part, ces réformes renforcent la figure de l'accord d'entreprise qui se présente comme l'instrument de flexibilité interne idéal afin d'éviter le recours à la flexibilité externe et donc aux licenciements². Un élément révélateur permet alors de mesurer l'impact de la réforme de 2012. En effet, alors que l'article 6 du RDL 7/2011 parle de « *flexibilité interne négociée* », la réforme de 2012 se réfère à la « *flexibilité interne* » tout court.

Afin d'aborder l'ensemble de ces questions, nous aborderons dans un premier temps l'évolution du dispositif légal en matière d'articulation entre conventions collectives avant de s'attacher, dans un deuxième temps, à la figure des accords d'entreprise.

§ 1: *L'option légale en faveur de la convention d'entreprise*

718. La nouvelle rédaction consécutive à la réforme de 1994 de l'article 84 ET relatif à la coordination entre conventions de cadre supérieur à l'entreprise a maintenu la règle supplétive générale (principe *prior in tempore*) tout en introduisant deux nouveaux préceptes aux implications considérables³. D'une part, est établie une règle spéciale de concurrence permettant à la convention sectorielle de cadre plus réduit de s'appliquer. Dès lors, outre les hypothèses dans lesquelles un accord est conclu en vertu de l'article 83.2 ET, la règle de non-affectation connaît désormais une seconde limite ou exception permettant l'application d'une convention sectorielle de cadre inférieur durant l'application d'une convention de cadre plus large. D'autre part, cette exception se trouve elle-même limitée par l'instauration de matières exclues qui ne peuvent être abordées aux niveaux sectoriels inférieurs. Cette réforme a alors fait l'objet d'une réponse importante de la part des organisations professionnelles en 1997 qui prétendaient récupérer le terrain perdu dans la loi de 1994 en matière de structure de la négociation. Le bilan de cette double intervention demeurerait toutefois mitigé et

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 78.

² Cette idée se retrouve dans la loi 35/2010 qui intitule son chapitre II « *Mesures pour favoriser la flexibilité interne négociée dans les entreprises et pour développer l'usage de la réduction du temps de travail comme instrument d'ajustement temporaire de l'emploi* ».

³ Le Professeur CRUZ VILLALÓN souligna que la Loi 11/1994 « *a établi un ensemble de règles superposées aux précédentes sans que celles-ci ne soit abrogées ou substituées* » (loc. cit., 2007, p. 93).

conduisait à admettre que seul un réaménagement très léger de la structure de la négociation collective s'était réalisé.

719. Dans ce cadre, le RDL 7/2011 du 10 juin est venu remodeler profondément le dispositif légal tant sur les conditions de son application que sur son contenu. De manière schématique, trois aspects peuvent être mis en exergue. D'une part, l'option légale choisit de redonner les clefs du modèle de structure de la négociation aux négociateurs des accords de l'article 83.2 ET. D'autre part, est prévu un régime légal totalement dispositif qui attribue une préférence applicative, bien que limitée à certaines matières, à la convention collective d'entreprise pour la première fois prise en compte. Enfin, sont redéfinies les règles de concurrence entre conventions sectorielles au bénéfice du niveau des CCAA et au détriment du niveau départemental.

La réforme de 2012 est allée beaucoup plus loin. Contrairement à l'esprit du droit espagnol opérant depuis la transition démocratique, elle a opté de manière décidée pour donner une préférence applicative à la convention d'entreprise dans les matières centrales des relations de travail et a fortement neutralisé la fonction structurante des accords-cadre qui permettait à l'autonomie collective de configurer la structure de la négociation collective.

Afin d'analyser cette évolution, nous aborderons tout d'abord la réforme de 1994 puis par la suite la pratique conventionnelle postérieure et les dernières réformes légales.

A. La réforme de 1994 et les travers des conventions évasives

720. Les nouveaux paragraphes 2 et 3 de l'article 84 peuvent être envisagés de la manière suivante. Lorsque deux conventions de niveau supérieur à l'entreprise sont en conflit, l'article 84.2 ET établit une exception à la règle de non-affectation permettant à la convention postérieure de cadre le plus réduit de s'appliquer alors même que la convention antérieure de cadre supérieur est toujours en vigueur. Cette nouvelle disposition constitue une exception au paragraphe 1 et a été qualifiée de « *règle spéciale de concurrence de conventions* »¹, applicable à la concurrence entre conventions de

¹ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 19.

cadre supérieur à l'entreprise¹. L'article 84.3 ET prévoit quant à lui une exception à l'exception, un correctif, établissant une série de « *matières non négociables* » qui demeurent par conséquent soumises à la règle de non-affectation.

Cette option légale qui fixe indéniablement « *un nouvel équilibre entre les intérêts en jeu par la centralisation ou la décentralisation* »², va par ailleurs perturber le rôle régulateur et structurant de l'accord-cadre. En effet, la possibilité offerte aux conventions de cadre plus réduit de recevoir application ne peut être limitée par une disposition d'un accord cadre.

Ces deux aspects conduisent à admettre que l'introduction de ces deux paragraphes revêt une dimension décentralisatrice importante.

1. La concurrence décentralisatrice

721. Aux termes de sa nouvelle rédaction, l'article 84 ET dans son paragraphe 2 dispose que « *dans tous les cas, malgré les dispositions de l'article antérieur, les syndicats et les associations patronales qui réunissent les exigences de légitimation des articles 87 et 88 de cette loi, pourront, dans un cadre déterminé qui sera supérieur à l'entreprise, négocier des accords ou conventions qui affecteront les dispositions de cadre supérieur dès lors que cette décision obtient l'appui des majorités exigées pour constituer la commission de négociation de l'unité de négociation correspondante* ».

Désormais, au-delà de l'entreprise, une convention collective statutaire en vigueur peut donc être écartée par une autre de niveau plus réduit, dénommée « *convention évasive* », et cela indépendamment du caractère plus ou moins favorable de celle-ci³. Les problèmes relatifs au changement d'unité de négociation vers une unité inférieure se trouvent donc partiellement résolus dès lors que les hypothèses de changement considérées entrent dans le cadre de l'article 84.2 ET⁴.

Cette règle de concurrence joue au moment applicatif et ne restreint pas la capacité de négociation des parties aux conventions de niveau le plus large⁵. Néanmoins, reprenant les propos du Professeur MARTÍN VALVERDE, « *les*

¹ La jurisprudence n'applique pas cet article dans l'hypothèse où sont en concurrence un accord sectoriel et un accord de groupe. Pour cela, elle assimile ce dernier à une convention ou un accord conclu au niveau de l'entreprise ; STS du 27 avril 1995 Ar/3273.

² M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., La Ley, 1994, p. 308.

³ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 89; STS 27 mars 2003, Ar/5163; STS 1 juin 2005, Ar/7320.

⁴ Sur les hypothèses de changement d'unité de négociation, voir supra, n° 664.

⁵ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 54. Contre, A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 58.

conventions supérieures à l'entreprise de cadre plus large doivent adopter un mode de régulation dispositif et non impératif par rapport aux conventions également supérieures à l'entreprise de cadre plus réduit »¹.

On constate alors une remise en cause de l'efficacité de la convention collective de cadre supérieur². En effet, auparavant, celle-ci pouvait écarter la règle de l'article 84.1 ET et ainsi permettre l'intervention d'une convention de cadre inférieur et fixer des dispositions minimales pouvant être améliorées. Désormais, l'efficacité de la convention collective de cadre plus large est directement neutralisée par l'entrée en vigueur de la convention évasive, indépendamment du principe de faveur éventuellement établi.

722. Une fois l'idée générale exposée, il convient de revenir plus en détail sur l'article 84.2 ET qui présente, comme le souligne la doctrine, « *une certaine complexité technique accentuée par l'imprécision terminologique avec laquelle est formulée l'hypothèse de fait normatif* »³.

Deux aspects doivent donc être abordés. En premier lieu, il convient de s'attacher à la signification de l'expression convention ou disposition « *de cadre supérieur* ». L'impossibilité d'introduire un élément hiérarchique entre les conventions doit ramener cette expression à la détermination du champ d'application des conventions⁴. Dès lors, de quel champ d'application s'agit-il ? La majorité de la doctrine estima que ce nouveau précepte visait principalement à faciliter l'essor de la négociation au niveau des CCAA⁵. La Professeur CASAS souligna justement que l'intention de la réforme est de favoriser l'essor de nouvelle unité territoriale, de permettre « *l'émergence de cadres territoriaux décentralisés ou « autonomes » des*

¹ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 23.

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « La reforma del artículo 84 del ET », in *Estructura de la negociación colectiva, VIII Jornadas de Estudio sobre Negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1996, p. 29 s.

³ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1994, p. 309.

⁴ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 81.

⁵ Voir F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., Lex nova, 1999, p. 149 et 152. Le Professeur SALA estime qu' « *il s'agit d'une concession aux parties nationalistes défenseurs des modèles autonomes de relations de travail* » (op. cit., 1994, p. 244). Le Professeur CRUZ VILLALÓN souligne justement que le modèle politique des CCAA n'a pas encore définitivement réparti de manière équilibrée les pouvoirs entre les CCAA et l'Etat et que cette « *permanente tension* » a des répercussions sur le modèle de négociation collective (loc. cit., 2007, p. 84).

Dans tous les cas, la prise en compte du cadre de CCAA s'inscrit en parallèle de la modification des règles de légitimation facilitant la participation des organisations professionnelles les plus représentatives dans ce cadre aux négociations de cadre national (voir M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1994, p. 319). Sur cette dernière question, voir supra, n° 117.

relations de travail – un des grands chevaux de bataille de la construction du système post constitutionnel des relations de travail »¹. Le Tribunal Suprême évoqua tout d'abord la primauté de l'aspect territorial² avant d'admettre l'application de l'article 84.2 ET dans l'hypothèse de concurrence entre une convention sectorielle et une autre subsectorielle de même niveau géographique³. La concurrence peut donc s'apprécier par rapport au cadre fonctionnel et géographique⁴.

En deuxième lieu, il importe de souligner que ce mécanisme implique des exigences de légitimation renforcées⁵. La convention concurrente de niveau inférieur doit être négociée par les syndicats et les associations patronales qui « réuniront les exigences de légitimation des articles 87 et 88 ET »⁶. Il ne s'agira par conséquent que de conventions collectives statutaires. De plus, et là réside la singularité de ces accords, la loi prévoit une majorité renforcée exigeant qu'ils obtiennent lors de leur conclusion, « l'appui des majorités exigées pour constituer la commission de négociation dans l'unité de négociation correspondante »⁷. La majorité exigée est donc celle de l'article 88.1 ET et non celle, plus accessible, de l'article 89.3 ET⁸.

723. Aux termes de l'article 84.3 ET, dans l'hypothèse prévue au paragraphe 2, sont considérées comme « *matières non-négociables dans les cadres inférieurs, la période d'essai, les modalités d'embauche, sauf dans les aspects d'adaptation au cadre*

¹ Loc. cit., 1994, p. 311.

² STS du 2 déc. 1996, Ar/8991.

³ STS 24 avril 2006 Ar/5867. Pour la doctrine, voir A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 81; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1995, p. 146 et E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 184.

⁴ Précisons que la convention de groupe est assimilée à la convention d'entreprise et ne peut donc pas permettre la mise en œuvre de l'article 84.2 ET (STS 27 avril 1995, Ar/3273 ; STS 27 oct. 1999, Ar/8411 ; F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 57).

⁵ Sur l'application de ces exigences, voir par exemple STS du 22 sept. 1998, Ar/7576 et STSJ Pays Basque, AL, 1781/1996.

⁶ STS 24 avril 2006, Ar/5867.

⁷ Il s'agit en fait, comme minimum, de la majorité absolue des membres du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

⁸ T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 243 et E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 192.

La règle générale relative à l'adoption des conventions au sein de la commission de négociation impose, aux termes de l'article 89.3 ET « *le vote favorable de la majorité de chacune des deux représentations* ». Lorsque l'article 84.2 exige une majorité renforcée, il renvoie alors à l'article 88.1 qui exige que les syndicats comptent « *la majorité absolue des membres des comités d'entreprise, ou à défaut, des délégués du personnel* » et que les associations patronales regroupent « *des employeurs qui occupent à la majorité des travailleurs affectés par la convention* ». Transposée à l'adoption de l'accord inférieur, cette règle oblige alors à ce que la majorité de la commission qui adopte ledit accord corresponde également à la majorité des membres des comités d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et à des employeurs qui occupent une majorité de salariés affectés par ladite convention ; majorité qui n'est pas requise par l'article 89.3 ET qui exige uniquement la majorité au sein des deux représentations (pour approfondir sur cette question, voir supra, n° 300).

de l'entreprise, les groupes professionnels, le régime disciplinaire et les normes minimales en matière de sécurité et d'hygiène et de mobilité géographique »¹.

Ce précepte, qualifié par la doctrine « *d'exception de l'exception* »², prétend mettre en adéquation un niveau de négociation avec la régulation de conditions de travail et d'emploi déterminées. La doctrine s'est alors demandée si cette attribution ne « *recupère [pas] la vieille doctrine ou catégorie des « unités appropriées de négociation* », *cette fois selon la version du législateur* »³. Elle implique dans tous les cas que ces matières soient abordées avec exhaustivité par les négociateurs de plus haut niveau, spécialement au niveau sectoriel étatique, par exemple dans un accord-cadre impropre.

Il convient alors ici de souligner que, de manière similaire aux problématiques relatives à l'article 84.1 ET⁴, une controverse doctrinale est apparue quant à la portée de ce précepte. Prévoit-il une règle de compétence empêchant que les niveaux inférieurs puissent négocier ces matières ou s'agit-il d'une règle établissant une préférence d'application laissant alors la liberté aux parties des conventions inférieures de négocier sur ces matières ? Pour certains auteurs, la formulation renvoie à une répartition de compétence et non à des règles de préférence d'application⁵. Certaines matières sont alors exclues de la négociation à certains niveaux. Dans ce cadre, cette règle joue bien plus au moment de l'élaboration des normes conventionnelles qu'à celui de leur application. Pour d'autres, il s'agit au contraire de règles de concurrence spécifiques et non de règles de distribution de compétences⁶. Se limitant au moment applicatif, cette interprétation permet aux niveaux inférieurs de négocier ces matières. Enfin, une troisième position plus nuancée consiste à considérer que les négociateurs de cadre

¹ Pour approfondir, voir E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 205 s.

La réforme de 1997 introduit certains aspects des contrats de formation et du contrat éventuel pour les circonstances de la production et la réforme de 1998 sur certains éléments du contrat de travail à temps partiel (voir infra, n° 729).

² A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 21.

³ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1994, p. 297.

Le Professeur MARTÍN VALVERDE refusa, quant à lui, l'emploi du terme « *d'unités appropriées* » réduisant son appréciation à l'existence « *de matières appropriées* » selon le cadre de négociation (op. cit., 1995, p. 128).

⁴ Voir supra, n° 661.

⁵ Selon le Professeur MARTÍN VALVERDE, il s'agit d'une prohibition de négociation absolue et cela quelle qu'en soit la teneur (loc. cit., 1995, p. 94) ; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 199.

⁶ Ce que le précepte empêche est, par exception à l'article 84.2 ET, l'application des clauses traitant des dites matières (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1999-I, p. 40-45 ; J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2006, p. 52 ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La tutela de las unidades inferiores », exemplaire photocopié, p. 9).

inférieur ne sont pas totalement dépourvus de leur capacité de négociation pouvant réguler ces matières lorsqu'elles ne font pas l'objet de traitement au niveau supérieur¹.

La jurisprudence semble se positionner en faveur de la première interprétation et a estimé que ces règles procédaient à une répartition de compétence au sens strict et que la convention inférieure ne pouvait traiter ces matières. La prohibition de l'article 84.3 ET est de droit nécessaire et agit de manière absolue conduisant à déclarer la nullité, non pas de la convention dans sa globalité, mais seulement des clauses visées².

Deux nuances peuvent toutefois être apportées. D'une part, un auteur souligne que les juges n'ont pas été directement soumis à l'hypothèse dans laquelle la convention évasive traite une de ces matières qui n'est pas abordée au niveau supérieur³. D'autre part, un courant doctrinal autorisé a également opéré une distinction entre les matières selon un degré de préférence⁴. En effet, la loi semble attribuer une préférence absolue de la convention supérieure en matière de période d'essai, de groupes professionnels et de régime disciplinaire. Au contraire, l'insertion de l'expression de « *normes minimales en matière de sécurité et d'hygiène et de mobilité géographique* » et la faculté d'adaptabilité en matière de modalités d'embauche peuvent aboutir à considérer que la préférence pour la convention supérieure est partielle. Une convention de cadre plus réduit peut ainsi adapter les modalités d'embauche et améliorer les normes minimales en matière de sécurité et d'hygiène et de mobilité géographique. Ces distinctions se sont alors traduites dans la pratique conventionnelle par l'instauration de compétence partagée entre les différents niveaux de négociations⁵ écartant, par conséquent, la prohibition absolue de négociation aux niveaux inférieurs. Dans ce sens, un secteur de la doctrine estimait que « *si la règle ou le régime général des compétences conventionnelles serait celui d'exclusivité, on pourrait estimer que la réforme produirait une mise en échec des facultés de négociation des syndicats et des autres représentants des travailleurs et des employeurs qui serait contraire à la liberté syndicale et de négociation reconnue par la Constitution* »⁶.

¹ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 54 qui évoque le caractère hybride de l'article 84.3 ET qui se présente donc « *de manière fonctionnelle comme une règle de concurrence* » (p. 66).

² STS 27 oct. 1999, Ar/8411; STS 28 janv. 2004, Ar/2180; STS 19 juill. 2007, Ar/293. Pour approfondir, voir F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 61.

³ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 60.

⁴ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1994, p. 317.

⁵ Un auteur affirma ainsi qu'il n'y a pas de répartition fonctionnelle claire entre les différents instruments collectifs (M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 269).

⁶ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1994, p. 302.

En ce qui concerne la portée qualitative et quantitative des matières limitativement énumérées, trois aspects peuvent être mis en exergue¹. D'une part, des matières aussi sensibles et centrales que le temps de travail ou les salaires ne sont pas envisagées. Est ainsi laissée pour des raisons économiques et de gestion, une grande liberté de manœuvre aux négociateurs des conventions de cadre plus réduit (s'applique alors l'article 84.2 ET)². D'autre part, la jurisprudence opère une appréciation restrictive des matières évoquées considérant par exemple que les catégories professionnelles peuvent faire l'objet de décentralisation contrairement aux groupes professionnels envisagés par la loi³ ou vérifiant que la nécessité d'adaptation des entreprises en matière d'embauche ne soit pas détournée au profit de la convention départementale⁴. Enfin, il est admis qu'une convention évasive puisse aborder le thème de la structure de la négociation et ainsi être conclue en référence à l'article 83.2 ET⁵. Une convention évasive peut donc étendre ces effets aux négociateurs de niveaux inférieurs, sauf dans les matières de l'article 84.3 ET qui restent soumises aux dispositions de l'accord-cadre le plus large⁶. Cela aboutit alors à un décrochage en série des accords-cadre pouvant entraîner une décentralisation et une désarticulation extrême de la structure de la négociation collective. Néanmoins, la réforme de 2011 en limitant le cadre géographique et professionnel des accords-cadre aux niveaux interprofessionnel ou

¹ Notons que les matières abordées par la loi étaient auparavant régulées par des ordonnances et réglementations du travail. La volonté du pouvoir législatif est donc de maintenir ces matières à un niveau le plus large possible (E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 201).

² E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 202.

³ STS 18 déc. 2002, Ar/2344

⁴ Les dispositions d'une convention départementale établissant une durée maximale aux contrats à durée déterminée distincte à celle établie dans la convention étatique, ne sont pas applicables dès lors que la modification s'est effectuée par rapport au cadre départemental et non pas par rapport aux spécificités des entreprises (STS 3 nov. 2000, Ar/9631). Il est dans tous les cas surprenant de voir une référence au cadre de l'entreprise dans une règle dont l'application se réfère exclusivement aux niveaux supérieurs à celle-ci (A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 93).

⁵ Contre cette position, E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 188 pour qui l'utilisation du verbe « affecter » et l'énumération de conditions de travail à l'article 84.3 ET conduisent à affirmer que les accords de l'article 84.2 ET ne peuvent aborder que la fixation des conditions de travail excluant ainsi les questions relatives à la structure de la négociation collective.

⁶ F. MORENO, « La negociación colectiva y el diálogo social: perspectiva empresarial », *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 1996, n° 9, p. 166; J.L. SALIDO BANÚS, op. cit., p. 125. Dans ce sens, l'article 84.2 ET évoque aussi bien les conventions que les accords qui peuvent affecter une convention de cadre supérieur

Une position doctrinale isolée admet que les conventions évasives visent uniquement à remettre en cause les règles des accords de l'article 83.2 ET et non la règle de non-affectation de l'article 84.1 ET qui peut toutefois être finalement mise à l'écart par les négociateurs (K.M. SANTIAGO REDONDO, op. cit., p. 90).

sectoriel et étatique ou de CCAA, vient couper court au phénomène d'accords-cadre en cascade, à l'exception du niveau autonome¹.

724. Avant d'aborder les conséquences de cette logique légale sur la capacité des organisations professionnelles d'organiser la structure de la négociation collective, il importe de s'attacher aux conditions d'application du devoir de négocier. Pour la majorité de la doctrine, le devoir de négocier est, de manière exceptionnelle, mis en œuvre dans l'unité inférieure alors même que la convention de cadre supérieur est toujours en vigueur. L'existence de matières non-négociables doit cependant conduire à souligner que le devoir de négocier ne peut être invoqué lorsqu'il s'agit de négocier ces matières². La jurisprudence a néanmoins refusé d'admettre l'existence d'un devoir de négocier dans cette hypothèse et affirmé que les parties ne sont pas soumises à un devoir de négocier une convention sectorielle si est déjà applicable une autre convention de cadre supérieur³.

2. L'affaiblissement de l'article 83.2 ET

725. Il s'agit ici de savoir si la convention évasive peut s'affranchir des dispositions d'un accord-cadre de l'article 83.2 ET écartant la règle de non-affectation.

Deux positions peuvent être avancées⁴. Pour un premier courant doctrinal, la règle de l'article 84.2 ET est disponible pour les négociateurs des accords-cadre et doit être inopérante face à une régulation autonome prévue dans un accord de l'article 83.2 ET⁵. Un deuxième courant doctrinal estime au contraire que l'article 84.2 ET met en échec la fonction structurante des accords-cadre⁶. Dès lors, la convention évasive remet en cause la règle de non-affectation de l'article 84.1 ET mais aboutit également à

¹ Voir infra, n° 735.

² J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et J. GARCÍA ORTEGA, loc. cit., 2006, p. 294; E. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., 1999, p. 244.

³ STS du 10 avril 2002 Ar/5321.

⁴ Pour une synthèse des différentes positions, voir E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 274.

⁵ A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 70 s.

⁶ Arrivant à cette même conclusion, un auteur estime que l'article 84.2 ET vise à mettre à l'écart les normes des accords-cadre mais ne remet pas en cause la règle de non-affectation de l'article 84.1 ET. Les conventions évatives constitueraient dès lors une nouvelle modalité d'accord-cadre de niveau inférieur qui ne peut aborder la fixation des conditions de travail, domaine soumis à la règle de non-affectation (K.M. SANTIAGO REDONDO, op. cit., p. 89 ; du même auteur « Acuerdo en la cumbre », in *Manual jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2007, p. 901).

neutraliser les dispositions relatives à la structure de la négociation collective établies dans un accord-cadre¹.

Le Tribunal Suprême s'est positionné en faveur de la seconde interprétation et affirme que l'article 84.2 ET « *prévaut sur l'article 83.2 ET et qu'il s'agit d'un précepte de droit nécessaire qui doit être obligatoirement respecté, ne pouvant être rectifié par des conventions collectives ou accords interprofessionnels* ». Les juges soulignent dans ce sens que les expressions « *malgré les dispositions de l'article antérieur* » et « *dans tous les cas* » qui introduisent l'article 84.2 ET, renforcent son autorité vis-à-vis de la règle de non-affectation de l'article 84.1 ET et du rôle des accords-cadre².

Les juges ont alors eu l'occasion de rappeler que les parties à un accord-cadre ne peuvent, de manière générale et indifférenciée, prévoir son application exclusive³, attribuer à l'ensemble de leurs dispositions le caractère de norme minimale, appliquer le principe hiérarchique en cas de concours ou établir une répartition de matières distincte à celle de l'article 84.3 ET⁴. Ils ont alors considéré que les clauses des accords de l'article 83.2 ET contraires à l'article 84.2 ET « *sont dépourvues de virtualité et de la force d'obliger* » les conventions évasives, c'est-à-dire celles qui sont « *de cadre supérieur à l'entreprise, qui remplissent les exigences imposées par l'article 84.2 ET et qui ne traitent pas des matières mentionnées à l'article 84.3 ET* »⁵. Affirmant que ces clauses aboutissent à limiter la capacité de négociation légalement prévue à l'article 84.2 ET, elles constituent « *une cause indépendante de nullité qui ne nécessite pas une*

¹ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 90; A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2000, p. 1472; E. LÓPEZ TERRADA, loc. cit., p. 279; G. FABREGAT MONFROT, « Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2005. La concurrencia en los convenios colectivos estatutarios. La literalidad legal frente a la articulación pretendida por los acuerdos interprofesionales de negociación colectiva », *TS*, 2006, n° 182, p. 49.

² STS 22 sept. 1998, Ar/7576; STS 26 janv. 2004, Ar/1373.

La formulation extrêmement large des juges qui évoquent « *les conventions collectives ou les accords interprofessionnels* » ou les « *accords contraires quelque soit leur cadre territorial ou fonctionnel* » (STS 22 sept. 1998, Ar/7576), conduit à admettre que la règle de l'article 84.2 ET neutralise également les accords sur des matières concrètes de l'article 83.3 ET (E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 188). Dans ce sens, un auteur souligne que l'article 84.2 ET ne fait aucune distinction entre les accords de l'article 83 ET (F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 57). Contre cette interprétation, un auteur estime que les conventions évasives peuvent uniquement remettre en cause les mécanismes établis dans un accord-cadre mais ne peuvent atteindre les dispositions des accords de l'article 83.3 ET qui se rapportent à la fixation de conditions de travail directement applicables (K.M. SANTIAGO REDONDO, op. cit., p. 107 ; 112).

³ Une convention sectorielle étatique ne peut comporter une clause qui prévoit la renonciation des parties signataires du droit à négocier dans les unités inférieures conformément à l'article 84.2 ET (STS 17 oct. 2001, Ar/3075). Notons cependant qu'il est possible que des parties à la négociation renoncent, en vertu de leur liberté contractuelle, à mettre en œuvre les possibilités d'évasion des articles 84.2 et 84.3 ET, et décident de se soumettre aux dispositions de l'accord-cadre (E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 286).

⁴ STS 18 déc. 2002, Ar/2344 ; STS 26 janv. 2004, Ar/1373; STS 2 fév. 2004, Ar/1069 ; STS 1^{er} juin 2005, Ar/7320 ; STS du 19 juill. 2007, Ar/293 de 2008.

⁵ STS 22 sept. 1998, Ar/7576.

concurrence réelle préalable entre conventions »¹ et ne pourront pas venir à s'appliquer une fois la convention évasive arrivée à expiration².

La nullité de ces clauses doit cependant être relativisée. D'une part, elle n'emporte aucun effet sur les autres clauses de l'accord-cadre qui demeurent applicables. D'autre part, et de manière décisive, elle se limite à ôter à ces clauses toute efficacité vis-à-vis des conventions évasives. Les juges affirment dans ce sens que les accords de l'article 83.2 ET demeurent impératifs pour les conventions d'entreprise et de niveau inférieur, pour les conventions sectorielles qui ne respectent pas les exigences renforcées de légitimation et pour les conventions sectorielles évasives lorsqu'elles portent sur une matière de l'article 84.3 ET. Il ne peut donc pas s'agir d'une disparition pure et simple de ces clauses de l'ordonnement juridique. Une auteure évoque ainsi une nullité relative³ ou partielle⁴.

Quoi qu'il en soit, en marge de la question de la sanction, il est incontestable que les accords-cadre se voient fortement affaiblis et voient leur efficacité *erga omnes* se fragmenter⁵. La doctrine affirma dans ce sens que la réforme de l'article 84 ET « *a vidé de tout contenu substantif l'article 83.2 ET* »⁶. La jurisprudence souligna, quant à elle, que cette réforme « *est venue limiter dans une bonne mesure les dispositions établies dans l'article 83.2 ET. [...]. L'article 84.2 a établi, pour des raisons de caractère politique, un système de décentralisation contractuelle qui réduit les facultés que l'article 83.2 a concédé aux conventions collectives et accords interprofessionnels* »⁷.

726. En guise de conclusion sur cette réforme de 1994, il apparaît que loin d'avoir su remédier aux carences du dispositif antérieur, cette réforme a, au contraire,

¹ STS 2 fév. 2004, Ar/1069. L'atteinte n'est donc pas constatée par rapport au contenu de la convention évasive mais par rapport à un précepte légal, l'article 84.2 ET qui est doté d'une valeur impérative absolue.

² Pour la doctrine F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 63-64. Un courant doctrinal autorisé s'est cependant interrogé sur cette position et se prononce en faveur de l'inapplication des clauses des accords-cadre (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1999, p. 43).

³ E. LÓPEZ TERRADA, loc. cit., p. 239.

⁴ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 288.

⁵ La réforme de 1994 a donné le coup de grâce à l'applicabilité des accords de l'article 83.2 ET en prévoyant à l'article 84.2 ET, la capacité des négociateurs de cadre inférieur de s'écarter des dispositions des accords-cadre.

⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1999-I, p. 37.

⁷ STS du 22 sept. 1998, Ar/7576.

pérennisé et renforcé une structure décentralisée, économiquement fragmentée et sans coordination¹. Quatre aspects peuvent être dégagés.

En premier lieu, les mécanismes des articles 84.2 et 84.3 ET remettent en cause l'efficacité *erga omnes* des conventions statutaires à double titre puisqu'ils atteignent aussi bien les conventions ordinaires sectorielles de cadre le plus large que les accords-cadre. Il ressort alors du dispositif légal une contradiction importante. Tout en maintenant par principe le rôle attribué aux accords-cadre en matière de structure de la négociation favorisant ainsi la centralisation de la structure de la négociation, le nouvel article 84.2 ET favorise dans une grande mesure la décentralisation autonome, c'est-à-dire sans mécanismes d'articulation, de la détermination des conditions de travail au point de neutraliser la fonction structurante des accords de l'article 83.2 ET. Le renforcement des exigences de légitimation peut-il alors à lui seul justifier l'autonomie de la convention de cadre le plus réduit ?

En deuxième lieu, revenant strictement aux articles 84.2 et 3 ET, il est intéressant d'insister sur le décalage entre la prétention et la finalité de la loi ainsi que son application pratique². En effet tout en prétendant promouvoir la négociation au niveau des CCAA, la nouvelle rédaction de l'article 84 ET aboutit, dans la pratique, à une plus grande désarticulation entre les niveaux de négociation qui se sont par ailleurs multipliés, et à la consolidation de la convention sectorielle départementale³.

En troisième lieu, il convient de noter que cette réforme inaugure l'insertion de nouvelles formules d'articulation entre les conventions de niveaux différents, notamment une répartition de matières teintée, comme en matière d'hygiène et de sécurité ou de modalités d'embauche, d'une répartition fonctionnelle. Le Professeur SALA souligne alors que la nouvelle formulation peut constituer la base d'une négociation articulée dont le point de départ est l'accord-cadre sectoriel⁴.

En quatrième lieu, l'absence de prise en compte de la convention collective d'entreprise est flagrante. La volonté de décentralisation assumée de la réforme de 1994 va cependant permettre au niveau de l'entreprise de s'émanciper au travers

¹ Voir le rapport du Consejo Económico y Social, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 1997*, Madrid, p. 343.

² Reprenant les propos du Professeur VALDÉS, la réforme de 1994 constitue « *un des exemples les plus éclatants de manque de rationalité finaliste, c'est-à-dire de décalage entre la fin prétendue et le moyen utilisé* » (loc. cit., Lex nova, 1999, p. 154).

³ J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1998, p. 387.

⁴ L'auteur observe toutefois dans le même temps que cette répartition vient parallèlement limiter la faculté des accords-cadres d'organiser la structure de la négociation dans les autres matières (T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 243).

d'instruments ponctuels et spécifiques, les accords d'entreprises, que nous aborderons plus loin dans le travail¹.

B. Les politiques conventionnelles confrontées aux réformes légales de 2011 et 2012

727. Antérieurement à la réforme de 1994, la prise en considération par les organisations professionnelles des problématiques relatives à la structure de la négociation peut être abordée selon deux étapes². Une première étape qui s'étend de 1980 à 1986 correspond au développement de la concertation sociale au lendemain de la dictature franquiste³. Les acteurs sociaux y ont mis en exergue l'importance « *d'aborder l'analyse de la structure actuelle de la négociation collective afin de proposer l'établissement d'une autre plus adéquate* »⁴. Le caractère politique et centraliste de ces accords qui visaient essentiellement à consolider la stabilité du système de négociation collective post-dictatorial⁵, a néanmoins conduit à déconnecter leurs prévisions de la réalité sociale, syndicale et économique⁶. Une deuxième étape a alors commencé à la fin des années 80. Celle-ci se caractérise par la conclusion d'accord-cadre étatique dans certains secteurs organisant la structure de la négociation dans le secteur considéré⁷. Cette politique embryonnaire de rationalisation de la structure de la négociation se voit alors confrontée à la diminution du rôle des accords-cadre de l'article 83.2 ET opérée par la réforme de 1994.

Dans ce contexte, les interlocuteurs sociaux ont proposé en 1997 une réorganisation de l'ensemble du modèle de structure de négociation et ont conclu l'AINC-97. Cet accord a inauguré une pratique conventionnelle qui, de manière

¹ Voir infra, n° 743 s.

² E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 115.

³ Sur cette période, voir supra, n° 23.

⁴ Acuerdo Marco Interconfederal (AMI) du 5 janv. 1980, Chap. IX § 7. Ces mêmes déclarations sont formulées dans l'Acuerdo Interconfederal de 1983 (art. 6 et 7) et l'Acuerdo Económico y Social de 1984 (art. 10 à 12). Notons que l'Acuerdo Básico Interconfederal du 10 juill. 1979 a constitué le premier accord interprofessionnel exprimant la volonté des accords sociaux d'agir sur la structure de la négociation.

⁵ De manière générale, ces accords tendaient à une réduction des unités de négociation, à une répartition fonctionnelle selon les niveaux et à la promotion du niveau sectoriel étatique, le tout, sans préjudice de l'autonomie de chaque niveau de négociation (E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 117).

⁶ E. LÓPEZ TERRADA, loc. cit., p. 240; op. cit., 2000, p. 120 s.; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, « Los niveles de negociación colectiva en España », in *Evolución Social en España 1993*, Madrid, Instituto Sindical de Estudios, 1993, p. 171.

⁷ F. VALDÉS DAL-RE, loc. cit., RL, 1989-I, p. 56; voir également J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Primer Convenio General del Metal*, Fundación Friedrich Ebert, 1988, p. 12.

régulière, consiste en la conclusion d'accords interprofessionnels dont la prétention est de remettre en question le modèle désarticulé de négociation collective et de placer l'accord sectoriel étatique au centre du dispositif. Nous verrons cependant que leur efficacité demeure réduite par plusieurs facteurs qui aboutissent à maintenir les carences, pourtant détectées, de la structure de la négociation collective.

C'est dans ce cadre de paralysie de la politique conventionnelle qui s'avère extrêmement problématique dans un contexte de grave crise économique que doivent être abordés le RDL 7/2011 et la Loi 3/2012. Ces derniers, bien que selon une intensité variable, marquent une rupture par rapport aux législations antérieures en prévoyant la préférence de la loi pour la convention d'entreprise.

1. Les politiques conventionnelles

728. L'AINC-97 illustre la volonté des négociateurs du plus haut niveau de se (ré)approprier l'aménagement de la structure de la négociation collective. Nous avons antérieurement abordé cet accord en centrant notre attention sur les conditions de son élaboration et sur ces effets¹. Les propos visent ici à s'attacher à son contenu et au modèle de structure de la négociation dessiné.

Il convient tout d'abord de souligner que la structure de la négociation proposée s'articule autour de trois niveaux : l'interprofessionnel, le niveau sectoriel étatique et enfin, les niveaux sectoriels inférieurs et le niveau de l'entreprise².

Dans ce cadre, l'AINC-97 vise à promouvoir une structure de la négociation articulée au travers d'une répartition matérielle et poursuit donc le chemin tracé par la réforme de 1994 qui avait déjà introduit une répartition de matières entre niveaux de négociation. Cette répartition matérielle apparaît toutefois teintée d'une répartition fonctionnelle. Dans son préambule, l'accord énonce en effet de manière explicite que certaines matières peuvent être réservées à la convention nationale de secteur, mises en

¹ Voir supra, n° 670 s.

² La Professeur CASAS BAAMONDE souligna que ce dispositif présentait l'inconvénient de figer la configuration de la structure d'un secteur ne prenant pas en compte les « *nouvelles unités de négociation basées sur l'interdépendance économique et contractuelle [...] entre entreprises de différents secteurs d'activité liées par des relations de coopération stables et continues dans un champ territorial défini* » (loc. cit., Tecnos, 1998, p. 213). Notons ici que le droit français a, au contraire, favorisé les expériences de négociation territoriale atypique (voir supra, n° 122, note).

œuvre par les conventions inférieures ou enfin abordées directement dans ces cadres inférieurs¹.

Il ressort dans tous les cas des dispositions de l'AINC-97 que la convention de niveau sectoriel étatique se convertit en convention typique², « *dominante ou principale* »³ et devient, sans nul doute, le centre de gravité du dispositif conventionnel. Plusieurs matières lui sont directement réservées⁴. Il lui incombe l'instauration d'une régulation basique et minimale de certaines conditions de travail et d'emploi applicables au secteur mais surtout l'aménagement de l'activité conventionnelle du secteur, concrètement l'« *articulation de la négociation et la concurrence de conventions* » qui « *exige une distribution précise des matières* »⁵. Dès lors, les parties à la convention collective sectorielle peuvent à leur tour procéder à une répartition matérielle entre les différents niveaux. Chaque secteur peut par conséquent adopter sa propre structure de la négociation qui peut s'orienter vers la centralisation ou la décentralisation de la détermination des conditions de travail. Retenons donc que l'AINC-97 ne dessine pas un modèle idéal de structure mais propose un modèle flexible, pluriel et adaptable selon chaque secteur⁶ qui permet dans tous les cas la centralisation de la structure de la négociation collective via le niveau sectoriel étatique⁷. Retenons également que cette répartition des matières peut présenter un caractère fonctionnel. L'AINC-97 insiste dans ce sens et envisage une relation de complémentarité entre le niveau sectoriel étatique et les niveaux inférieurs qui sont chargés de la mise en œuvre des principes fixés au niveau sectoriel étatique⁸. Les niveaux sectoriels inférieurs apparaissent par conséquent marginalisés et se rapprochent fortement de la convention d'entreprise. Ils gardent

¹ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit. 1998, p. 201; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 316.

² S. GONZÁLEZ ORTEGA et M. CORREA CARRASCO, loc. cit., 1998, p. 245.

³ M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit. 1998, p. 201

⁴ Point IV AINC-97; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 316. Selon l'expression de F. VALDÉS DAL-RÉ, la comparaison entre la répartition proposée par l'AINC-97 et celle établie à l'article 84.3 ET fait cependant apparaître un manque de concordance « *par défaut et par excès* » (loc. cit., *RL*, 2001-II, p. 109). Par défaut, l'AINC-97 ne mentionne pas la période d'essai et la mobilité géographique pourtant évoquées à l'article 84.3 ET. Par excès, il rajoute la structure salariale, le temps de travail, les droits syndicaux, le régime d'information et de consultation, la formation professionnelle, des procédures autonomes de résolution des conflits collectifs et les règles d'articulation et de concurrence entre conventions collectives.

Précisons que l'accord étatique sectoriel peut aborder, outre les questions directement liées à l'aménagement de la structure, les conditions encadrant les processus de négociation, telles que le devoir de négocier et l'exigence de bonne foi (S. GONZÁLEZ ORTEGA et M. CORREA CARRASCO, loc. cit., 1998, p. 244).

⁵ Point IV AINC-97.

⁶ L'accord reconnaît explicitement que « *les modèles de négociation collective peuvent être multiples* ».

⁷ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 325.

⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc., 2001, p. 81. Du même auteur, loc. cit., *RDS*, 2001, p. 75-76.

certes une partie de leur autonomie mais celle-ci est limitée par la volonté des négociateurs de secteur qui, prévoyant des clauses d'ouverture, permettent aux négociateurs des secteurs inférieurs de mettre en œuvre leur pouvoir normatif dans certaines matières déterminées¹.

En guise de conclusion sur cet accord, il est dans tous les cas intéressant de souligner que les interlocuteurs sociaux ne font aucune référence au principe de l'application du plus favorable aux salariés comme mécanisme régulateur de la structure de la négociation collective.

729. Cet accord a été suivi d'une réception normative par la loi 63/1997 du 26 décembre 1997². Cette transposition fut toutefois partielle tant sur la forme que sur le fond. Sur le fond tout d'abord car le renforcement du rôle de l'accord sectoriel étatique s'opère essentiellement en matière de conditions d'embauche et de recours aux contrats précaires³. Un courant doctrinal souligna alors que ces matières constituaient le « *noyau dur de régulation des conventions sectorielles étatiques* »⁴. Sur la forme ensuite car ce renvoi à la négociation collective adopte deux formules distinctes : ou bien, le renvoi opère une préférence à la convention sectorielle étatique et seulement à défaut à la convention sectorielle de cadre inférieur⁵, ou bien, le renvoi s'opère généralement à la négociation sectorielle sans distinction du cadre géographique⁶.

730. Consécutivement à la conclusion de l'AINC-97, la pratique conventionnelle démontre une certaine prise de pouvoir des négociateurs sectoriels étatiques au travers

¹ La négociation aux niveaux inférieurs intervient donc dans le cadre d'une relation de complémentarité en matière, notamment, de classification professionnelle, de salaire, de détermination du nombre et de la distribution des heures supplémentaires, de temps de travail (distribution, vacances, pauses) et de sécurité et hygiène (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1998, p. 203).

² Cette dernière mise en œuvre par le RDL 15/1998.

Sur l'ensemble de la réforme opérée en 1997, voir par exemple, I. ALBIOL MONTESINOS, L.M. CAMPS RUIZ et J.M^a. GOERLICH PESET, *La reforma laboral de 1997*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998 et *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, Tecnos, 1998.

³ En matière de conditions d'embauche, l'Accord Interconfédéral pour la Stabilité de l'Emploi (voir supra, n° 448) auquel l'AINC-97 fait une référence expresse, revêt une importance considérable (point IV.2°).

⁴ J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1998, p. 396.

⁵ Articles 11.1.a) et b) relatif au contrat de stage, 11.2.b) contrat de formation, et 15.1.b) ET contrat à durée déterminée. Le renvoi s'opère à la « *convention collective de cadre sectoriel étatique ou, à défaut aux conventions sectorielles de cadre inférieur* ».

⁶ Articles 12.4 b), e) et g) et article 12.5 c) relatif au contrat à temps partiel. Le renvoi s'opère à « *la convention collective sectorielle ou à défaut de cadre inférieur* ».

de la conclusion d'accords-cadre sectoriels similaires à ceux conclus à la fin des années 80¹. Par ailleurs, l'essor du niveau sectoriel s'est sans nul doute vu favoriser par le processus d'abrogation et de substitution des anciennes réglementations et ordonnances de travail franquistes opéré au cours des années 1994 et 1995².

Il permit dans tous les cas l'instauration et la multiplication de modalités d'articulation ainsi que la mise en route de processus de rationalisation de la structure de la négociation réalisés par secteur³. L'immense majorité des accords conclus durant cette période abordent ainsi la détermination des unités de négociation dans le secteur, l'éventuelle répartition matérielle et/ou fonctionnelle entre les niveaux et enfin les mécanismes de solutions de conflits⁴. Sur le fond, la doctrine a toutefois mis en exergue l'hétérogénéité des options adoptées par les organisations professionnelles représentatives dans chaque secteur⁵. En effet, certains secteurs sont dépourvus d'accords en la matière, d'autres ont permis l'immobilisme en maintenant la prédominance du niveau départemental, d'autres se sont orientés vers une centralisation de la structure et enfin, d'autres ont choisi, au contraire, de favoriser sa décentralisation.

La conjugaison de l'AINC-97 et du processus de substitution des ordonnances et réglementations du travail a dans tous les cas provoqué plusieurs conséquences importantes sur la structure de la négociation collective jusqu'alors établie. En effet, celle-ci aboutit à un réaménagement des diverses unités de négociation, favorise par ailleurs l'émergence de nouveaux sous-secteurs d'activité et la fragmentation des secteurs traditionnels en différents sous-secteurs, et alimente enfin la dualité entre le cadre étatique et le cadre départemental ou de CCAA⁶. Dans ce cadre, force est de constater que la confrontation entre le dispositif légal et le modèle conventionnel conduisait à une structure de négociation désarticulée, composée de multiples unités de

¹ Pour une analyse détaillée de ces accords, voir A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 159 ; E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 295. Ces accords sont auto-dénommés, « *convention générale* » (F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 1999-I, p. 35).

² F. VALDÉS DAL-RÉ, « Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva: una aproximación » et J. LAHERA FORTEZA y M.R. ALARCÓN CARACUEL, « La estructura de la negociación colectiva tras la sustitución de las ordenanzas laborales », in *Estructura sectorial de la negociación colectiva en las ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2004, p. 141. Sur ce processus, voir supra, n° 507).

³ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 84.

⁴ E. LÓPEZ TERRADA, op. cit., p. 300.

⁵ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 100 s.

⁶ F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 84.

négociation qui répètent les mêmes matières et qui fonctionnent tel un « *microcosme normatif qui pratique l'autisme contractuel* »¹.

731. En 2001, à l'expiration de l'AINC-97, une tentative légale avortée visait à rationaliser la structure de la négociation collective au travers d'une répartition de matières entre les niveaux sectoriels et le niveau d'entreprise au bénéfice de ce dernier². Tout en déclenchant une mobilisation sociale et syndicale importante, cette tentative de réforme a eu le mérite de conduire les interlocuteurs sociaux à renouer le dialogue social qui a finalement abouti à la conclusion de l'AINC-02.

L'AINC-02 a constitué l'occasion pour les interlocuteurs sociaux de revendiquer une nouvelle fois « *l'autonomie collective comme moyen de diriger le système de relations professionnelles* »³. Cet accord, de façon comparable à l'AINC-97 énonce un certain nombre de recommandations, d'objectifs de caractère très flexible et rappelle la volonté des signataires de formaliser les processus de négociation à l'intérieur de chaque secteur⁴. L'élément singulier de l'AINC-02 réside principalement dans l'absence de règles-cadre sur la structure de la négociation contrairement à l'AINC-97⁵. Il vise fondamentalement à définir le contenu des négociations⁶ et à préparer et encadrer l'activité conventionnelle en 2002⁷ en prenant spécialement en compte les exigences

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1999, *RL*, p. 32.

² Ministerio de Trabajo, « Documento de reflexión del Ministerio de Trabajo para la Mesa de negociación colectiva », *RL*, 2001-II, p. 1133; F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 2001-II, p. 103; A. PEDRAJAS MORENO, « La reforma del sistema español de negociación colectiva (consideraciones a la luz del denominado « Documento de reflexión » elaborado por el gobierno con fecha 26 de julio de 2001), *RL*, 2001-II, p. 1125; M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, « La reforma (por el momento fallida) de la normativa legal sobre negociación colectiva », in *Las reformas laborales del nuevo milenio*, Coord. E. ROJO TORRECILLA, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 181; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, « La articulación de la negociación colectiva », in *La eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2003, p. 547.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., *RL*, 2002-II, p. 21.

⁴ Cet accord s'inscrit totalement dans la politique de soft law (voir M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2002, p. 26).

⁵ La doctrine affirma dans ce sens que l'accord « *ne répond pas, au moins au sens propre, à la nature des pactes dont la finalité est énoncer des règles cadre sur la structure de la négociation collective* » M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 2002, p. 23. Une doctrine autorisée affirme ainsi que l'AINC-02 ne peut être considéré comme « *une réédition de l'AINC de 1997* » (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., p. 21).

⁶ Le Professeur ALFONSO MELLADO distingue 5 blocs de matières: la compétitivité et l'emploi, la matière salariale, les conditions d'emploi, la sécurité et la santé au travail et le processus de négociation (loc. cit., 2002, p. 316).

⁷ Il rappelle dans ce sens le catalogue de bonnes pratiques contractuelles déjà énoncées dans l'AINC-97 centrant son attention sur les processus de négociation (devoir de négocier, bonne foi, procédés de solution de conflits,...)

d'adaptabilité de l'entreprise¹. Sa perspective est par conséquent nettement plus conjoncturelle² et a de plus faibles prétentions que celle de l'AINC-97³.

Le processus de négociation interprofessionnelle nationale se poursuit par la suite de façon continue en 2003⁴, 2005⁵ et 2007⁶. A la même époque, la doctrine souligne que la structure de la négociation collective demeure atomisée et présente une « *une certaine dose de désordre* » évoluant dans un cadre légal extrêmement complexe et permettant divers scénarios⁷.

732. Dernièrement, l'AENC-10 constitue un accord qui est dans sa structure comparable aux accords antérieurs en la matière⁸. Celui-ci prévoit l'ouverture d'un processus de négociation relatif à la réforme de la structure de la négociation collective. Malgré un bilan décevant, les organisations professionnelles plus représentatives concluent le 26 avril 2011, l'Accord de Critères Basiques pour la Réforme de la Négociation Collective dont les dispositions sont reprises dans la troisième partie de l'Accord Economique et Social signé le 2 février 2011 pour la croissance, l'emploi et la garantie des retraites. Ce texte donne alors l'occasion aux interlocuteurs sociaux de formuler une nouvelle fois le diagnostic déjà largement connu et affirme que « *la négociation collective connaît des problèmes de structure et de vertébration* » ce qui implique « *de mieux articuler et rationaliser les conventions collectives* », notamment en attribuant un rôle central à la convention sectorielle étatique ou de CCAA. Le

¹ L'adaptabilité s'opère spécialement en matières salariale et de flexibilité interne. Si l'accord de 1997 consacrait le rôle central de la convention sectorielle étatique, l'AINC-02 reconnaît la nécessité de prendre en compte les intérêts économiques de l'entreprise (M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 123). Soulignons que la protection de l'emploi constitue l'argument central des partisans de l'essor du niveau de l'entreprise.

² Les signataires, dans l'absence de consensus en vue d'une réforme de l'ET, prétendent alors éviter l'intervention légale tout en envoyant un signal de confiance qui prétend maintenir la croissance économique et la paix sociale (E. LÓPEZ TERRADA, loc. cit., p. 244).

³ C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2002, p. 310.

⁴ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2004.

⁵ Acuerdo Interconfederal par la Negociación colectiva 2005, *RL*, 2005, p. 1269.

Notons qu'en 2004, les interlocuteurs sociaux et l'Etat manifestent dans la Déclaration pour le Dialogue Social, la Compétitivité, l'Emploi Stable et la Cohésion Sociale, leur volonté « de rationaliser la structure de la négociation collective dans la ligne marquée par l'AINC-97 » (*RL*, 2004-II, p. 1271 ; F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 99).

⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ, « El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2007 », *RL*, 2007-I, p. 83; du même auteur, « La prórroga para el 2008 del Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva 2007 », *RL*, 2008, p. 27.

⁷ G. FABREGAT MONFORT, « El replanteamiento de las relaciones ley-convenio-contrato como consecuencia más inmediata de las diferentes reformas en materia de negociación colectiva », in *Primeras Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Coord. RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 307.

⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RL*, 2010, n° 10, p. 77; A.V. SEMPERE NAVARRO, loc. cit., p. 9.

caractère simplement volontariste de ces formulations démontre dans tous les cas l'incapacité des interlocuteurs sociaux de s'accorder pour établir des mesures fortes et opératives¹. Cette incapacité s'explique certainement par la conjugaison de plusieurs facteurs. Les enjeux d'ordre politico-économiques actuels, le cadre légal vicié en raison de l'article 84.2 ET et les problématiques inhérentes aux relations de pouvoir au sein des organisations professionnelles, en constituent selon nous les principaux².

733. En guise de conclusion sur les politiques conventionnelles, il est possible d'affirmer que la loi de 1994 a eu le mérite de sortir les interlocuteurs sociaux de leur immobilisme. Ces derniers ont alors adopté une série d'accords visant à prévoir un modèle propre, articulé et caractérisé par la centralité du niveau sectoriel étatique. Il demeure cependant que les dispositions législatives condamnaient par avance toute tentative de rationalisation et donnaient fondement légal à un éclatement des dispositions conventionnelles au sein d'un même secteur d'activité. Les signataires de l'AINC-97 étaient par ailleurs conscients de ces difficultés et avaient prévu dans une disposition additionnelle de proposer éventuellement une modification du cadre législatif au regard des expériences de la pratique conventionnelle.

En l'absence d'une telle proposition, l'échec de la politique conventionnelle dessinée par les acteurs sociaux est donc une réalité que les organisations syndicales, patronales et l'Etat ont unanimement eu l'occasion de reconnaître³. C'est dans ce cadre que sont intervenues le RDL 7/2011 du 10 juin 2011 et la réforme de 2012.

¹ Sur l'efficacité juridique de ces accords, voir supra, n° 676.

² Revenant sur la valeur obligatoire de l'AINC-97 et de ses successeurs, il est certain que leurs signataires voyaient leur marge d'action se réduire en raison de l'existence des conventions évasives. Dès lors, pouvaient-ils faire autrement que d'attribuer une simple valeur contractuelle à ces accords ? Il serait toutefois naïf de penser qu'un cadre légal distinct aurait permis la configuration d'un modèle de structure de la négociation articulée et rationalisée. La structure de la négociation collective est avant tout une question de pouvoir et traite de « *la distribution du pouvoir de gouvernement de l'activité de négociation de la part des agents du système* » (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 511).

³ Voir dans ce sens *la Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, Empleo estable y Cohesión Social* signée en 2004 par le Gouvernement et les différentes organisations professionnelles les plus représentatives. Un auteur semble plus optimiste soulignant qu'« *un changement tranquille est visible* » afin de configurer la convention sectorielle étatique comme élément central du modèle de structure de la négociation collective (F. NAVARRO NIETO, op. cit., 2009, p. 90).

2. L'option légale en faveur de l'émancipation de la convention d'entreprise dans les réformes de 2011 et 2012

734. Le RDL 7/2011 et la Loi 3/2012 s'inscrivent sans nul doute dans une même logique qui vise à dynamiser et à modifier en profondeur la structure de la négociation collective, permettant fondamentalement à la convention d'entreprise de disposer d'une marge de liberté considérable sur les matières clefs de la négociation.

Elle adopte cependant deux voies distinctes.

Dans la réforme de 2011, le nouvel article 84 ET, désormais composé de quatre préceptes, ne modifie pas la logique première du dispositif espagnol. D'une part, est laissé à des organisations professionnelles déterminées le soin d'établir le modèle de structure de négociation. Cette logique est même renforcée. D'autre part, est établi un modèle légal totalement dispositif. Si dans le modèle légal antérieur, ce modèle était en partie supplétif en raison de l'impérativité des règles de concurrence décentralisatrice des anciens articles 84.2 et 84.3 ET, la nouvelle rédaction de l'article 84 ET ne laisse aucun doute sur l'application préférentielle et totale des accords de l'article 83.2 ET¹. Outre cette différence notable, la réforme de 2011 réalise également une modification profonde des règles de concurrence décentralisée qui, insistons sur ce point, sont désormais totalement dispositives. La doctrine² et les interlocuteurs sociaux³ avaient depuis plusieurs années appelé à une intervention législative qui permettrait de réduire la portée de la règle de l'article 84.2 ET et corrélativement de redonner un caractère impératif aux conventions conclues en vertu de l'article 83.2 ET. Leur volonté a été partiellement entendue par les pouvoirs publics. En effet, si les accords de l'article 83.2 ET sortent extrêmement renforcés du nouveau dispositif légal, la règle légale applicable à défaut d'un tel accord prend désormais en compte de manière spécifique le niveau d'entreprise qui se transforme, au détriment de la convention départementale et sous certaines limites, en niveau privilégié et prioritaire de négociation.

¹ La doctrine a souligné l'insistance de l'article 84 ET pour se déclarer dispositif pour les négociateurs des accords de l'article 83.2 ET. En effet, chaque paragraphe prévoit que son application est conditionnée à l'absence de dispositions d'un accord cadre (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 81).

² F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., *RDS*, 2001, p. 83. Le Professeur RODRÍGUEZ-PIÑERO se montre quant à lui plus prudent et moins critique (loc. cit., *MTAS*, 2003, p. 557).

³ Voir dans ce sens, la *Déclaration tripartite pour le dialogue social, la compétitivité, l'emploi stable et la cohésion sociale* de 2004 qui affirme que « la loi doit garantir la capacité de régulation grâce à un cadre juridique adéquate » et appelle les Pouvoirs Publics à appuyer l'action des acteurs sociaux en matière de « rationalisation de la structure de la négociation collective dans la ligne marquée par l'AINC 97 » (voir *RL*, 2004, n° 2, p. 1271).

La réforme de 2012 aboutit quant à elle, à rendre impérative l'application de l'option légale attribuant une préférence à la convention d'entreprise. En effet désormais, les négociateurs des accords-cadre ne peuvent par aucun moyen s'opposer à l'émancipation de l'entreprise du cadre sectoriel. Ici réside la caractéristique de cette réforme qui opte de manière décidée pour un niveau de négociation sans prise en considération de la volonté exprimée par l'autonomie collective.

Revenons plus en détail sur ces deux dispositifs.

a) Le renforcement de la fonction structurante des accords-cadre et l'option légale supplétive pour l'émancipation de la convention d'entreprise dans la réforme de 2011

Afin d'analyser cette réforme, il convient d'aborder tout d'abord le contenu du nouveau modèle légal, avant de revenir, par la suite, sur les conséquences de son caractère supplétif.

735. Alors que la règle de concurrence de principe formulée à l'article 84.1 ET demeure inchangée maintenant intacte la règle de non-affectation, les règles de concurrence décentralisatrice subissent une modification substantielle qui bouleverse totalement la perspective du droit espagnol jusqu'alors opérante. La neutralité du dispositif légal à l'heure de déterminer l'application préférentielle d'un niveau de négociation déterminé est désormais définitivement rompue¹. La réforme de 2011 aboutit en effet à privilégier clairement deux niveaux de négociation. L'article 84.2 ET se dédie à prendre en compte pour la première fois la convention collective d'entreprise et l'article 84.3 ET à privilégier la convention évasive au niveau de la CCAA au détriment implicite mais direct de la convention départementale.

Aux termes de l'article 84.2 ET : « *la régulation d'une convention d'entreprise aura une priorité applicative par rapport à la convention sectorielle étatique, autonome ou de cadre inférieur* ». Outre l'entreprise entendue au sens strict, cet article vise également et le cas échéant les « *conventions de groupe d'entreprises ou de pluralité d'entreprises liées pour des raisons d'organisation ou de production et*

¹ Une auteure estime que la réforme de 1994 avait déjà rompu cette neutralité en introduisant « *des formules de négociation dirigées aux niveaux de cadre réduit* » (G. FABREGAT MONFORT, loc.cit., Tirant lo Blanch, 2006, p. 300).

nominativement identifiées ». La convention d'entreprise nouvellement prise en compte, se voit par conséquent propulsée au centre du modèle de structure de la négociation et se convertit en niveau privilégié et prioritaire de négociation.

Il convient toutefois de préciser que cette option légale s'avère dans une certaine mesure limitée et surveillée. En effet, outre l'intervention des négociateurs des accords de l'article 83.2 ET, le dispositif légal maintient dans tous les cas la convention d'entreprise sous-tutelle puisque son caractère prioritaire est limité à certaines matières légalement énumérées¹. Il s'agit du montant du salaire de base et des compléments salariaux, du paiement ou de la compensation des heures supplémentaires, de la rétribution spécifique en cas de travail en équipes rotatives², des horaires et de la distribution du temps de travail, de l'adaptation dans l'entreprise du système de classification professionnelle et des modalités d'embauche, et enfin des mesures pour favoriser la conciliation de la vie personnelle et professionnelle. Dès lors, dans les autres matières, la règle de non-affectation de l'article 84.1 ET continue de s'appliquer³.

Une nouvelle fois, le dispositif légal opte pour une répartition de matières entre niveaux de négociation afin de favoriser l'établissement d'une structure de la négociation articulée. Néanmoins, dans cette réforme, l'étendue des matières réservées à l'entreprise est considérable, sans commune mesure avec les matières envisagées dans les conventions sectorielles évasives qui sont par ailleurs maintenues.

Cette répartition de matières n'ôte cependant en rien la capacité de négociation des signataires des conventions sectorielles étatiques ou de CCAA. Au contraire, ils doivent être encouragés à aborder l'ensemble des conditions de travail et d'emploi puisque tout en étant dispositives pour les négociateurs des conventions d'entreprise s'il s'agit d'une des matières de l'article 84.2 ET, les dispositions des conventions sectorielles relatives aux conditions de travail pourront recevoir application dans toutes les entreprises dépourvues de conventions propres permettant ainsi à tous les salariés de bénéficier d'un socle conventionnel⁴. La fonction normative de l'accord sectoriel étatique demeure par conséquent fondamentale.

Les articles 84.3 et 84.4 ET reprennent la logique du dispositif antérieur permettant à des conventions de cadre supérieur à l'entreprise de mettre à l'écart les

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 96.

² En espagnol « trabajos a turnos ».

³ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 98

⁴ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 82.

dispositions d'une convention antérieure de cadre supérieur¹. Une modification importante est toutefois réalisée puisque la convention évasive peut avoir désormais un champ d'application uniquement autonome. Dix-sept ans après la réforme de 1994 qui poursuivait ce même objectif, le RDL 7/2011 permet de manière explicite aux accords ou conventions² conclus au niveau de la CCAA, d'affecter la convention étatique. Il s'agit incontestablement d'un « *réaménagement important des règles antérieures* »³.

Deux aspects peuvent alors être soulignés. D'une part, de manière comparable au dispositif antérieur, une liste « *exclusive* »⁴ de matières non-négociables par la convention évasive est énumérée et limite ainsi la capacité de négociation des organisations concernées. Seule la négociation sectorielle étatique peut aborder les matières suivantes : la période d'essai, les modalités d'embauches, la classification professionnelle, la durée annuelle maximale de travail, le régime disciplinaire, les normes minimales en matière de prévention des risques au travail et de mobilité géographique. L'analyse des matières énumérées nous conduit à formuler trois remarques. Tout d'abord, le nouvel article 84.3 ET élargit le nombre de matières réservées à la convention sectorielle ajoutant dorénavant la durée annuelle maximale⁵. Certaines matières déjà énumérées font également l'objet d'un nouveau traitement qui conduit à leur élargissement. En matière de modalités d'embauche, si auparavant les conventions évasives pouvaient aborder « *les aspects d'adaptation dans l'entreprise* », la nouvelle rédaction n'y fait aucune référence, limitant par conséquent le cadre d'intervention des conventions évasives. Dans le même sens, l'article 84.3 ET se réfère désormais à la « *classification professionnelle* », notion plus large que celle de « *groupes professionnels* »⁶. Enfin, et parallèlement à la remarque antérieure, il est intéressant de noter que le nouveau dispositif légal établit une sorte de correspondance,

¹ Sur le dispositif issu de la réforme de 1994, voir supra, n° 720.

² Comme le souligne un auteur, « *on sous-entend sectoriels* » (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2011, p. 57).

³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2011, p. 58.

⁴ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 79.

⁵ Il convient ici de préciser que le RDL 7/2011 renvoie également aux conventions sectorielles étatiques, la compétence pour régler certaines matières telles la détermination du possible allongement des limites de durée des contrats pour œuvre ou pour services. La loi 35/2010 avait déjà abordé le rôle des accords-cadre dans certaines matières (mécanismes de solution de conflits lors d'une procédure de consultation qui appelle une négociation, intervention des entreprises de travail temporaire dans certains secteurs et prise en compte spécifiques des travaux à risque ; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2011, p. 49).

⁶ La référence à la « *classification professionnelle* » permet de clarifier les incertitudes relatives à la notion de « *groupes professionnels* » apparues antérieurement. Les juges avaient en effet pu l'envisager de manière large (STS 5 avril 2001, Ar/4886) ou plus stricte (STS 18 déc. 2002, Ar/2344).

de répartition fonctionnelle entre la convention étatique et l'entreprise quant aux modalités d'embauche, au temps de travail ou à la classification professionnelle¹.

D'autre part, la limitation du champ d'application géographique des conventions évasives sectorielles au seul cadre de la CCAA aboutit à réduire fortement le rôle des conventions sectorielles départementales. Ces dernières sont désormais « *condamnées à l'ostracisme* »², se plaçant entre deux forces centrifuges, le niveau de l'entreprise et les accords sectoriels étatiques ou, le cas échéant, de CCAA³. La doctrine affirme ainsi sans détours que le RDL 7/2011 « *minimise et met à l'écart de manière délibérée les conventions sectorielles départementales* »⁴.

736. Cette réforme prétend en revanche redynamiser le rôle des accords-cadre qui en raison du caractère totalement dispositif de la loi, se voient reconnaître une fonction structurante fondamentale.

Nous avons vu antérieurement que la réforme de 2011 modifie plusieurs aspects des accords de l'article 83.2 ET⁵. Il est cependant paradoxal d'observer que l'aspect de la réforme de 2011 qui affecte de manière la plus significative ces accords, réside dans les modifications opérées à l'article 84 ET.

En effet, la nouvelle rédaction des différents préceptes de cet article permettent d'affirmer que l'ensemble des règles de concurrence qui y sont formulées, ne seront pas appliquées si existe un accord-cadre qui en dispose autrement. Dès lors, l'option légale qui donne priorité à la convention d'entreprise ou qui vise à affaiblir la convention départementale, présente un caractère clairement dispositif et peut être écartée par un accord-cadre⁶. Celui-ci peut également modifier les règles relatives aux répartitions des matières effectuées pour les conventions évasives d'entreprise et de CCAA ce qui n'était pas le cas antérieurement⁷. Les accords de l'article 83.2 ET peuvent élargir les matières de l'article 84.2 ET susceptibles de donner préférence au niveau de l'entreprise

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 101.

² R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2011, p. 58.

³ Les particularités administratives espagnoles conduisent toutefois à permettre à sept Communautés Autonomes uni-départementales (Asturias, Balears, Cantabria, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra) de ne pas se voir affectées sur ce point par la réforme puisque les niveaux autonomiques ou départementaux se confondent (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 90).

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2011, p. 50.

⁵ Ces modifications portent sur la détermination de leur champ d'application fonctionnel et géographique, sur les règles de légitimation et sur la suppression de la référence au principe de complémentarité (voir supra, n° 671).

⁶ T. SALA FRANCO, loc. cit., 2011, p. 2105.

⁷ Un auteur affirme dans ce sens que les conventions de cadre autonome sont assimilées aux conventions départementales (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 24).

favorisant ainsi la décentralisation, ou réduire au contraire ces matières permettant ainsi l'application de la convention sectorielle. La répartition des matières effectuées à l'article 84.4 ET peut également être modifiée ce qui conduit à limiter potentiellement la négociation dans le cadre autonome qui affecte la convention de cadre étatique.

Au regard de la prise en compte des exigences économiques des entreprises¹ et de la dimension hautement politique de la négociation de cadre autonome, la constitutionnalité de l'option légale de conférer une sorte de pouvoir absolu aux négociateurs des accords-cadre peut être mise en doute. Nous considérons toutefois que ce dispositif est conforme à la Constitution puisque la question de la marge d'action de la négociation de cadre de CCAA semble répondre pour le Tribunal Constitutionnel, à des enjeux essentiellement politiques. Au niveau de l'entreprise, aucune difficulté ne se pose puisque l'intervention des accords-cadre peut aboutir à la situation antérieure, par essence conforme à la Constitution. Notons par ailleurs que l'émancipation de l'entreprise pourrait dans tous les cas se réaliser par la conclusion d'un des accords d'entreprise prévu dans l'ET si les conditions sont réunies².

La prééminence des accords de l'article 83.2 ET constitue quoi qu'il en soit un changement substantiel par rapport à la législation antérieure dans laquelle l'ancien article 84.2 ET s'appliquait indépendamment de l'existence de dispositions contraires d'un accord cadre. Il s'agit selon nous d'un changement « *courageux* »³ et opportun qui permet de renforcer ce type d'accord qui constitue un instrument conventionnel fondamental et influent dans la configuration du système conventionnel⁴.

En définitive, il semble que le RDL 7/2011 se conçoit comme une nouvelle tentative des pouvoirs publics de permettre l'appropriation par les interlocuteurs sociaux de la rationalisation de la structure de la négociation collective, conformément à la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie collective. Une chose a cependant changé. En effet, si auparavant la passivité des négociateurs des accords-cadre permettait de maintenir en l'état la structure de la négociation collective, les nouvelles règles de concurrence vont conduire à sa modification profonde en faveur de la négociation d'entreprise qui peut désormais s'émanciper du carcan conventionnel dans

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 98.

² Voir infra, n° 743.

³ T. SALA FRANCO, loc. cit., 2011, p. 6.

⁴ Insistant sur le rôle des accords-cadre dans la configuration de la structure de la négociation, S. GONZÁLEZ ORTEGA et M. CORREA CARRASCO, loc. cit. 1998, p. 243. Pour une vision critique de pouvoir absolu reconnu aux négociateurs des accords-cadre, J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2011, p. 99.

de nombreuses et non-négligeables matières. Si les organisations professionnelles veulent maintenir le cadre actuel, elles devront donc intervenir.

b) La mise à l'écart de l'autonomie collective et l'option légale impérative pour l'émancipation de l'entreprise dans la réforme de 2012

737. Les premières conventions sectorielles nationales conclues postérieurement à la réforme de 2011 n'ont pas démontré un changement de comportements chez les négociateurs des accords-cadre nationaux qui maintenaient l'application de la convention sectorielle, limitant ainsi l'émancipation de l'entreprise¹. Néanmoins, dans l'AENC-12, les principales organisations syndicales et patronales avaient clairement affirmé leur volonté de convertir l'entreprise en un niveau de négociation privilégié².

Sans leur laisser le temps de réaliser ces changements transcendants qui bouleversaient la culture et à la pratique conventionnelle, les pouvoirs publics ont, dans la réforme de 2012, ôté aux interlocuteurs sociaux de niveaux national ou automatique, toute faculté en matière de structure de la négociation. La réforme de 2012 ne modifie certes pas le dispositif issu du RDL 7/2011 en ce qui concerne les accords de cadre autonome qui pourront uniquement affecter les dispositions des accords nationaux si ces derniers le permettent. L'application du principe *prior in tempore* ou des dispositions des accords-cadre applicables est également maintenue lorsqu'il s'agit de concurrence entre conventions de cadre supérieur à l'entreprise. Néanmoins l'émancipation de l'entreprise vide de leur sens les conventions étatiques sectorielles conclues en vertu de l'article 82.3 ET.

L'exposition des motifs du RDL 3/2012 est dans ce sens catégorique énonçant que « *la réforme antérieure du marché du travail prétendait également agir sur la*

¹ Dans ce sens, voir J.R. MERCADER UGUINA, P. GIMENO y P. NIETO, *Efectos de la reforma de 2011 sobre la estructura de la negociación colectiva en España*, Madrid, Fundación para el Diálogo Social, 2011.

² T. SALA FRANCO, loc. cit., 2012, p. 62.

Cet accord recommandait notamment que les conventions étatiques ou à défaut de Communautés Autonomes, prévoient des règles d'articulation et agissent en matière de structure de la négociation « *en misant de manière décidée en faveur de sa décentralisation* ». Il appelait également les négociateurs sectoriels à faciliter la négociation d'entreprise « *à l'initiative des parties affectées* » sur des matières déterminées telles que le temps de travail, les fonctions et les salaires considérant qu'il s'agit « *du cadre le plus adéquat pour aborder ces matières* ». Enfin, il appelait à « *préserver le cadre départemental de négociation* » leur attribuant la fonction de « *favoriser la flexibilité de l'entreprise qui lui est nécessaire pour s'adapter à un marché changeant et compétitif* », considérant que ce niveau « *est le cadre de négociation qui donne le plus de couverture aux entreprises et travailleurs* » (pour approfondir, voir M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, loc. cit., 2012, p. 55).

structure de la négociation collective, attribuant une priorité applicative à la convention d'entreprise sur les autres conventions dans une série de matières qui sont considérées comme primordiales pour une gestion flexible des conditions de travail. Néanmoins, la décentralisation effective de la négociation collective a été laissée aux mains des conventions étatiques ou autonomiques qui pouvaient empêcher cette priorité applicative. La nouveauté qui est maintenant incorporée, vise, précisément, à garantir ladite décentralisation conventionnelle afin de faciliter une négociation des conditions de travail au niveau le plus proche et adéquat à la réalité des entreprises et de ses travailleurs ».

738. Cette réforme s'inscrit par conséquent dans une direction claire et précise, renforcer l'autonomie de la convention d'entreprise¹. Dès lors, elle implique l'élimination de la fonction structurante des accords-cadre et le caractère impératif pour les interlocuteurs sociaux nationaux ou autonomiques de l'option légale favorable à la convention d'entreprise². Le nouvel article 84.2 ET demeure donc intact à l'exception de la suppression de sa formule introductive selon laquelle la préférence applicative de l'entreprise s'appliquait « *sauf si un accord ou une convention étatique ou de Communauté Autonome négocié selon l'article 83.2 ET établit des règles distinctes sur la structure de la négociation collective ou sur la concurrence de conventions* »³. Il est intéressant de noter que malgré le sens univoque de cette suppression, la réforme de 2012 insiste sur son propos et introduit un nouvel alinéa à l'article 84.2 ET aux termes duquel « *les accords et conventions collectives auxquels se réfère l'article 83.2 ne pourront disposer de la priorité applicative prévue dans ce paragraphe* ».

Le dispositif légal issu de la réforme de 2012 prévoit toutefois de manière expresse à l'article 84.2 g) ET, que les signataires des accords-cadre pourront élargir les matières légalement prévues et ainsi renforcer la priorité applicative de l'entreprise⁴. On observe certes une certaine prise en compte de l'autonomie collective dans cette disposition. L'autonomie collective reste cependant totalement dirigée et sous influence de la logique de la réforme.

¹ L'émancipation de l'entreprise peut toutefois se heurter à l'article 83.1 ET en vertu duquel la création d'une unité de négociation doit faire l'objet d'un accord entre les parties. Par conséquent, « *la préférence de la convention d'entreprise [...] n'implique pas l'obligation de créer de nouvelles unités de négociation dans les entreprises dépourvues de convention collective propre* » (A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 257).

² R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 23.

³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 95.

⁴ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 95.

739. En ce qui concerne les matières légalement établies, aucune variation par rapport au RDL 7/2011 n'est constatable. Il s'agit du montant du salaire de base et des compléments salariaux, du paiement ou de la compensation des heures supplémentaires, de la rétribution spécifique des travailleurs en équipes rotatives, des horaires et de la distribution du temps de travail, de l'adaptation dans l'entreprise du système de classification professionnelle et des modalités d'embauche, et enfin des mesures pour favoriser la conciliation de la vie personnelle et professionnelle.

Cette limitation matérielle peut alors conduire à affirmer que la préférence applicative ne constitue pas une préférence « *absolue et inconditionnée des conventions d'entreprise* » par rapport aux accords sectoriels mais une « *préférence relative aux matières concrètes que la loi lui attribue expressément* »¹. La convention sectorielle demeure en effet applicable dans les autres matières en vertu de l'article 84.1 ET, si elle est antérieure à une convention d'entreprise. Néanmoins la portée de ces matières est telle que la convention sectorielle semble sérieusement limitée, voyant sa compétence se restreindre au temps de travail annuel et à la régulation de certaines modalités de contrats travail. Une auteure parle ainsi de « *décentralisation sans réserves des conditions de travail basiques* »².

740. La réforme de 2012 permet en définitive la mise en route du principe de spécialité dans les matières visées par la loi³. Dans ce cadre, « *la loi rend autonome l'entreprise dans la prise de décisions importantes, favorisant la création d'un tissu conventionnel qui affaiblit l'efficacité du système jusqu'alors en vigueur* »⁴. Elle aboutira sans nul doute à une balkanisation et atomisation de la détermination des conditions de travail. La convention d'entreprise se convertit en « *un instrument de gestion de l'entreprise et un outil de la flexibilisation des conditions de travail afin d'améliorer la productivité, le rendement et la compétitivité* »⁵.

Bien qu'un secteur doctrinal estime que le nouveau système de négociation se configure par rapport à la dualité entre conventions sectorielles nationales ou autonomiques qui remplissent une double fonction d'aménagement de la structure et

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 373.

² A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 255.

³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 23.

⁴ A. MERINO SEGOVIA, loc. cit., 2012, p. 250.

⁵ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 97.

d'adoption d'une régulation complète applicable aux petites et moyennes entreprises dépourvues de convention, et conventions d'entreprise dont la fonction est l'adaptation et les ajustements à la réalité de l'entreprise afin d'améliorer la compétitivité et la productivité¹, nous considérons que la fonction structurante des accords de l'article 82.3 ET est ici sérieusement atteinte. En effet, reconnaissant la dualité entre conventions sectorielles nationales et conventions d'entreprise, l'émancipation de l'entreprise a comme corollaire logique et automatique la diminution de la fonction structurante des accords-cadre. La réforme de 2012 a donc « *une incidence significative et critiquable sur la structure de la négociation collective* », établie dans les accords-cadre qui sont pourtant « *le fruit de l'autonomie collective exprimée aux niveaux supérieurs et plus représentatifs* »².

Conclusion § 1

741. En guise de conclusion sur les nouvelles règles de concurrence entre conventions collectives, il est possible d'affirmer que la réforme de 2011 a fondamentalement conduit à revenir à l'état du droit lors de l'entrée en vigueur de l'ET en 1980. Le ton catégorique de cette affirmation doit cependant être relativisé à plusieurs égards mais ne semble pas toutefois dénué de vérité. En effet, force est de constater que le RDL 7/2011 redonne toute leur place aux accords-cadre de l'article 83.2 ET, par ailleurs désormais mieux définis. La nouveauté de la réforme réside alors essentiellement dans l'établissement de règles de concurrence décentralisatrice qui se démarquent naturellement de la rédaction originale de l'ET mais également de celle consécutive à la réforme de 1994, privilégiant le niveau de l'entreprise. Les options décentralisatrices du dispositif légal issu du RDL 7/2011 conduisent, à défaut de dispositions d'un accord-cadre de l'article 83.2 ET, à privilégier l'application de la convention d'entreprise et, dans une moindre mesure à permettre l'application d'une convention de cadre autonome. Le modèle légal est ainsi basé sur deux niveaux : le niveau étatique/autonome et le niveau de l'entreprise. Le niveau étatique/autonome remplit deux fonctions : une fonction d'aménagement de l'ensemble de la structure de la négociation dans le cadre de l'article 83.2 ET, et une fonction normative par la fixation de règles applicables aux entreprises dépourvues de

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 375.

² S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 97.

convention propre. Le niveau de l'entreprise possède quant à lui une plus grande autonomie dans les matières énumérées à l'article 84.2 ET. Il semble également important de souligner que la réforme de 2011 approfondit l'idée d'une répartition des matières entre niveaux de négociation. Le recours à la répartition matérielle se trouve de plus enrichi dans certaines hypothèses par une répartition fonctionnelle entre le niveau étatique et le niveau de l'entreprise. Il s'agit selon nous de la voie adéquate permettant à la fois de clarifier la place de chaque niveau et de maintenir un cadre protecteur pour les salariés. Force est cependant de constater que cette répartition des matières bénéficie très largement à l'entreprise.

742. Au regard de l'étendue des matières susceptibles d'être abordées par la convention collective, la réforme de 2012 produit par conséquent un renversement complet de la place des conventions sectorielles et des conventions d'entreprise qui sont dorénavant placées au centre du modèle de structure de la négociation collective espagnol. L'émancipation de l'entreprise du cadre conventionnel sectoriel est totale dans les matières centrales de la relation de travail et l'autonomie collective ne peut s'y opposer.

§ 2: L'essor des accords d'entreprise dérogatoires

743. Nous avons vu antérieurement que la réforme de 1994 marque le coup d'envoi d'une politique légale visant à réduire le rôle de la loi au bénéfice de la négociation collective qui voit sa marge d'action normative augmenter considérablement¹. Ce phénomène n'est pas en soi critiquable car son appréciation finale dépend des conditions du renvoi légal et notamment du niveau choisi. Les propos qui suivent prétendent alors démontrer que c'est le niveau de l'entreprise qui sort largement bénéficiaire du renversement de la place de la loi et de la négociation collective.

Ce n'est toutefois pas au travers de la figure conventionnelle classique et d'un renforcement de sa capacité d'adaptation que la réforme de 1994 favorise l'autonomie de la négociation d'entreprise. Au contraire, cette réforme opte pour des instruments

¹ Voir supra, n° 422.

plus ponctuels et spécifiques dépourvus de vocation généraliste, les accords d'entreprise qui représentent une figure distincte à la convention collective¹.

Les dernières réformes légales de 2011² et 2012³ ont, comme nous l'avons souligné plus haut, renforcé de manière notable le champ d'action de la convention collective d'entreprise, via les nouvelles règles de l'article 84 ET. Les accords d'entreprise n'ont toutefois pas été oubliés. En effet, ces réformes qui suivent le chemin emprunté par la réforme de 2010⁴, aboutissent dans le même temps à faciliter leur mise en œuvre. Nous verrons alors que cette apparente contradiction est résolue par l'idée selon laquelle les accords d'entreprise se voient convertis en instrument de flexibilité interne et de gestion de l'entreprise face à des circonstances économiques ponctuelles

Il convient toutefois de prendre garde à limiter le cadre de l'analyse.

744. L'expression « *d'accords d'entreprise* » fait l'objet de plusieurs interprétations doctrinales⁵ et peut être abordée selon différents critères⁶. Son contenu est incontestablement très hétérogène. Pour certains auteurs, les accords d'entreprise regroupent l'ensemble des accords conclus dans ce cadre, intégrant notamment les accords de fin de conflit ou les accords mettant fin à une grève⁷, les accords en cas de

¹ Le Professeur GARCÍA MURCIA souligne que l'expression « d'accords d'entreprise » provient de la doctrine et des praticiens du droit mais n'est jamais évoquée par la loi qui parle « *d'accord* » (art. 41 ET), « *d'accord collectif* » (art. 24 ET) ou « *d'accord entre les représentants des travailleurs et l'employeur* » (art. 22 ET), (« Los acuerdos de empresa: marco general », in *Manual Jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 618).

² RDL 7/2011 du 10 juin de mesures urgentes pour la réforme de la négociation collective.

³ RDL 3/2012 du 3 février de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail et Ley 3/2012 du 6 juillet de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail.

⁴ RDL 10/2010 du 16 juin de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail et Ley 35/2010 du 17 septembre de mesures urgentes pour la réforme du marché du travail. Sur cette réforme, voir *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Madrid, Reus, 2011.

⁵ Pour une approche des différentes typologies, voir par exemple, T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 12; J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 216.

⁶ Les accords d'entreprise peuvent être distingués selon la norme sur laquelle ils se fondent, selon les parties légitimes pour demander l'ouverture du processus considéré, selon la procédure encadrant leur élaboration, selon sa marge d'action par rapport aux conventions collectives (pour approfondir sur chacun de ces critères, voir R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid, Civitas, 2003, p. 79).

⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, op. cit., 1996, p. 12; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 46. Quand bien même leur efficacité se rapproche de celle des accords d'entreprise entendu strictement (les juges estiment que ces accords n'ont pas la nature de convention collective mais possèdent, par contre, son efficacité ; STS du 9 mars 1992, Ar/2372), leur fonction spécifique et l'absence de définition de leur champ d'application qui peut dépasser l'entreprise, conduisent à exclure ces accords de la typologie des accords d'entreprise (dans ce sens, voir A. MERINO SEGOVIA, *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, La Ley, 2001, p. 27 ; J.M^a. GOERLICH PESET, « Los acuerdos de empresa », in *Convenios colectivo y acuerdos de empresa*, Valencia, CISS, 2007, p. 326 ; J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 1998, p.

transferts d'entreprise afin de déterminer le régime conventionnel applicable¹ et les accords relatifs aux relations collectives de travail². Ils permettent également d'aborder les accords informels conclus en marge des dispositions légales³.

Nous adopterons cependant une interprétation plus stricte des accords d'entreprise. Ces derniers se restreignent à des aspects relatifs aux relations individuelles de travail et sont prévus légalement. Cette perspective permet de distinguer, prenant en compte leur fonctions, trois catégories d'accords⁴ : les accords qui visent à combler les lacunes conventionnelles (accords subsidiaires), les accords permettant la modification des dispositions conventionnelles applicables (accords dérogatoires ou de décrochage) et enfin, les accords garantissant la participation des salariés aux décisions du chef d'entreprise (accord de réorganisation productive).

Considérons à ce moment du travail que les accords d'entreprises renvoient à « *tout accord collectif négocié entre l'employeur et les représentants des travailleurs, en vertu d'une habilitation légale expresse, qui, basiquement, aborde aussi bien l'établissement de conditions de travail et d'emploi concrètes que la bi-latéralisation*

182. Pour approfondir sur ces accords en droit espagnol, voir J.B. VIVERO SERRANO, « La eficacia de los acuerdos de fin de huelga », in *La Eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2003, p. 973-1000 et J.M. SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, *Los acuerdos de fin de huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. En droit français, ces accords sont qualifiés d'engagement unilatéral de l'employeur (voir supra, n° 655).

¹ Art. 44.4 ET. Sur la procédure de transfert d'entreprise, n° 630.

² Art. 10 LOLS relatif à l'augmentation du nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise ; Art. 67.1 ET relatif à la fixation du nombre de représentants des salariés en cas de diminution significative du personnel ; Art. 78 ET relatif à l'assemblée des travailleurs.

³ Ces accords trouvent leur origine antérieurement à la réforme de 1994. En effet, la capacité des représentants des salariés et des chefs d'entreprise individuels de conclure des accords sur des matières non-énumérées par la loi, avait été admise par la jurisprudence qui évoquait des accords « *informels* » ou « *atypiques* » (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 53; J.M^a. GOERLICH PESET, « Los pactos informales de empresa », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AA.VV, Madrid, ACARL, 1989, p. 81). La consécration légale en 1994 d'accords d'entreprise déterminés n'a logiquement pas mis fin à ces accords. Parallèlement, il est également possible qu'en marge des dispositions légales, les signataires des conventions collectives renvoient la détermination de certaines matières ou la mise en œuvre de règles générales à la négociation d'entreprise (pour une analyse des dispositions conventionnelles en matière de structure de la négociation qui font référence à la négociation d'entreprise, voir A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2000, p. 214 qui estime que, « *de manière générale, les conventions de branche ignorent les conventions d'entreprise et que ces dernières se désintéressent de celles de cadre plus large* », p. 223).

La doctrine se montre divisée quant à savoir si ces accords peuvent ou non être rattachés aux accords d'entreprise envisagés explicitement par la loi et ainsi profiter d'un cadre légal minimum. La doctrine majoritaire refuse d'assimiler ces accords aux accords prévus dans l'ET et estime que les accords d'entreprise requièrent une habilitation légale (M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 226 ; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Civitas, 1999, p. 69; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 105). Certains auteurs soulignent toutefois que les seules différences fonctionnelles et formelles entre les accords légalement prévus et les accords informels ne justifient pas leur mise à l'écart (M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 171, J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 328).

Pour approfondir sur ces accords, voir infra, n° 793 s.

⁴ J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 221.

des décisions de l'entreprise »¹. Plusieurs éléments de convergences peuvent être alors dégagés : la mise en œuvre de ces accords est conditionnée à l'existence d'une cause ; leur contenu est par essence limité à certaines matières légalement énumérées ; ils sont soumis à des exigences de légitimation ; ils s'appliquent de manière impérative et automatique aux travailleurs compris dans son champ d'application.

745. En marge de ces caractéristiques communes, nous estimons qu'il importe de distinguer d'ores et déjà une modalité d'accords, les accords visant à garantir la participation des travailleurs aux décisions de l'entreprise. Ces accords qui ont été dénommés par la doctrine "accords de réorganisation productive"², sont envisagés dans plusieurs dispositions de l'ET³. L'article 40.2 ET relatif à la mobilité géographique de caractère collectif⁴, l'article 41 ET relatif à la modification substantielle des conditions de travail, l'article 47 ET qui aborde la mise en œuvre de suspensions de contrats de travail⁵, et enfin, l'article 51 ET relatif aux licenciements collectifs⁶, se réfèrent tous à un tel accord. Celui-ci constitue le résultat, souhaitable mais pas nécessaire, d'une période de consultation qui précède une décision de l'employeur concernant l'une de ses matières.

¹ F. ELORZA GUERRERO, *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, CES, 2000, p. 248.

² F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, « Los pactos de reorganización productiva », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AA.VV, Madrid, ACARL, 1989, p. 145.

³ Certains de ces accords étaient déjà envisagés dans l'ET de 1980.

⁴ F. ALEMÁN PÁEZ, *La movilidad geográfica: problemática social y régimen jurídico*, Madrid, Tecnos, 2001; en droit positif, voir I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 233; C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., Tirant lo Blanch, 2010, p. 125; C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 229.

⁵ P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo: naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 194; S. GONZÁLEZ ORTEGA, « Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 241; E. GARRIDO PÉREZ, « La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales », *TL*, 2012, n° 115, p. 249.

⁶ F. LACOMBA PÉREZ y A. ESTEVE SEGARRA, *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; J.M^a. GOERLICH PESET, « La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: La culminación de una larga evolución », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 291; J.L. MONEREO PÉREZ, « El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012 », *TL*, 2012, n° 115, p. 315; J.E. LÓPEZ AHUMADA, loc. cit., 2012, p. 287. De façon basique, pour ce qui nous intéresse, la réforme de 2012 supprime l'autorisation administrative préalable. Les plans sociaux (en espagnol Expediente de Regulación de Empleo, ERE) sont donc désormais, comme en France, soumis au seul contrôle a posteriori des juges.

Quand bien même plusieurs références à ces accords devront être réalisées tout au long de ce développement¹, il convient toutefois de souligner que ces accords s'écartent de nos propos qui visent à mettre en exergue l'essor de la négociation d'entreprise vis-à-vis de la convention collective sectorielle. Un motif décisif va dans ce sens et réside dans le constat que ces accords qui visent à garantir la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise, notamment lors de l'adoption de mesures entrant dans la sphère des pouvoirs de décision de l'employeur, restent soumis aux dispositions conventionnelles applicables et n'ont donc pas de liens spécifiques avec la figure conventionnelle.

746. Nos propos nous conduisent par conséquent à nous intéresser à deux types d'accords, directement liés à la convention collective statutaire : d'une part, ceux qui interviennent « à défaut de convention collective », et, d'autre part, ceux qui permettent à une entreprise de s'écarter des dispositions prévues par la convention collective statutaire applicable. Le professeur RAMÍREZ distingue respectivement les accords de caractère subsidiaire² et les accords de nature dérogoire³, également dénommés accords de décrochage⁴.

747. Là encore, l'objet de ce développement conduit à distinguer les accords subsidiaires qui ont par ailleurs été les grands oubliés des récentes réformes légales. Ces derniers visent à fixer des conditions de travail relatives à des matières déterminées lorsque celles-ci n'ont pas fait l'objet de traitement conventionnel. Ils démontrent dans tous les cas la volonté de la loi de confier la détermination de ces conditions de travail à l'autonomie collective⁵. L'article 22.1 ET relatif à la classification professionnelle⁶,

¹ Précisons que les références aux accords de réorganisation productive se centreront essentiellement sur les accords prévus à l'article 41.4 ET (W. SANGUINETI RAYMOND, « La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes », *RDS*, 2012, n° 57, p. 231). Pour approfondir sur les accords en matière de mobilité géographique, de suspension du contrat de travail ou de réduction du temps de travail et en matière de licenciements collectifs, voir la bibliographie citée plus haut.

² Certains auteurs parlent d'accord substitutif (T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 15)

³ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, in L.M. CAMPS RUIZ y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, op. cit., p. 84.

⁴ « *Descuelgue* » en espagnol; A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 323.

⁵ Ces accords constituent dans ce sens des instruments de promotion de la négociation collective (T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 15).

⁶ Cet article a été profondément modifié par la réforme de 2012 qui a converti la classification professionnelle en une nouvelle variable de flexibilité interne des entreprises (voir C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 229 ; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2012, p. 227). La classification professionnelle s'opère désormais par « *groupes professionnels* » et non pas par « *catégories* »

l'article 24.1 ET en matière de promotion professionnelle, l'article 29.1 ET relatif au modèle du reçu du salaire, l'article 34.2 ET en matière de distribution irrégulière du temps de travail sur l'année¹, l'article 34.3 ET relatif au dépassement de la limite de 9 heures de travail effectif journalier et l'article 67.1 ET relatif à l'adaptation de la représentation des travailleurs aux diminutions significatives du personnel, disposent qu'un accord peut intervenir dans ces matières « à défaut de convention collective »². Ces accords ont ainsi l'objectif d'éviter les vides conventionnels et non pas nécessairement les vides normatifs comme le démontre l'existence de règles légales supplétives prévoyant un régime subsidiaire³.

Ils sont dans tous les cas subordonnés aux conventions collectives en raison de leur caractère subsidiaire⁴. Certains auteurs ont alors estimé que ce caractère laisse transparaître une relation hiérarchique entre ces accords et la convention statutaire au bénéfice de cette dernière dont la primauté est reconnue par la loi⁵. Quoi qu'il en soit, cet état de subordination implique que, bien que leur durée soit fixée par les parties,

professionnelles ». Un groupe professionnel peut donc inclure plusieurs catégories professionnelles permettant ainsi de flexibiliser la rigidité de la notion de « catégorie professionnelle ».

¹ L'article 34.2 ET dispose par ailleurs « qu'à défaut de pacte, l'entreprise pourra distribuer de manière irrégulière tout au long de l'année 5% du temps de travail » (pour approfondir en droit positif, voir I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2012, p. 230).

² L'expression « à défaut de convention collective » a toutefois été interprétée largement. La situation est la suivante : une convention collective est applicable à l'entreprise mais ne prévoit pas de régulation expresse ou ne fait pas de référence à la matière susceptible de régulation au niveau de l'entreprise (cette hypothèse présente un intérêt particulier en matière d'aménagement du temps de travail, voir W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 132). La doctrine majoritaire estime qu'un accord d'entreprise peut être conclu dès lors que la convention collective ne s'est pas prononcée expressément sur la matière concrète ou n'a pas procédé à sa régulation. L'accord d'entreprise interviendrait donc plus exactement « à défaut de régulation conventionnelle » (F. VALDÉS DAL-RÉ, « Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva », *RL*, 1995-I, p. 266; A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2001, p. 42; F. LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ et C. VIQUEIRA PÉREZ, « Los acuerdos de empresa », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en Homenaje al profesor SALA*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 652; F. ELORZA GUERRERO, « Los acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales », in *Manual Jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 643).

Plus nuancé C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., *RL*, 1995-I, p. 1392. Ces auteurs estiment que l'existence de clauses relatives à ces matières reconnaît « implicitement, l'existence d'une convention empêchant la négociation d'un accord d'entreprise ». Le silence de la convention sur ces matières peut en effet être assimilé à une acceptation implicite de la norme légale fixant les limites de l'aménagement du temps de travail.

³ L'aménagement du temps de travail constitue l'exemple type (art. 34.2 et 34.3 ET).

⁴ C. SÁEZ LARA, « Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico », *RL*, 1995-I, p. 559; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 116.

⁵ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994 », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 185; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 220. En cas de conflit, le principe de hiérarchie qui se dégage de la subsidiarité, est mis en œuvre. La relation hiérarchique part de l'idée que les accords d'entreprises sont dotés d'efficacité normative et s'assimilent aux conventions statutaires. Pour approfondir sur cette problématique, voir infra, 786 s.

l'entrée en vigueur de dispositions conventionnelles dans les matières visées conduit à la disparition de l'accord qui n'a plus lieu d'être, la cause justifiant sa conclusion ayant disparue. La durée de vie des accords subsidiaires est donc liée à celle d'une convention collective statutaire¹.

Il ne s'agit cependant qu'une des modalités de relations entre accords d'entreprises et conventions statutaires offertes à la loi. En effet, plusieurs dispositions statutaires prévoient que certaines matières sont déterminées « *par convention collective ou par accord entre le chef d'entreprise et les représentants légaux des travailleurs* »². Conçue comme une formule alternative, l'emploi de la conjonction « *ou* » exclut l'idée de subsidiarité entre la convention collective et l'accord d'entreprise et établit une compétence alternative³. En cas de conflit, la doctrine recourt alors au principe *prior in tempore*, sauf dispositions conventionnelles sur la structure de la négociation distinctes⁴. Il est ici intéressant de noter que l'accord d'entreprise est assimilé à une convention collective statutaire.

Dans d'autres dispositions, la loi renvoie le traitement de matières à « *la négociation collective* »⁵. L'ambiguïté de la loi conduit à se demander si un accord d'entreprise peut alors intervenir ? Alors que certains auteurs se prononcent contre l'intervention des accords d'entreprise⁶, d'autres estiment que l'expression de « *négociation collective* » « *implique au fond une reconnaissance par le législateur de la possibilité que ces matières puissent être abordées au travers d'un accord collectif entre l'entreprise et les représentants des travailleurs* »⁷. Dans ce sens semble se

¹ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 165. Nous retrouverons cette idée pour les accords de décrochage (voir infra, n° 792).

² En matière de gratifications extraordinaires (art. 31.1 ET), de fixation des modifications contractuelles en raison de violence de genre (art. 37.7 ET). On retrouve dans la LOLS une disposition qui prévoit que l'augmentation du nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise doit être établie dans un accord ou au travers de la négociation collective (art. 10.2 LOLS).

³ Dans ce sens, estimant qu'il s'agit de la mise à égalité des deux types de textes (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1995, p. 178 ; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 48, qui parle d'une relation « *paritaire* » entre la convention et l'accord d'entreprise).

⁴ F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 49 qui s'incline cependant pour appliquer la convention collective (p. 335). Contre J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 252 qui applique l'accord d'entreprise antérieur au regard de « *la fonction d'organisation propre du cadre de l'entreprise* ».

⁵ Citons par exemple, l'article 11.3 ET relatif aux engagements de conversion des contrats formatifs en contrats à durée indéterminée et à l'égalité entre femmes et hommes en la matière ; l'article 26.3 ET en matière de structure des salaires ; l'article 36.2 ET relatif à la rétribution spécifique du travail de nuit ; l'article 85.2 ET relatif aux procédures d'information et de suivi des licenciements objectifs.

⁶ F. LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ et C. VIQUEIRA PÉREZ, loc. cit., p. 652 ; A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2001, p. 45.

⁷ F. ELORZA GUERRERO, loc. cit., p. 644, qui souligne que le TS a, a contrario, estimé que l'expression de « *convention collective* » a une signification plus concrète qui conduit à exclure les pactes conclus en marge du Titre III ET (STS 20 nov. 2003, Ar/29 de 2004).

prononcer la jurisprudence¹. Là encore, s'applique le principe *prior in tempore*, afin de résoudre l'éventuel conflit, sans préjudice de règles conventionnelles distinctes².

Dans tous les cas, il ressort du dispositif légal que, dans les hypothèses d'accords subsidiaires strictement entendus, la convention collective statutaire demeure, pour la loi, la voie prioritaire afin de déterminer les conditions de travail. Dans les hypothèses de compétence alternative, la loi demeure neutre. Ces deux considérations permettent alors d'identifier la spécificité des accords qui nous intéressent, qualifiés plus haut d'accords dérogatoires ou de décrochage.

748. Les accords de décrochage constituent indubitablement le paradigme de l'émancipation de l'entreprise du carcan conventionnel venant limiter l'efficacité juridique de la convention collective statutaire. Ils permettent d'« *adoucir la rigueur de l'efficacité générale des conventions collectives* »³. Dès lors, la doctrine a souligné que la réforme de 1994 « *ne s'est pas matérialisée par un simple renforcement de la convention statutaire mais par un ensemble de mesures qui, paradoxalement et malgré l'intention publique de promouvoir la négociation collective, viennent diminuer l'impérativité et l'efficacité personnelle générale de la convention sectorielle* »⁴. L'accord de décrochage s'applique donc de manière préférentielle à la convention dont les dispositions sont mises à l'écart⁵. Cette idée renvoie sans nul doute à l'accord dérogatoire d'entreprise du droit français.

Deux modalités de décrochage ont été introduites par la réforme de 1994, le décrochage salarial prévu à l'article 82.3 ET et le décrochage des conditions de travail relatif à certaines matières prévues dans une convention collective⁶. Ce dernier était initialement prévu à l'article 41.4 ET *in fine* relatif aux modifications substantielles

¹ STSJ País Vasco 15 fév. 2005 AS/537

² F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 49 qui s'incline cependant pour appliquer la convention collective (p. 335).

³ M^a.E. CASAS BAAMONDE, « «Descuelgue» salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II) », *RL*, 1995-I, p. 23. Dans le même sens, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « La autonomía colectiva dentro del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo », loc. cit., 2002, p. 208; M. AGÍS DASILVA et J.F. BLASCO LAHOZ, loc. cit., p. 445.

⁴ G. FABREGAT MONFORT, loc. cit., Tirant lo Blanch, 2006, p. 298; A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 283.

⁵ Cette préférence applicative permet alors de distinguer ces accords des accords conclus dans le cadre de la compétence alternative puisque, dans cette dernière hypothèse, la loi ne donne pas nécessairement une priorité d'application à l'accord d'entreprise (voir supra, n° 747).

⁶ Les différences entre ces deux modalités de décrochage ont été mises en exergue par la doctrine dont les conclusions sur leur rapprochement ont cependant varié (pour approfondir, C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1396; Comp. A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 339; W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 51).

de caractère collectif¹. La loi 35/2010 procède son isolement à l'article 41.6 ET. La distinction entre modification substantielle individuelle, collective et collective statutaire devient donc plus explicite et se voit consacrée de manière formelle dans la loi².

La réforme de 2012 fusionne ces deux décrochages qui sont désormais régis de manière générale à l'article 82.3 ET. D'un point de vue matériel, force est alors de constater que les hypothèses de décrochage sont élargies et ne sont plus réduites à la question des salaires. La doctrine évoque ainsi la notion de « *décrochage générique* »³. Cette option légale part de l'idée que « *la négociation collective est un instrument et non un obstacle, pour adapter les conditions de travail aux circonstances concrètes de l'entreprise* »⁴. Cet élargissement matériel démontre que les prétentions patronales ont donc largement été entendues⁵. Sur le plan de vue didactique et théorique, l'établissement d'une disposition unique permettant d'envisager l'ensemble des hypothèses de décrochage est une solution satisfaisante⁶. Sur le fond, il est certain que ces procédures aboutissaient toutes deux « *à la modification de ce qui est déjà négocié et conclu* »⁷ et visaient « *à éluder, de forme partielle et sélective, l'application des prévisions contenues dans la convention* »⁸.

Depuis la réforme de 2012, il ressort de l'article 82.3 ET que les décrochages peuvent se réaliser par rapport à une convention sectorielle ou à une convention d'entreprise⁹. Antérieurement, sous l'empire des règles issues de la réforme de 1994, alors que le décrochage salarial s'attachait aux relations entre la convention sectorielle

¹ Antérieurement à la réforme de 2012, la doctrine soulignait que l'article 41. ET constitue « *le centre de la normative sur la flexibilité interne* » (S. DEL REY GUANTER, « Las medidas sobre flexibilidad interna en la ley 35/2010. Una aproximación inicial », *TL*, 2010, n° 107, p. 171).

² S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 175.

³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., *TL*, 2012, p. 110.

⁴ Exposition des Motifs, RDL 3/2012.

⁵ J.R MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 357.

⁶ Pour le Professeur SALA, il s'agit « *d'un point de vue systémique d'un aspect assurément positif puisque dans le fond il s'agit de la même chose, c'est-à-dire d'une modification de la convention collective statutaire dans une série de matières, ou autrement dit, d'un décrochage de la convention* » (« La reforma de la negociación colectiva », in *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, AAVV, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 63).

⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., *RL*, 1995-I, p. 1400.

⁸ W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 36. L'auteur estime que ces mécanismes constituent « *des processus consensuels de décentralisation conventionnelle [au travers] d'actes d'inapplication partielle, conditionnée et temporaire du contenu des conventions sectorielles* », p. 50.

⁹ Qui se réfère à la mise à l'écart de la convention collective applicable, « *que celle-ci soit de secteur ou d'entreprise* ».

et le niveau de l'entreprise¹, les accords de modifications substantielles de conditions de travail issues de convention collective pouvaient s'effectuer par rapport à une convention d'entreprise. Depuis la réforme de 2010, il ne fait nul doute que ces accords peuvent être conclus par rapport à la convention collective d'entreprise². Nous verrons plus loin que cette hypothèse d'« *auto-décrochage* »³ pose de sérieuses difficultés.

749. La possibilité qu'une entreprise se décroche de sa propre convention conduit immédiatement à se demander si le décrochage peut également s'effectuer au niveau de l'établissement. La doctrine se montre divisée en la matière. D'un côté, certains auteurs limitent la conclusion des accords d'entreprise à ce seul niveau⁴ alors que d'autres estiment que, sous certaines conditions, que ces accords peuvent être conclus au niveau du centre de travail⁵. La détermination des sujets légitimes pour négocier⁶, le cadre d'appréciation de l'exigence de causalité, l'existence de causes justificatives objectives et raisonnables qui permettent d'écarter toute atteinte au principe d'égalité entre salariés d'une même entreprise et, enfin, les matières abordées, constituent autant de questions décisives à l'heure de permettre la conclusion d'accords

¹ L'article 82.3 ET prévoyait la mise à l'écart du régime salarial prévu « *dans les conventions collectives de cadre supérieur à l'entreprise* » (STS 30 juin 1998, 21 fév. 2000 ; STS 18 oct. 2004).

² La réforme de 2010 permet de trancher une controverse doctrinale antérieure. En effet, l'article 41.6 ET précise désormais que la modification se rapporte à une convention collective statutaire, « *que celle-ci soit de secteur ou d'entreprise* » (pour approfondir sur les controverses antérieures, voir R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1994, p. 56 ; A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 338 qui se prononçaient contre la possibilité de recourir à la modification par rapport à une convention d'entreprise; comp. C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1398; J. CRUZ VILLALÓN, « El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994 », in *La reforma de Estatuto de los trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 131 qui se prononçaient en faveur de la modification de conventions d'entreprise).

³ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., Lex Nova, 2012, p. 396.

⁴ T. GÓMEZ ÁLVAREZ, « La cláusula de descuelgue o inaplicación salarial. El estado de la cuestión », *REDT*, 1999, n° 98, p. 889 ; R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, op. cit., 2003, p. 100, soulignant notamment que les accords de décrochage salarial sont conclus « *entre l'entreprise et les représentants des travailleurs* » et que certaines matières doivent être abordées nécessairement au niveau de l'entreprise.

⁵ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 8; J.GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 132; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 214; C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010 qui soulignent qu'il est admis que les références dans l'ET à l'entreprise englobent le centre de travail et que les fonctions de ces accords peuvent se retrouver aux niveaux inférieurs.

J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 337 ; pour qui le raisonnement différenciant les accords d'entreprise résulte « *simpliste* ». L'auteur estime que, les négociateurs de l'accord peuvent prévoir que celui-ci limite ses effets à un centre de travail (dans ce sens, STSJ Aragón du 2 oct. 2003, Rec. 804/2003). La jurisprudence a admis cette dernière position, considérant qu'un accord d'entreprise peut limiter son champ d'application à un centre de travail. Dans ce sens STSJ Navarra, 13 oct. 2005, Rec. 313/2005.

⁶ On peut en effet se demander si doit négocier la représentation légitime dans l'ensemble de l'entreprise qui prendra alors en compte la spécificité du centre de travail ou directement la représentation du centre de travail concernée (M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 188, qui opte pour que la majorité soit appréciée par rapport à l'ensemble de l'entreprise).

au niveau de l'établissement. Nous estimons quoi qu'il en soit que la conclusion d'accords à ce niveau ne peut être *a priori* exclue et que cette option devra faire l'objet d'un contrôle aux cas concrets¹.

750. Ces modalités de décrochage présentent dans tous les cas l'incontestable avantage de permettre à l'entreprise d'adapter les dispositions de la convention collective applicable à sa réalité et de prendre en compte des exigences économiques conjoncturelles². L'objectif de ces accords est en définitive de permettre l'adaptation, à l'entreprise considérée, des conditions de travail établies dans la convention collective statutaire applicable qui est par conséquent mise à l'écart³.

La faculté d'adaptation peut être déclinée selon deux perspectives.

Depuis une perspective structurelle, l'adaptabilité de l'entreprise permet d'envisager la fonction de complémentarité, entendue dans un sens strict, des accords d'entreprises vis-à-vis des normes conventionnelles. Sont ainsi prises en considération les exigences propres et permanentes des entreprises. Dans ce cadre, la pratique a vu se développer des accords informels, conclus au sein de l'entreprise, en dehors des cadres légaux⁴. Force est de constater que cette faculté d'adaptation des accords d'entreprise se voit largement dépasser par les nouvelles règles de concurrence entre conventions collectives issues du RDL 7/2011 du 10 juin et de la réforme de 2012. En effet, la préférence applicative reconnue à la convention d'entreprise dans des matières transcendantes de son organisation lui donne une capacité d'adaptation structurelle importante⁵.

Les accords de décrochage renvoient donc essentiellement à la dimension conjoncturelle de l'adaptabilité de l'entreprise. Dans cette dimension, la faculté d'adaptation s'envisage par rapport à la capacité de l'entreprise de s'adapter aux exigences économiques conjoncturelles, à une situation de difficultés économiques. Dans ce cadre, la convention collective est considérée comme un instrument inadéquat

¹ Nous estimons toutefois que dans les hypothèses d'accords de décrochage, l'existence de cause doit nécessairement être appliquée au niveau de l'entreprise, indépendamment du champ d'application de l'accord. Plus généralement, la négociation au niveau du centre de travail ne peut aborder les matières qui concernent l'ensemble de l'entreprise et qui supposerait, en cas de traitement différencié une atteinte à son unité (dans ce sens, voir M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 214 ; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 259).

² F. LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ et C. VIQUEIRA PÉREZ, loc. cit., p. 642.

³ La doctrine parle alors d'accords d'adaptation (F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 93).

⁴ Sur ces accords, voir supra, n° 744.

⁵ Voir supra, n° 735 s.

et rigide pour prendre en compte ces fluctuations. L'accord d'entreprise est en revanche conçu pour remplir cette faculté d'adaptation d'un point de vue externe. Cette idée se retrouve dans l'existence de causes justifiant le recours à ces accords.

Du point de vue juridique, cette faculté d'adaptation conjoncturelle se matérialise par la capacité des accords d'entreprise de s'écarter de dispositions conventionnelles déterminées. Elle se rapporte à la notion doctrinale de « décrochage ». Un auteur souligne que cette notion renvoie à l'hypothèse dans laquelle « *les conditions de travail déterminées par une convention collective [...] soient substituées dans l'entreprise par d'autres différentes -normalement de caractère moins favorable-, sur la base de causes exceptionnelles et au travers d'un accord sur les matières considérées* »¹. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les discussions relatives à l'automatisme du caractère moins favorable de l'accord dérogatoire en droit français. Admettons toutefois que ces deux modalités d'accords aboutissent le plus fréquemment à une dégradation des conditions de travail des salariés. Ces derniers ne peuvent par ailleurs s'opposer aux nouvelles conditions de travail issues de l'accord de décrochage. En effet, celui-ci déploie une efficacité qui est largement comparable à celle de la convention collective statutaire².

751. Au regard du contenu qualitatif et des effets des accords de décrochage, la réforme de 1994 avait alors posé trois limites générales : la détermination de matières pouvant être affectées, le respect de conditions de légitimation et l'existence d'une cause. Nous verrons que la politique légale contemporaine, matérialisée par les réformes de 2010, 2011 et 2012, a notamment agi sur ces trois paramètres, en élargissant les matières visées, en flexibilisant les règles de légitimation et en convertissant l'exigence de cause en une lettre morte³.

La réforme de 2012 est toutefois allée plus loin. D'une part, elle apporte, selon nous, un éclairage décisif sur la notion d'accords d'entreprise en distinguant clairement les accords de décrochage et les accords de réorganisation productive. D'autre part, et là réside l'aspect fondamental, elle instaure un mécanisme permettant de contourner

¹ A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 323.

² Cette considération générale et volontairement ambiguë sera approfondie lors des développements relatifs à la nature et aux effets des accords d'entreprise (voir infra, n° 782 s.).

³ Le recours aux accords d'entreprise comme instrument de flexibilité interne était largement évoqué dans l'AENC-12 (voir supra, n° 448).

l'absence d'accord, ce qui vient bousculer les principes recteurs du droit espagnol relatif à l'efficacité reconnue constitutionnellement à la convention collective.

752. Après cette longue mais inévitable introduction, nous nous proposons donc de nous attacher tout d'abord aux conditions et exigences qui entourent l'élaboration des accords d'entreprise de décrochage. Par la suite, nous aborderons la question de leur efficacité, ce qui nous conduira à discuter de la nature juridique des accords d'entreprise au sens large ainsi que de leur place dans l'ordre juridique. Dans ce cadre, quand bien même les accords de décrochage constituent le cœur de l'analyse, nous évoquerons de manière ponctuelle les accords subsidiaires, les accords de réorganisation productive et les accords informels afin de saisir de manière satisfaisante l'ensemble de ces questions.

A. Les conditions d'élaboration des accords de décrochage

753. Avant d'aborder l'état du droit positif, il convient de rappeler que ces deux modalités de décrochage étaient envisagées antérieurement à la réforme de 2012 dans deux dispositions différentes.

D'un côté, l'article 82.3 ET envisageait le décrochage salarial¹. Introduit par la réforme de 1994² et fortement modifié par la loi 35/2010³, ce mécanisme contemple « *la possibilité pour l'entreprise de s'écarter du régime salarial fixé dans une convention de cadre supérieur établissant son propre système de rémunération distinct et,*

¹ En droit français, un mécanisme légal permet également à une entreprise de s'écarter des prévisions salariales sectorielles normalement applicables. Aux termes de l'article L.2253-4 CT (ex L. 132-24 CT), « *sans préjudice des dispositions de l'article L. 2253-3, les clauses salariales d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise. Toutefois, d'une part, l'augmentation de la masse salariale totale doit être au moins égale à l'augmentation qui résulterait de l'application des majorations accordées par les conventions ou accords précités pour les salariés concernés, d'autre part, les salaires minima hiérarchiques doivent être respectés* ». Ce mécanisme dérogatoire, mis en œuvre uniquement en cas d'augmentation du régime salarial établi dans la convention de branche, est comme l'a démontré M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, « *un droit de dissidence* » reconnu à l'entreprise (op. cit., p. 1349-1360). Notons que la doctrine n'a pas attaché une importance particulière à cette disposition. D'un point de vue comparé, force est de constater que sa finalité et que les conditions de sa mise en œuvre sont largement différentes de celles encadrant le décrochage salarial en Espagne.

² Pour une analyse transversale de la réforme en matière salariale, voir J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ et C.L. ALFONSO MELLADO, « *La reforma del salario* », *TS*, 1994, n° 43, p. 32. Antérieurement à la réforme de 1994, la pratique conventionnelle avait déjà établi des mécanismes similaires (M^e.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1995, p. 25 et T. GÓMEZ ÁLVAREZ, loc. cit., p. 903). Quant à la jurisprudence, celle-ci avait déjà prononcé la validité d'un tel mécanisme (STS 24 sept. 1990, Ar/7045).

³ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2010, p. 187; J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 343.

évidemment, de moindre quantité que celui fixé dans l'unité de négociation supérieure à l'entreprise »¹.

D'un autre côté, devaient être distingués les accords de modifications substantielles des conditions de travail établies dans les conventions statutaires. Antérieurement à la réforme de 2012, ces accords étaient évoqués à l'article 41 ET, relatif à la modification substantielle de conditions de travail². Ces accords ouvraient, au niveau de l'entreprise, la possibilité d'« *altérer, c'est à dire affecter, les clauses prévues dans d'autres conventions en vigueur [...]* »³.

Un premier rapprochement formel s'est effectué lors de la réforme de 2010. Force est cependant de constater que c'est la réforme de 2012 qui, regroupant ces deux modalités d'accords à l'article 82.3 ET, les dote du même régime juridique⁴. Nous aborderons donc l'analyse du droit positif qui envisage de manière globale les accords de décrochage, tout en apportant certains éléments de la législation antérieure afin de prendre la mesure de la portée des différentes réformes.

Leur élaboration peut être abordée au travers de trois aspects : l'existence préalable d'une cause justificative ; les sujets pouvant les négocier et les conclure ; les matières traitées et la procédure. Il conviendra enfin de s'attacher à l'hypothèse dans laquelle le processus n'aboutit pas à un accord et aux conséquences qui en découlent.

L'ensemble de ces questions nous conduira alors à souligner que la dernière réforme de 2012 rompt tous les schémas traditionnels du droit espagnol.

¹ A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 323. La notion de salaire est largement entendue et englobe tous les concepts salariaux, de base et les compléments (art. 26 ET ; J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2010, p. 192).

² A. BLASCO PELLICER, « Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo », *RL*, 1995, n° 12, p. 25 ; J. RIVERO LAMAS, « Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET », in *La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Coord. L.E. DE LA VILLA GIL, Madrid, AEDTSS-Marcial Pons, 1995, p. 261 ; A. PEDRAJAS MORENO, « Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo », in *La reforma del mercado laboral de 1994*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 376.

³ A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit., 1995, p. 24. La doctrine parle alors d'accords dispositifs (A. MERINO SEGOVIA, op. cit., 2001, p. 121), d'accords de modification ou modificatifs (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 245) ou d'accords d'inapplication (J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1998, p. 394).

⁴ J. CRUZ VILLALÓN, « El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012 », *RDS*, 2012, n° 57, p. 231.

1. L'exigence de causalité malmenée

754. L'exigence d'une cause justificative présente un double intérêt. Sur le plan juridique, elle permet de justifier que l'efficacité normative et générale de la convention collective statutaire soit affectée¹. Sur le plan social, elle permet d'éviter que l'inapplication des dispositions conventionnelles se transforme en pratiques de dumping social convertissant les décrochages en instrument de diminution des coûts salariaux en vue d'augmenter la compétitivité de l'entreprise et, *in fine*, ses bénéficiaires. La réalité d'une telle cause est donc un aspect fondamental de ces accords².

Afin d'aborder cette question, nous nous attacherons tout d'abord au cadre légal antérieur à la réforme de 2012 avant d'envisager le contenu de cette dernière et de procéder à son évaluation. Il sera également intéressant de comparer la portée de l'exigence de cause des accords de décrochage avec celle des accords de réorganisation productive.

755. Antérieurement à la réforme de 2012, les règles encadrant les accords de décrochage salarial et les accords de modification de la convention collective, envisageaient de manière distincte l'existence de causalité. Les réformes de 2010 et 2011 ont de plus, apporté certaines modifications.

En ce qui concerne le décrochage salarial, l'article 82.3 ET prévoyait initialement dans la réforme de 1994 que celui-ci peut avoir lieu si le maintien du régime salarial conventionnel peut entraîner des dommages à la stabilité économique de l'entreprise³. Le Professeur BAYLOS souligna le caractère « *ambigu et vaporeux* » de cette formule qui devrait être appréciée restrictivement de telle manière que « *le dommage à la stabilité économique doit être réel et concret et doit se matérialiser par des faits déterminés qui pourront être documentés et qui entraînent une situation de réelle difficulté économique* »⁴. Cette considération a trouvé écho dans certains arrêts

¹ C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1995, p. 551.

² Pour les accords subsidiaires, il est possible de considérer que la cause justifiant sa conclusion est l'absence de dispositions conventionnelles.

³ Le décrochage peut avoir lieu dans les entreprises « *dont la stabilité économique pourrait se voir lésée comme conséquence* » de l'application du régime salarial conventionnel.

⁴ A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 329. Voir également W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 59.

Antérieurement à la réforme de 1994, l'Accord Cadre Inter-confédéral de 1980 prévoyait que les difficultés économiques étaient attestées lorsque, dans les deux exercices antérieurs, l'entreprise présentait des pertes ou un déficit. Pour approfondir sur la pratique conventionnelle, voir T. GÓMEZ ÁLVAREZ, loc. cit., p. 887.

même si la jurisprudence se caractérise fondamentalement par un manque d'homogénéité et par l'absence de critères objectifs qui ont pu conduire à des appréciations pour le moins extensibles de l'existence de causes¹. Nous verrons plus loin que la convention sectorielle pouvait contribuer à clarifier cette exigence de causalité.

La rédaction de l'article 82.3 ET issue de la réforme de 2010 prévoit que le décrochage salarial est possible « *quand la situation et les perspectives économiques pourraient se voir lésées affectant les possibilités de maintien d'emploi* ». L'existence de cause se voit considérablement modifiée dans un double sens. D'une part, l'opportunité de mettre en œuvre un décrochage salarial doit être directement liée au maintien de l'emploi². D'autre part, les dommages liés au maintien du régime salarial conventionnel n'ont plus à affecter directement la situation de l'entreprise dans le présent mais peuvent être projetés dans le futur³. Il ressort toutefois que cette nouvelle rédaction suppose un certain relâchement par rapport à la rédaction antérieure dans laquelle il ne s'agissait pas d'une question de maintien de l'emploi mais directement de « *stabilité économique* »⁴.

La perspective comparative qui est la nôtre nous conduit alors à souligner le parallélisme de l'accord de décrochage salarial dans l'entreprise avec l'accord dérogatoire donnant-donnant en matière d'emploi, selon la terminologie française. Quand bien même l'existence d'une voie alternative au licenciement était « *nécessaire* »⁵, les dangers et l'inconsistance du thème de l'emploi déjà évoqués en droit français, nous conduisent à un grand scepticisme sur l'opportunité de lier de manière automatique les diminutions salariales brutes, autrement dit sans diminution parallèle du temps de travail, avec le maintien de l'emploi.

La réforme de 2011 est venue ajouter que le décrochage est également possible « *quand l'entreprise aura une diminution persistante de son niveau de recettes* ». Cet

¹ F. ELORZA GUERRERO, loc. cit., p. 671.

² J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit. 2010, p. 174.

³ De manière générale, cette formulation a été critiquée par la doctrine en raison des difficultés en matière de preuve (A. BAYLOS GRAU, « Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio », in *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Coord. A. BAYLOS GRAU, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 235). Il convient toutefois de considérer que ces menaces doivent avoir un fondement réel et ne peuvent être qu'hypothétiques. (C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 137).

⁴ Dans ce sens, un auteur affirme que « *l'entreprise doit avoir une situation économique négative qui peut être aggravée si l'application du salaire de la convention sectorielle continue mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit dans une situation irréversible qui met en risque sa viabilité ou stabilité sur le marché* » (J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 358).

⁵ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 360

ajout vise sans nul doute à élargir une nouvelle fois l'admission de causes justificatives¹.

756. En ce qui concerne les accords modificatifs de conventions statutaires, la cause justificative était, jusqu'à la réforme de 2012, celle prévue à l'article 41.1 ET relatif aux modifications substantielles des conditions de travail. Dans ce cadre, en vertu d'une interprétation par analogie, la modification des conditions de travail prévues dans une convention statutaire s'effectuait pour des « *raisons économiques, techniques, d'organisation et de production* » et devait « *contribuer à améliorer la situation de l'entreprise au travers d'une organisation plus adéquate des ressources qui favorisera sa position compétitive dans le marché ou une meilleure réponse aux exigences de la demande* ». Incontestablement, il s'agissait d'une rédaction suffisamment flexible pour faciliter l'accomplissement de l'exigence de causalité².

La réforme de 2010 renforce cette sensation et adopte une vision préventive³ en vertu de laquelle la modification peut également être justifiée si elle contribue « *à prévenir une évolution négative de l'entreprise ou à améliorer sa situation ou ses perspectives [...]* »⁴.

757. A partir des réformes de 2012, les causes permettant la mise en œuvre du décrochage sont désormais, prévues à l'article 82.3 ET⁵.

¹ Un auteur observe que cet ajout n'apporte rien à l'état du droit, considérant que cette hypothèse était déjà comprise dans la formulation générique prévue dans la législation antérieure (T. SALA FRANCO, loc. cit., 2011, p. 2111).

Une autre modification a été réalisée. Désormais le décrochage est possible « *quand la situation et les perspectives économiques pourraient se voir affectées négativement* » au lieu de « *lésées* ».

² S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 173.

³ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 173.

⁴ La formule adoptée en matière de modifications substantielles est identique à celle en matière de licenciements économiques à l'exception de la référence aux « *perspectives* » (art. 51 et 52 ET). Il s'agit pourtant de deux mécanismes dont les objectifs et les conséquences sont fort éloignés (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 364). Notons dans ce sens que la doctrine s'est montrée critique face à la formulation de l'exigence de causes en matière de licenciements collectifs (voir B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, « Las causas des despido por razones empresariales », in *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Madrid, Reus, 2011, p. 159; S. DEL REY GUANTER, « Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales », *Diario La Ley*, 14 oct. 2010, n° 7488, p. 17).

⁵ Un courant doctrinal affirme que cette réforme poursuit le chemin tracé par l'AENC-12 et conduit à « *durcir les conditions qui doivent être réunies* » pour mettre en route le décrochage (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 363). Nous adhérons cependant à une autre position doctrinale selon laquelle le durcissement « *est plus formel que réel* » (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 110). Dans ce sens, il importe de noter que cette formulation est une reprise de forme littérale de la formulation de l'article 51 ET qui régit les causes des licenciements collectifs et qui a été fortement critiquée par la doctrine (voir bibliographie citée, note supra, n° 745).

L'idée selon laquelle la mise en œuvre du décrochage est possible quand sont réunies « *des causes économiques, techniques, d'organisation ou de production* » constitue une nouveauté importante et une conséquence directe de la fusion du décrochage salarial et de l'accord de modification substantielle de conditions de travail issues d'une convention statutaire. En effet, antérieurement à la réforme de 2012, le décrochage salarial ne pouvait se réaliser qu'en raison de causes économiques¹.

L'article établit alors une définition de ces différentes causes et propose un cadre dans lequel elles peuvent être considérées comme réunies.

La cause économique est réunie lorsqu'« *il ressort des résultats de l'entreprise une situation économique négative* », « *comme l'existence de pertes actuelles ou prévues, ou la diminution persistante du niveau de ses recettes et de ses ventes* »². L'article 82.3 ET prévoit également que, « *dans tous les cas* », la diminution sera considérée comme persistante « *si elle se produit durant deux trimestres consécutifs* »³. Il s'agit ici d'un critère purement arithmétique qui est par conséquent dénué de toute prise en compte subjective et du contexte dans lequel s'effectue l'appréciation⁴.

La cause technique peut être avancée lorsque « *se produiront des changements, notamment, dans le cadre des moyens et instruments de production* », la cause d'organisation lorsque « *se produiront des changements, notamment dans le cadre des systèmes et méthodes de travail du personnel ou dans le mode d'organiser la production* » et enfin, la cause de production lorsque « *se produiront des changements, notamment dans la demande des produits ou services que l'entreprise prétend mettre sur le marché* ».

758. La neutralisation de l'exigence de cause qui s'avère sans nul doute peu contraignante, se trouve par ailleurs renforcée par une présomption d'existence de cause une fois l'accord conclu. Cette présomption introduite par la loi 35/2010 a, logiquement et en cohérence avec la politique légale, été maintenue par les réformes de 2011 et 2012. Elle s'applique aux accords de décrochage et aux accords de réorganisation productive et implique qu'une fois conclu, l'accord ne peut être contesté au motif de l'absence de

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 399.

² La réforme de 2012 garde la rédaction légale antérieure relative au décrochage salarial tout en procédant *in fine* à l'introduction de la diminution du niveau de ses ventes.

³ Apparaît ici l'unique variation par rapport aux causes encadrant les licenciements collectifs. En effet, l'article 51 ET prévoit que la durée de la diminution doit être de trois trimestres consécutifs.

⁴ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 34.

cause. Indépendamment de la cause, l'accord ne pourra être contesté que si est établie l'existence « *de fraude, dol, contrainte ou abus de droit lors de sa conclusion* »¹.

Incontestablement cette présomption évite les litiges et assure une sécurité juridique importante aux accords évitant les problématiques entourant l'appréciation subjective de difficultés économiques. La doctrine se montre toutefois divisée sur le caractère absolu ou relatif de cette présomption. Peut-elle conduire à la conclusion d'un accord en l'absence réelle et constatée de cause ? Antérieurement à la réforme, les juges avaient pu, en présence d'un accord, exclure la vérification de l'existence de causes² ou au contraire, constater que l'existence de causes « *n'a pas été prouvée, ni même invoquée et n'apparaît nulle part qu'existeraient des causes économiques, techniques, d'organisation ou de production, et à plus forte raison un lien entre ces raisons et la modification commentée* »³. Si antérieurement, l'existence faisait l'objet en première instance de l'appréciation des négociateurs et en deuxième instance du contrôle des juges, cette présomption réduit fortement la marge d'action de ces derniers⁴. Dans tous les cas, alors qu'un courant doctrinal estime que « *la cause est ici inopérante et considérée comme réunie* »⁵, ce qui conduit à affirmer que la loi établit une présomption absolue, d'autres auteurs considèrent qu'il ne peut s'agir que d'une présomption relative⁶, d'un renversement de la charge de la preuve⁷. Cette dernière position semble plus conforme au droit.

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2010, p. 185; J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 372.

Pour un auteur, peut par exemple être constitutif de fraude, le recours à ce décrochage comme pratique de dumping social ; de dol, la falsification des documents relatifs aux conditions de travail en vue de faire croire en leur dégradation ; de contrainte, la pression morale exercée évoquant les préjudices en cas de désaccord ; d'abus de droit, le refus de fournir des documents ou de faciliter l'intervention de conseillers pour les représentants des travailleurs (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 362).

² STS 11 mai 2004, Ar/5157.

³ STS 11 juill. 2006, Ar/8760.

⁴ M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 178. Antérieurement à cette présomption, la doctrine avait affirmé que l'exigence de causalité « *introduit un élément extraordinaire de contrôle judiciaire de l'acte de négociation* » (T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 1995, p. 1400).

⁵ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2010, p. 372. Dès lors, le nouvel article 82.3 ET établit en définitive une présomption légale d'existence de la cause qui ne pourra être remise en cause que si la mesure présente un caractère discriminatoire ou arbitraire (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 400). Un auteur affirme que « *l'accord pourra uniquement de manière très limitative être contesté pour des causes restrictives et extrêmes qui ne permettront pas l'évaluation de l'opportunité ou de la convenance du décrochage du point de vue de l'entreprise* » (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 108).

⁶ A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2011, p. 239; du même auteur « Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010 », *Diario La Ley*, 14 de octubre 2010, n° 7488, p. 26 pour qui, au regard de l'article 24 CE qui garantit la tutelle judiciaire et de l'importance de l'exigence de causalité en la matière, la présomption absolue doit être écartée.

⁷ Une fois l'accord conclu, il ne s'agit pas pour l'employeur d'apporter les justifications à ce décrochage mais pour la partie salariale de démontrer l'absence de cause. L'accord qui ne peut se fonder sur l'existence de causes doit être considéré comme frauduleux ou abusif et ainsi être susceptible de

759. Nous avons abordé jusqu'ici l'exigence de cause comme préalable à l'accord de décrochage. Il importe alors de s'attacher au lien entre l'existence de cause et l'application temporaire de l'accord de décrochage. En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'exigence de cause peut s'apprécier a posteriori et être ainsi exigible durant l'application de l'accord ? Nous considérons que la disparition de difficultés économiques doit permettre de faire cesser le décrochage et que la durée de l'accord doit être liée à la réalité de la cause justifiant sa mise en œuvre¹. Force est cependant de constater que le dispositif légal ne s'est attaché que de manière ponctuelle à cette question et que le nouvel article 82.3 ET issu de la réforme de 2012 ne prête aucune attention à cette question qui est pourtant dotée d'une importance logico-juridique et pratique indéniable.

760. S'il est possible de considérer que l'exigence de cause ne constitue pas un obstacle insurmontable pour l'employeur afin d'obtenir la mise à l'écart des dispositions conventionnelles, force est alors de constater que la volonté législative d'élargir le cadre d'admission de l'exigence de causalité, trouve son paroxysme dans le nouvel article 41 ET relatif aux modifications substantielles des conditions de travail². Désormais les raisons économiques, techniques, d'organisation ou de production qui justifient la modification substantielle des conditions de travail dans le respect des conventions collectives, sont établies dès lors que la mesure est connectée à « *la compétitivité, la productivité ou à l'organisation technique ou du travail dans l'entreprise* »³. Cette nouvelle rédaction, désormais déconnectée de celles relatives au décrochage ou aux licenciements économiques⁴, élimine certes l'appréciation de la situation de l'entreprise dans le futur et le caractère finaliste de la mesure, dont la preuve s'avère difficile⁵. Néanmoins, elle conduit les juges à limiter leur contrôle à la vérification d'un lien entre la modification et la compétitivité, la productivité ou à l'organisation du travail de

contestation devant le juge (C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 137 ; M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 179 ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 14).

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2010, p. 207 ; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 277.

² Pour une analyse de la jurisprudence antérieure à la réforme, voir J.M^a. GOERLICH PESET, « El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo », AS, 2007, n° 13.

³ L'article 40.1 ET en matière de mobilité géographique rajoute que celle-ci doit être connectée « *aux embauches qui se réfèrent à l'activité de l'entreprise* ».

⁴ C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 237.

⁵ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2012, p. 235.

l'entreprise. Incontestablement, l'exigence de causalité perd de sa pertinence et de sa portée¹. En effet, quelle mesure de l'employeur n'est pas connectée à la compétitivité, à la productivité ou à l'organisation du travail dans l'entreprise ? Le contrôle des juges se voit donc sur ce point totalement neutralisé.

Il ressort de ces développements que, quand bien même les exigences de causes varient selon qu'il s'agit de l'article 41 ET ou de l'article 82.3 ET, « *elles obéissent à une inspiration commune qui suppose une définition caractérisée par sa flexibilité en minimisant leur portée et leur vigueur, ce qui permet également de renforcer les pouvoirs de l'employeur* »².

2. Les exigences de légitimation

761. Les exigences de légitimation, comme pour les conventions collectives statutaires, peuvent être abordées en distinguant les parties pouvant négocier et les conditions de conclusion des accords. Néanmoins, la réforme légale de 2010 conduit à adopter un autre angle d'approche qui permet de mettre en exergue une nouveauté radicale, la légitimation de négociateurs subsidiaires intervenant à défaut de représentation unitaire et par conséquent de représentations syndicales légitimes³.

Dès lors, nous aborderons tout d'abord la règle de principe qui guidait jusqu'alors le dispositif légal, selon laquelle les accords de décrochages doivent être négociés et conclus par les représentants légaux des salariés dans des conditions similaires à celle de la négociation d'une convention statutaire. Par la suite, il conviendra de s'attacher à l'exception qui permet à des négociateurs subsidiaires de négocier dans les entreprises dépourvues de représentation unitaire.

¹ Pour un auteur, ces « *causes sont vagues et indéfinies mais d'une indubitable amplitude* » (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2012, p. 234). Il demeure dans tous les cas regrettable que cette cause « *formulée en termes plus génériques* » ne comporte aucune référence « *d'adéquation et de proportionnalité* » (C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 233, 237). Un auteur se montre ainsi en faveur d'une appréciation de la cause qui dépasse l'interprétation littérale pour adopter une interprétation systématique et téléologique incluant les principes de proportionnalité et de causalité qui impliquent la nécessaire connexion entre la cause justificative, la mesure proposée et ses effets sur l'entreprise (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 400). Très critique sur cette formulation, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 33.

² R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 31, qui parle « *d'insupportable légèreté des causes* ».

³ Antérieurement à la réforme de 2011, la légitimation s'apprécie uniquement par rapport aux élections professionnelles qui se sont déroulées dans l'entreprise (voir supra, n° 269).

a) L'assimilation des exigences de légitimation aux conventions statutaires comme règle de principe

762. La représentation du chef d'entreprise ne pose pas de difficultés majeures¹. Il est toutefois intéressant de souligner la formulation légale de l'article 82.3 qui parle, du côté patronal, de l'entreprise et non pas de l'employeur ou du chef d'entreprise². Cette assimilation est dangereuse car elle tend à confondre l'entreprise et l'employeur et plus loin de confondre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt de l'employeur. Il reste dans tous les cas difficile de concevoir l'entreprise comme partie à un accord.

763. La détermination de la partie salariale aux accords d'entreprise pose en revanche plus de difficultés. Une première observation initiale consécutive à la réforme de 1994 conduit à souligner que la détermination des parties constitue l'unique variable prise en compte par le dispositif légal. Néanmoins, les formulations sont larges et variables. En effet, lorsque l'accord se rapporte directement à la figure conventionnelle (accord de décrochage salarial et accords subsidiaires), la loi se réfère « *aux représentants des travailleurs* »³. Lorsqu'il s'agit d'accords de réorganisation productive, la loi évoque simplement un accord sans préciser les parties concernées. Conformément à l'unanimité de la doctrine, il convient d'admettre que les accords de réorganisation productive peuvent être conclus, de la même manière que les autres accords, par les représentants des travailleurs⁴.

Reste toutefois à définir le sens de l'expression de « *représentants des travailleurs* ». L'ensemble de la doctrine a alors admis que cette expression renvoie, par analogie, aux représentants de l'article 87.1 ET, c'est-à-dire aux représentants unitaires et aux sections syndicales de l'entreprise⁵. Nous reviendrons plus loin sur les arguments décisifs permettant d'aboutir à cette conclusion⁶. Contentons-nous ici de souligner que la nouvelle rédaction de l'article 82.3 ET relatif au décrochage salarial, issue de la

¹ Article 1.2 ET relatif au concept de chef d'entreprise et art. 20.1 ET sur les modalités de délégation.

² L'article 31 ET évoque quant à lui « *l'employeur* ».

³ Notons toutefois que l'article 31 ET relatif aux gratifications extraordinaires évoque « *les représentants légaux des travailleurs* ». Cette expression était celle utilisée par l'ET-80 pour les accords de réorganisation productive (sur les controverses doctrinales relatives à l'inclusion ou non des représentants syndicaux, voir F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 205 ; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 150).

⁴ L'article 41.4 ET énonce par ailleurs que la consultation doit avoir lieu avec les « *représentants légaux des travailleurs* ».

⁵ T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 239; M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1995, p. 29 et A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 1994, p. 332; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 183 s.

⁶ Voir infra, n° 783.

réforme de 2010, met fin à toute discussion et renvoie de manière explicite aux règles générales de légitimation de l'article 87.1 ET¹. A la suite de la réforme de 2012, l'article 82.3 ET évoque « *les représentants des travailleurs ayant légitimation pour négocier une convention collective conformément à ce que prévoit l'article 87.1* » et l'article 41.4 ET se réfère aux « *représentants légaux des travailleurs* » et, spécialement aux sections syndicales « *dès lors qu'elles comptent sur la majorité des membres du comité d'entreprise ou entre les délégués du personnel* ».

Par ailleurs, de manière parallèle aux règles relatives aux conventions statutaires d'entreprise², la réforme de 2011 a établi une préférence pour les sections syndicales au détriment des représentants unitaires pour négocier les accords de décrochages et participer aux procédures de consultation des accords de réorganisation productive³. Cette priorité appelle toutefois une manifestation de volonté des sections syndicales en ce sens et ne remet pas en cause le double canal de représentation⁴. Elle permet dans tous les cas de remédier à la faculté de l'employeur, possible dans le cadre légal antérieur, de choisir la représentation salariale à laquelle il soumettra sa proposition de décrochage ou de modification substantielle⁵. Désormais, si les sections syndicales prétendent intervenir comme interlocuteurs, l'employeur devra s'y conformer.

¹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2010, p. 166.

Au niveau catégoriel, la doctrine se montre majoritairement favorable tout en montrant certaines inquiétudes relatives à la détermination des représentants des travailleurs et aux matières pouvant être abordées (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 133; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 216; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 259 s.). La nouvelle rédaction de l'article 82.3 ET qui renvoie à la légitimation de l'article 87.1 ET peut dissiper ces doutes (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 18). En ce qui concerne le groupe d'entreprise, la consécration légale de ce niveau en 2011 (voir supra, n° 161) conduit en revanche, dans le silence de la loi qui ne se réfère qu'à l'entreprise, à écarter l'hypothèse de décrochage à ce niveau. Force est par ailleurs de constater qu'il s'agirait vraisemblablement de décrochages de plusieurs conventions collectives.

² Voir supra, n° 215.

³ M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 187.

Pour les accords de décrochage, l'article 82.3 ET renvoie la détermination des négociateurs aux règles de l'article 87.1 ET qui établit cette préférence légale pour les sections syndicales.

Pour les accords de réorganisation productive, sans préjudice d'une légère variation pour les accords de l'article 51 ET qui parle « *de représentation majoritaire* » dans ces organes et non de « *majorité* », on retrouve une même formulation aux articles 40.2, 41.4 et 6 et 51.2 ET : « *L'intervention comme interlocuteurs devant la direction de l'entreprise dans la procédure de consultation, correspondra aux sections syndicales quand celles-ci en décideront dans ce sens, dès lors qu'elles compteront sur la majorité des membres du comité d'entreprise ou entre les délégués du personnel* ».

⁴ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, « El « favor » por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva », in *La reforma de la negociación colectiva, Real Decreto-Ley 7/2011 de 10 de junio*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 195.

⁵ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 151.

764. En ce qui concerne les conditions de conclusion des accords de décrochage, force est de constater que l'exigence majoritaire guide le dispositif. Lorsque négocie la représentation unitaire, l'application du principe majoritaire est une conséquence naturelle de la nature collégiale du comité et des modalités d'adoption des décisions en son sein¹. Lorsque négocient les sections syndicales, aucune réponse ne peut dériver de leur mode de fonctionnement. Le dispositif légal fait toutefois une référence explicite à l'exigence majoritaire lorsqu'il s'agit de conclure un accord de réorganisation productive². Dans ce cadre, plusieurs auteurs ont affirmé que, dans le silence légal lorsqu'il s'agit d'accords subsidiaires ou de décrochage, il est possible d'appliquer par analogie les règles prévues pour les accords de réorganisation productive³. En droit positif, l'article 41.4 ET prévoit que l'accord éventuellement conclu requiert « *la conformité de la majorité des membres du comité ou des comités d'entreprise, des délégués du personnel le cas échéant, ou des représentations syndicales, si elles existent qui, ensemble, représentent la majorité de ces derniers* ». L'article 82.3 ET ne fait pas de référence explicite à l'exigence majoritaire. Néanmoins le renvoi à l'article 87.1 ET mais surtout le renvoi à l'article 41.4 ET permettent d'affirmer que l'exigence majoritaire doit être respectée⁴. Depuis une perspective systémique, cette exigence est expressément prévue pour les accords de réorganisation productive et pour les conventions collectives statutaires et irrigue le fonctionnement de la représentation unitaire⁵.

¹ Art. 63.1 ET. Pour approfondir, voir supra.

² Aux termes des articles 40.2, 41.4 et 51.4 ET, l'accord « *requerra la conformité de la majorité des membres du comité ou des comités d'entreprise, des délégués du personnel le cas échéant, ou des représentations syndicales si elles existent, qui représentent dans leur ensemble la majorité* » des membres de la représentation unitaire.

³ T. SALA FRANCO, C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS, op. cit., 1996, p. 20; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1994, p. 53; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 133; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 246).

⁴ Précisons que contrairement à l'adoption d'une convention statutaire, l'exigence majoritaire n'est pas ici appréciée par rapport aux membres de l'éventuelle commission de la négociation (voir supra, n° 267), mais par rapport à l'ensemble des représentants pouvant participer à la négociation, « *autrement dit par rapport à l'audience électorale dans le cadre considéré* » (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 156). Il s'agit donc d'une exigence de majorité renforcée.

⁵ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 334.

b) Le recours à des négociateurs subsidiaires en cas d'absence de représentation unitaire: constitutionnalité et opportunité du mécanisme?

765. L'intervention des représentants unitaires ou des sections syndicales majoritaires conduit à l'impossibilité de conclure un accord de décrochage salarial ou de réorganisation productive dans les entreprises dépourvues d'organe de représentation unitaire. Ce constat s'impose par une interprétation littérale des préceptes légaux et se trouve renforcé par le caractère nécessairement collectif de ces accords¹. Un courant doctrinal avait néanmoins proposé plusieurs alternatives dont la viabilité et la légalité pouvaient toutefois être mises en doute en raison du cadre légal en vigueur².

Au regard de l'impact de la crise économique, du tissu productif espagnol³ et de l'importante insécurité juridique consécutive aux possibles recours à l'autonomie individuelle en masse ou aux accords conclus directement par des salariés⁴, la loi 35/2010 bouleverse la logique légale jusqu'alors opérante et prévoit l'intervention d'une commission ad hoc⁵, formée dans tous les cas « *d'un maximum de trois membres* »⁶, qui permet de contourner l'absence de représentation unitaire et de conclure un accord de décrochage ou un accord de réorganisation productive⁷. La constitution de la

¹ J.M^a GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 333; J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 364.

² Conformément au droit antérieur, un auteur évoque notamment l'acceptation unanime des salariés affectés (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, loc. cit., 1995, p. 245). Il est également évoqué la désignation de représentants *ad hoc* (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 152) ou de représentants syndicaux en assemblée de manière comparable à la négociation catégorielle (M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 209).

³ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 350.

⁴ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 171.

⁵ Cette commission disparaît à l'issue des négociations relatives à la mesure proposée (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2010, p. 189). Plusieurs auteurs estiment qu'il serait toutefois logique d'admettre que les salariés puissent donner mandat à cette commission pour se maintenir afin d'encadrer l'application et l'interprétation de l'accord (S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 173 ; M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 192).

⁶ Nous considérons que la composition de la commission par un seul membre rompt sa nature collégiale et collective. Le Professeur RAMÍREZ souligne que si le terme de commission implique nécessairement un ensemble de personnes, il ressort toutefois de la loi qu'il n'est pas impossible que la commission ne soit composée que d'un seul membre (loc. cit. 2012, p. 11).

⁷ Cette commission est également applicable en matière de mobilité géographique (art. 40.2 ET) et en matière de suspension contractuelle et de licenciements collectifs (art. 47 et 51 ET). Elle ne peut toutefois intervenir pour les accords subsidiaires dont la négociation demeure marquée par son caractère informel. Notons également que cette commission ne peut être constituée pour la négociation de conventions collectives d'entreprise qui demeure impossible en cas d'absence de représentation unitaire (voir supra, n° n° 269).

Le recours à une commission *ad hoc* pour compenser l'absence de représentants unitaires était déjà prévue au niveau réglementaire en matière de licenciements collectifs (P. NIETO ROJAS, « Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 62; S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *Diario La Ley*, 2010, p. 17; art. 4 RD 43/1996 du 19 janv et RD 801/2011 du 10 juin relatifs au règlement des procédures de régulation d'emploi et d'intervention administrative en matière de mutations

commission doit se réaliser dans un délai de 5 jours à partir du début de la phase de consultation qui court à partir de la transmission de la proposition de l'employeur.

A la suite de la réforme de 2012, les règles encadrant cette commission sont prévues à l'article 41.4 ET auquel l'article 82.3 ET fait un renvoi exprès. Force est alors de constater que l'article 41.4 ET contemple en réalité, deux modalités de commission : ou bien, les membres de la commission sont « *désignés, selon leur représentativité, par les syndicats plus représentatifs du secteur auquel appartient l'entreprise et qui seraient légitimes pour faire partie de la commission de négociation de sa convention collective* », ou bien, elle est « *composée par les travailleurs de l'entreprise élus démocratiquement par ces derniers* ».

Le choix de l'une ou l'autre modalité de commission revient aux salariés de l'entreprise. Si ces derniers optent pour la commission syndicalisée, l'employeur peut alors décider de se faire représenter par les associations d'employeurs également légitimes dans le secteur¹. La loi demeure néanmoins extrêmement passive quant aux conditions et exigences devant entourer le choix des salariés. L'exigence démocratique envisagée lors de l'élection des représentants directs des travailleurs, doit sans nul doute être transposée de manière préalable à la décision de recourir à une commission syndicalisée ou à une commission directement formée par des travailleurs élus. Cette exigence implique que la procédure de choix et d'élection doit, malgré son caractère informel, remplir certaines exigences telles que la participation de tous les travailleurs, le vote secret et le principe majoritaire². Il demeure dans tous les cas regrettable que la loi n'ait pas porté plus d'attention à cette procédure de choix et d'élection qui constitue sans nul doute un argument décisif pour justifier l'intervention de ces commissions³.

Abordons plus en détail ces commissions.

collectives). Un secteur de la doctrine propose de s'inspirer de cette expérience (M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 192).

¹ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 172; P. NIETO ROJAS, loc. cit., p. 72.

Notons ici que l'AENC-12 donnait priorité à la commission syndicale sauf si les salariés décidaient de recourir à la commission directe. L'absence de prise en compte de la volonté des interlocuteurs sociaux est flagrante (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 19).

² L'article 80 ET relatif au droit de réunion peut ainsi être largement transposé (F. GONZÁLEZ DE LENA, loc. cit., p. 307). Toutes les dispositions relatives au droit de réunion prévues aux articles 77, 78 et 79 ET ne peuvent cependant pas être appliquées, attribuant notamment un rôle important aux représentants unitaires (P. NIETO ROJAS, loc. cit., p. 68). Plus loin, le Professeur RAMÍREZ estime toutefois que l'application de l'article 80 ET n'est pas exigible en l'absence de renvoi et que par conséquent la possibilité du vote par courrier et l'exigence du vote secret ne sont pas ici applicables (loc. cit., 2012, p. 9).

³ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 367.

766. La commission syndicalisée n'a pas à être nécessairement formée de travailleurs de l'entreprise en raison de l'absence de clarification légale. Elle peut néanmoins se prévaloir d'une double légitimité : la décision des salariés¹ et le caractère représentatif des syndicats pouvant en désigner les membres. La création de cette commission présente incontestablement l'intérêt de favoriser l'introduction des syndicats dans les PME². Cette immersion des syndicats dans les PME permet alors tout à la fois d'améliorer la protection des salariés sur le court et le moyen terme³ et de donner un instrument supplémentaire pour renforcer le lien entre les structures syndicales et l'ensemble des travailleurs. Néanmoins, le seuil de trois membres de la commission peut s'avérer problématique. Qu'en est-il, si dans un secteur déterminé, plus de trois syndicats sont considérés représentatifs ? Ce chiffre s'avère ici arbitraire considérant qu'il peut conduire à l'exclusion de syndicats pourtant légitimes de négocier en vertu des articles 87.1 ET et 6 et LOLS⁴.

767. La commission dite directe, composée par les travailleurs de l'entreprise démocratiquement élus, « *supplée de manière conjoncturelle, l'absence d'élections syndicales et attribue légitimité à une représentation ad hoc pour altérer les conditions économiques de la convention sectorielle* »⁵. Elle renforce sans nul doute la démocratie directe dans l'entreprise et permettrait la conclusion d'un accord de nature collective⁶. La définition large de « *représentants des travailleurs* » dans l'article 37.1 CE permet

¹ Qui reste cependant limitée, ne jouant pas sur la désignation des membres ni sur leur possible révocation (pour une opinion critique sur ces limitations, S. GONZÁLEZ ORTEGA, « El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación », in *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 152).

² J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 368.

³ L'intervention syndicale est une bonne chose durant les négociations, permettant une aide technique et juridique. Elle permet de plus, à moyen terme, de structurer une représentation syndicale permanente dans l'entreprise qui s'avère être, paradoxalement, la conséquence de la volonté de l'employeur de s'écarter des dispositions conventionnelles.

⁴ En raison de l'incontournable application du principe de proportionnalité, le Professeur RAMÍREZ souligne que deux syndicats qui comptent chacun sur une représentativité comprise entre 15 et 20% pourraient désigner dans tous les cas au moins un membre de la commission (loc. cit., 2012, p. 10).

⁵ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 365 pour qui les exigences légales et les garanties démocratiques conduisent à envisager ces accords comme une nouvelle manifestation légale du droit à la négociation collective reconnu aux « représentants des travailleurs » de l'article 37.1 CE.

⁶ Dans ce sens, il a été considéré que « *l'inapplication ne procède pas de la somme d'accords individuels mais d'un acte issu de ce sujet collectif (la commission) de configuration légale* » (J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2007, p. 366 ; J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2010, p. 187 ; P. NIETO ROJAS, loc. cit., p. 76). La prévision légale de cette commission directe transformerait ainsi des négociateurs atypiques en négociateurs typiques (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2011, p. 151). Antérieurement, la doctrine avait souligné que l'intervention incontournable des représentants des travailleurs garantissait le caractère collectif de ces accords (M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 210).

également à une représentation qui n'est pas permanente d'exercer le droit à la négociation collective¹.

Cette commission pose toutefois trois inconvénients majeurs qui peuvent faire douter de sa constitutionnalité. En premier lieu, nul doute que les travailleurs individuels interviennent dans le processus de négociation lors du choix de la commission². Cette commission directe permettrait alors en réalité de légaliser le recours aux contrats individuels en masse qui affecte « *la force contraignante* » constitutionnellement reconnue aux conventions³. En deuxième lieu, aucune compétence, protection ou garantie n'est prévue pour les travailleurs élus ce qui permet de douter fortement de leur indépendance vis-à-vis de l'employeur⁴. Il s'agirait donc d'une négociation « *similaire* » à la négociation individuelle⁵ dans laquelle le pouvoir de l'employeur ressort sans nul doute renforcée⁶. En troisième lieu, la commission directe du droit espagnol ne fait intervenir en aucun moment une représentation syndicale et peut ainsi être utilisée comme une pratique antisyndicale⁷. La perspective comparée démontre que le droit français a maintenu l'intervention de la représentation unitaire sous contrôle syndical. La présence syndicale demeure également une constante en droit international et européen.

Au regard de ces considérations, l'intervention de la commission qui attribue un caractère collectif à l'accord et l'exigence démocratique ne peuvent selon nous masquer le déséquilibre inhérent à ce dispositif qui rejoint le déséquilibre caractéristique de la négociation individuelle. Quand bien même sa constitutionnalité pourrait être admise⁸, cette commission pose de sérieuses difficultés et demeure, du point de vue de son opportunité, critiquable⁹.

¹ Voir supra, n° 26.

² A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2010, p. 26.

³ C. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 135. Les salariés élus doivent être considérés comme les porte-parole des salariés de l'entreprise. A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2011, p. 238. La jurisprudence constitutionnelle a eu l'occasion de rappeler que le recours aux contrats en masse rentrait en contradiction avec l'article 37.1 CE (STC 105/1992 du 1er juill.), voir supra, n° 521.

⁴ N'oublions pas que la période de consultation est limitée à 15 jours, ce qui laisse peu de temps à ces salariés élus, pour prendre la mesure de la situation de l'entreprise et de l'ampleur des modifications ou du décrochage.

⁵ C. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 135. Contre, P. NIETO ROJAS, loc. cit., p. 77, qui propose de les assimiler aux représentants unitaires considérant leur fonction de représentation des travailleurs attribuée par la loi.

⁶ M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 195.

⁷ M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 195.

⁸ Sauf erreur de notre part, le TC n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question.

⁹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 27. Notons que la loi 35/2010 opère un changement par rapport au RDL 10/2010 qui ne prévoyait que le recours à la commission de caractère syndical (pour

En ce qui concerne l'adoption de l'accord, il ressort de l'article 41.4 ET que « *les accords de la commission requerront le vote favorable de la majorité de ses membres* »¹. L'application du principe majoritaire est cohérente et conforme à l'esprit du dispositif légal espagnol. Lorsque la commission est composée des salariés de l'entreprise, une exigence d'unanimité aurait toutefois permis de renforcer un accord qui peine à convaincre quant à sa légitimité.

3. Contenu et procédure

Après avoir abordé l'exigence de causalité et les sujets qui négocient et concluent les accords de décrochage, il convient à présent de s'attacher, d'une part, à leur contenu et, d'autre part, à la procédure encadrant leur élaboration.

a) Le contenu des accords de décrochage

768. Le contenu des accords de décrochage peut être abordé sous deux angles d'approche. D'une part, il peut être apprécié au travers des différentes matières concernées. Cet angle nous permettra alors de souligner que la loi n'a eu de cesse d'élargir les matières susceptibles de décrochage. D'autre part, il permet de dégager les fonctions des accords d'entreprise. Dans ce cadre, il apparaît indubitable que le contenu de ces accords est dirigé par la loi qui renforce leur fonction normative.

769. Sous l'empire du dispositif issu de la réforme de 1994, la matière salariale était expressément envisagée à l'article 82.3 ET. L'article 41.4 ET relatif aux accords modificatifs évoquait quant à lui une série de matières susceptibles de telles modifications : horaire, régime de travail en équipes rotatives, système de rémunération

une opinion favorable à cette modification, voir S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 172 ; S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., 2011, p. 153).

¹ C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 138 qui souligne que la composition de la commission de 3 membres est liée à cette exigence majoritaire afin d'éviter une situation de blocage lors de l'adoption de l'accord. Le Professeur RAMÍREZ estime quant à lui qu'une commission peut être composée de deux membres, obligeant par conséquent à l'application de l'unanimité. Il relève également que le décompte de la majorité en cas de représentation syndicale doit s'effectuer en vertu du principe de proportionnalité (loc. cit., 2012, p. 11).

et système de travail au rendement¹. Il est intéressant de noter que le temps de travail² et la mobilité fonctionnelle constituaient deux matières qui peuvent faire l'objet d'une modification substantielle de conditions de travail dès lors que celles-ci n'étaient pas issues d'une convention collective statutaire. La doctrine considéra que cette liste de matières est exhaustive et fermée³. Cependant une convention sectorielle statutaire peut l'ouvrir et inclure d'autres matières. Dans ce cadre, l'article 41 ET est impératif pour les employeurs et représentants de travailleurs au sein de l'entreprise et dispositif pour la négociation collective statutaire⁴.

La réforme de 2010 a procédé à un élargissement des matières⁵. D'une part, elle a rajouté à côté des modifications en matière d'horaire, celles relatives à la distribution du temps de travail⁶ et d'autre part, elle a inclus les modifications relatives à la mobilité fonctionnelle.

La portée de la réforme de 2012 s'avère quant à elle plus importante en raison fondamentalement de l'amplitude des matières énumérées à l'article 82.3 ET. Concrètement, cette réforme introduit le décrochage en matière de temps de travail et assure la continuité du dispositif antérieur relatif au décrochage salarial en évoquant le montant du salaire⁷. Sont désormais considérées comme susceptibles de décrochage les matières suivantes : a) Temps de travail ; b) Horaire et distribution du temps de travail ; c) Régime du travail en équipe rotative ; d) Système de rémunération et montant du salaire⁸ ; e) Système de travail et rendement ; f) Fonction, quand ne sont pas dépassées

¹ Pour une analyse de ces différences matières, voir W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 100 s.

² En espagnol, « *la jornada* ».

³ C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1400; pour la jurisprudence, STS 11 juill. 2006, Ar/8760.

⁴ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 116.

⁵ Jugé de manière positive par un courant de la doctrine (S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 174, 178).

⁶ A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2011, p. 234.

Nous avons évoqué le temps de travail, l'horaire et la distribution du temps de travail. Ces trois notions doivent être distinguées selon les critères suivants. Le temps de travail est déterminé par deux éléments : sa durée et sa distribution. Il s'agit de mesurer la durée de la prestation de service durant une période déterminée qui peut être quotidienne, mensuelle ou annuelle. La distribution du temps de travail permet d'envisager les congés-payés, les repos et non pas seulement le temps travaillé. L'horaire de travail se mesure, quant à lui, de forme quotidienne et prend en considération le nombre et la répartition des heures de travail (pour approfondir, S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 174 ; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 47 à 64 ; L. EZQUERRA ESCUDERO, *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Barcelona, Atelier, 2006 ; C.L. ALFONSO MELLADO y J. GARCÍA ORTEGA, *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

⁷ En espagnol, la « *cuantía salarial* ».

⁸ Sur la connexion entre les notions de système de rémunération et de montant du salaire, voir J.R. MERCADER UGUINA, *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

les limites prévues à l'article 39 de cette loi pour la mobilité fonctionnelle ; g) Améliorations volontaires de l'action protectrice de la Sécurité Sociale.

Il est alors intéressant d'observer l'alignement des matières susceptibles de décrochage avec celles prévues à l'article 41 ET. En effet, à l'exception des améliorations volontaires de l'action protectrice de la Sécurité Sociale, les accords de réorganisation productive et les accords de décrochage se rapportent aux mêmes matières¹. C'est alors l'ampleur de la mesure et la source de la condition de travail affectée qui détermineront quelle procédure mettre en œuvre. Une différence substantielle doit néanmoins être signalée. Alors que la liste de l'article 41 ET n'est pas fermée énonçant « *entre autres* » certaines matières, l'article 82.3 ET limite les hypothèses de décrochage aux seules matières légalement énoncées.

Il s'avère toutefois que ce caractère fermé n'ôte en rien l'amplitude des matières visées². Un auteur considère dans ce sens que l'article 82.3 ET permet en définitive « *un décrochage pratiquement intégral des conditions de travail* »³.

770. Une approche du contenu des accords de décrochage ne serait pas complète sans une référence à l'obligation légale pour ces accords d'établir pour la matière concernée, les nouvelles conditions de travail qui seront désormais appliquées aux travailleurs de l'entreprise. Cette exigence était clairement exposée dans la loi 35/2010 aux termes de laquelle l'accord de décrochage salarial « *devra déterminer avec exactitude la rétribution à recevoir par les travailleurs, établissant, le cas échéant et à l'attention de la disparition des causes qui l'ont justifié, une programmation de la progressive convergence vers la récupération des conditions salariales établies dans la convention collective de cadre supérieur à l'entreprise qui lui est d'application, sans qu'en aucun cas, cette non-application puisse dépasser la période vigueur de la convention, ni comme maximum, une durée de 3 ans* ». On retrouve cette même idée dans la réforme de 2012. L'article 82.3 ET dispose désormais que l'accord de décrochage « *devra déterminer avec exactitude les nouvelles conditions de travail applicables à l'entreprise et sa durée que ne pourra se prolonger au delà du moment où*

¹ Sur l'impact de l'inclusion par la réforme de 2012 du montant du salaire, voir C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 234.

² L'ANEC-II (Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2012, 2013 et 2014) envisageait la mise à l'écart négociée dans l'entreprise de certaines conditions de travail prévues dans une convention, en matière d'horaire et distribution du temps de travail, régime du travail rotatif, système de rémunération, système de travail et rendement, et fonction. Le temps de travail était par conséquent exclu.

³ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 358.

une nouvelle convention est applicable à l'entreprise ». Cette nouvelle rédaction fait cependant disparaître la durée maximale de 3 ans et l'exigence de convergence. Il s'agit certes de donner plus de libertés aux négociateurs¹. Néanmoins, l'exigence de convergence constituait une variable pertinente afin de limiter l'arbitraire et la subjectivité inhérents à l'appréciation de la cause et de la récupération, d'une part, et illustrative du caractère ponctuel et temporaire de cette situation, d'autre part.

Dans tous les cas, l'obligation légale de déterminer les nouvelles conditions de travail applicables permet de souligner la fonction intrinsèquement normative des accords de décrochage².

b) La procédure

771. Dès l'apparition des accords d'entreprise en 1994, la doctrine a majoritairement admis qu'il était difficile de calquer la procédure de négociation statutaire aux accords d'entreprise³. L'application par analogie des règles statutaires en la matière ferait obstacle à sa capacité d'adaptation et à sa flexibilité. L'absence de règles légales en la matière illustre en définitive une volonté délibérée de favoriser l'informalité des négociations⁴, qualificatif prétendument propice à un accord.

A la suite de la réforme de 2012, l'article 82.3 ET prévoit que préalablement à l'éventuelle conclusion d'un accord permettant l'inapplication des dispositions conventionnelles, doit être mise en œuvre une période de consultation dans les termes de l'article 41.4 ET⁵. Ce renvoi de l'article 82.3 ET à l'article 41.4 ET permet d'affirmer que la mesure proposée par l'employeur qui aboutit à une modification substantielle des conditions de travail ou à une mise à l'écart de la convention statutaire applicable, doit au préalable faire l'objet d'une procédure de consultation⁶. Aux termes

¹ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 365.

² Sur cette question, voir infra, n° 784.

³ J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 2008, p. 636; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 250. Ces auteurs soulignaient dans le même temps l'impossibilité de se limiter aux seuls principes civilistes.

⁴ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 111.

⁵ Force est alors de constater que les accords subsidiaires ne sont pas concernés par cette procédure, ce qui renforce l'informalité de leur négociation.

⁶ Il ressort toutefois de l'article 41.4 ET que cette procédure est applicable aux modifications substantielles de conditions de travail de caractère collectif, « sans préjudice des procédures spécifiques qui pourront s'établir dans la négociation collective ». Elle est donc impérative uniquement pour les accords de décrochage.

de l'article 41.4 ET, cette période de consultation a une durée maximale de quinze jours¹.

A l'issue de cette période, si un accord est conclu, aucune difficulté n'apparaît et la mesure sera mise en œuvre. L'article 82.3 ET dans sa version issue de la loi de 2012, prévoit que l'accord de décrochage « *devra être communiqué à l'autorité du travail dans le seul but de son dépôt* » et « *notifié à la commission paritaire de la convention collective* »². Ces démarches ne se rapprochent donc pas d'une modalité de contrôle et revêt essentiellement un caractère informatif³. Elle constitue toutefois une singularité des accords de décrochage par rapport aux accords de réorganisation productive qui ne sont, quant à eux, soumis à aucune formalité⁴. Tous les accords devront cependant faire l'objet de publicité dans l'entreprise, notamment au travers de leur affichage et de la compétence d'information attribuée aux représentants unitaires en vertu de l'article 64.7 e) ET⁵.

Dans tous les cas, l'arrivée à terme de cette période de consultation fait disparaître l'exigence de bonne foi prévue à l'article 41.4 ET qui énonce que « *durant la période de consultation, les parties devront négocier de bonne foi en vue d'atteindre un accord* »⁶. On retrouve ici le principe général de bonne foi qui irrigue l'ensemble du droit et qui est consacré en matière de négociation collective à l'article 89.1 ET⁷.

¹ Considérant qu'en l'absence de représentation unitaire, la commission doit se constituer dans un délai maximum de cinq jours, la consultation en tant que telle ne sera donc plus que de dix jours (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 10-11).

² Le texte du RDL 3/2012 prévoyait quant à lui que l'accord « *devra être notifié à la Commission paritaire de la convention collective et à l'autorité laboral* ».

³ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 363

⁴ En ce qui concerne les accords de réorganisation productive, l'article 41 ET ne prévoit aucune démarche particulière. Uniquement en cas d'absence d'accord, l'employeur notifie aux travailleurs sa décision (antérieurement à la réforme de 2010, la notification devait avoir lieu indépendamment de l'existence d'un accord). Pour les accords subsidiaires, là encore aucune disposition légale n'est prévue. Antérieurement à la réforme de 2012, un courant doctrinal considérait que l'article 2.f) RD 1040/1981 relatif à l'enregistrement et au dépôt des conventions collectives de travail permettait d'appliquer les règles relatives aux conventions statutaires (art. 90.2 ET), à l'ensemble des accords d'entreprise (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 161). D'autres auteurs refusaient cette assimilation tout en admettant que les parties ou les dispositions conventionnelles applicables puissent prévoir certaines exigences en la matière (M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 260). Cette position était également écartée par les partisans de la nature contractuelle des accords d'entreprises (R.Y QUINTANILLA NAVARRO, op. cit., 2003, p. 101 ; Comp. M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 196.). En matière de publicité, un consensus plus ample s'était formé pour admettre que les accords d'entreprise n'ont pas à faire l'objet de publicité dans le Bulletin Officiel correspondant (art. 90.3 ET pour les conventions statutaires).

⁵ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 134; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 260.

⁶ Cette exigence implique notamment un devoir d'information (J.M. SERRANO GARCÍA, « Los derechos de información y consulta afectados por la Ley 35/2010 y el RD 801/2011 », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 99).

⁷ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 155. Sur ce principe, voir supra, n° 34 s.

772. L'existence ou non d'un devoir de négocier s'avère en revanche une question plus complexe, en raison de l'absence de disposition légale. L'article 89.1 ET relatif à la demande de négociation et au devoir de négocier peut-il ici être appliqué ? Certains auteurs affirment que l'article 89.1 ET doit faire l'objet d'une interprétation restrictive s'agissant d'une obligation exceptionnelle¹. Nous avons antérieurement opté pour une interprétation large qui permet ainsi de favoriser la négociation². En l'espèce, la majorité de la doctrine reconnaît l'existence d'un devoir de négocier dès lors que la cause justifiant la mise en œuvre d'un accord d'entreprise est remplie et qu'il s'agit d'une matière prévue légalement, la partie réceptrice de la demande de négociation ne peut se nier à y participer³. Il s'agit alors d'appliquer l'article 89.1 ET qui prétend favoriser la négociation collective et d'adapter les causes exonérant la mise en œuvre du devoir de négocier aux spécificités de l'accord d'entreprise considéré. Qu'en est-il si un désaccord sur l'existence de la cause justificative demeure ? Les salariés s'exoneraient-ils du devoir de négocier en arguant l'absence de cause justificative ? Nous considérons que trois arguments conduisent à penser que la période de consultation ne met pas en œuvre de devoir de négocier. D'une part, la période de consultation est consécutive, comme son nom l'indique, à une proposition de mesure de l'employeur qui implique une modification substantielle des conditions de travail ou le décrochage de la convention collective statutaire applicable. La prévision d'un devoir de négocier affecterait donc dans la pratique la seule représentation des salariés⁴. D'autre part, il ressort désormais de l'article 82.3 ET que l'absence de négociation n'équivaut plus à l'impossibilité de décrochage⁵. L'imposition d'un devoir de négocier s'avère donc superflue. Enfin, considérant que l'obligation de négocier de bonne foi et l'existence d'un devoir de négocier constituent deux notions différentes, l'exigence de bonne foi

¹ Son application doit être expressément prévue par une disposition légale. C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1995, p. 564; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1994, p. 56.

² Voir supra, n° 40, 668. Cette position nous conduit alors à soutenir qu'un devoir de négocier peut être invoqué lors de la demande de négociation d'un accord subsidiaire. Le contexte dans lequel est mise en œuvre cette négociation est en effet similaire à celui d'une convention statutaire. Dans ce sens, F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 87, qui évoque un devoir de négocier implicite. Plus loin, certains auteurs estiment que les parties peuvent décider d'appliquer par analogie les règles de l'article 89 ET (J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 155 ; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 245).

³ Voir par exemple, M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 194; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 162 ; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 87, 194 ; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 245.

⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 164, qui souligne qu'il s'agit simplement d'une particularité de ces accords qui contraste avec le dispositif relatif aux conventions statutaires, dans lequel c'est à l'employeur que s'impose, dans la pratique, le devoir de négocier.

⁵ Voir infra, n° 780 sur l'arbitrage obligatoire.

énoncée à l'article 41.4 ET traduit essentiellement la volonté du dispositif légal de favoriser la conclusion d'un accord accompagnant une mesure patronale.

773. Une problématique spécifique à la consultation avec une des commissions ad hoc formée en cas d'absence de représentation unitaire, doit enfin être mentionnée. Les salariés de l'entreprise peuvent-ils refuser de choisir la commission participant à la consultation ? Sont-ils soumis ainsi à une espèce de déclinaison du devoir de négocier ? La doctrine s'incline pour considérer que le choix de la commission constitue une « *possibilité relevant de la capacité de décision des travailleurs* »¹. Conformément à cette interprétation, l'article 41.4 ET prévoit de manière explicite que « *l'absence de désignation ne peut supposer la paralysie de la période de consultation* ». Dès lors, le refus des salariés s'assimile à l'hypothèse d'absence d'accord². Au regard du droit positif relatif aux conséquences de l'absence d'accord, les travailleurs auront néanmoins tout intérêt à voir leurs représentants participer à cette consultation. Cette dernière considération irrigue en réalité l'ensemble de la question rendant inutile, pour les accords de décrochage, l'imposition d'un devoir de négocier³.

774. Avant d'aborder les différents scénarios en cas d'absence d'accord à l'issue de la période de consultation et après avoir dressé l'état du droit postérieur à la réforme de 2012 quant au déroulement de la négociation, il s'avère pertinent de revenir sur le dispositif légal établi par la réforme de 1994 et les modifications apportées par les réformes de 2010 et 2011. Cette rétrospective, bien que succincte, nous permettra alors de conclure que le chemin parcouru jusqu'à la réforme de 2012, poursuit un objectif bien défini : libérer la négociation d'entreprise de tout carcan conventionnel.

En raison de leurs emplacements différents dans l'ET et de l'absence de renvois légaux les mettant en relation, les procédures de négociation des accords de décrochage

¹ J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 365; M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 194; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, loc. cit., 2012, p. 9.

² Le Professeur RAMÍREZ souligne qu'il serait dénué de sens, considérant que le délai de consultation est un maximum, que l'employeur doit attendre l'expiration des 15 jours pour prendre acte de la non-constitution de la commission et ainsi mettre en place les mécanismes ouverts dans ces hypothèses (loc. cit., 2012, p. 11). Sur les possibilités ouvertes à l'employeur en l'absence d'accord à l'issue de la période de consultation, voir infra, n° 776 s.

³ Spécialement pour le décrochage salarial, un auteur soulignait antérieurement à la réforme de 2012, qu'au regard des différentes voies permettant finalement l'application de nouvelles conditions salariales, la représentation des travailleurs « *est incitée à participer à la négociation si elle ne veut pas courir le risque de perdre toute possibilité de contrôler le résultat final* » (J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 339).

salarial et des accords modificatifs se montraient fort différentes. En effet, alors que les accords de modification des conditions de travail issues d'une convention statutaire étaient le fruit de la période de consultation prévue à l'article 41.4 ET dans un cadre similaire au dispositif légal consécutif à la réforme de 2012, le décrochage salarial a, originairement, fait l'objet d'un traitement spécifique qui attribuait aux conventions statutaires sectorielles un rôle fondamental.

Sous l'empire de la réforme de 1994, les négociateurs de conventions sectorielles devaient établir les conditions d'application du décrochage salarial dans les entreprises comprises dans son champ d'application¹. La doctrine a alors souligné que les procédures pouvaient varier profondément selon chaque convention et se caractérisaient donc par leur grande hétérogénéité². Leur intervention était extrêmement large puisqu'ils pouvaient définir les causes justifiant le décrochage et prévoir un régime salarial alternatif directement applicable³. Si tel est le cas, les négociateurs de l'accord au niveau de l'entreprise doivent en respecter les dispositions conventionnelles. Un auteur souligne alors que la convention sectorielle est en réalité appliquée et ne fait l'objet d'aucune dérogation⁴. Cette idée selon laquelle l'impérativité de la convention sectorielle n'est pas affectée, se voit néanmoins contrarier par deux aspects. D'une part, la convention sectorielle ne peut interdire purement et simplement le décrochage qui

¹Aux termes de l'article 82.3 ET, « *les conventions collectives de niveau supérieur à l'entreprise établiront les conditions et procédures par lesquelles pourra ne pas s'appliquer leur régime salarial aux entreprises dont la stabilité économique pourrait être endommagée comme conséquence de son application* ». L'article 85.3.c) ET relatif au contenu minimum dispose également que la convention devra fixer « *les conditions et procédures* » pour la non-application de son régime salarial aux entreprises comprises dans son champ d'application « *en conformité avec ce qui est établi à l'article 82.3 ET* ».

Le Professeur SALA estima que « *la véritable nouveauté est l'exigence légale que le « décrochage salarial » figure comme contenu minimum de la convention supérieure à l'entreprise puisque la possibilité juridique de décrochage d'une entreprise existait déjà antérieurement* » (op. cit., 1994, p. 240). Pour une analyse du décrochage syndical sous l'empire de la loi de 1994, C. AGUT GARCÍA, *La cláusula de descuelgue salarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Le décrochage salarial ne jouait qu'entre la convention sectorielle et l'accord d'entreprise, ce qui n'est plus le cas à la suite de la réforme de 2012 qui permet le décrochage en matière de salaires de la convention d'entreprise.

² W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 64 s.

³ Un auteur estima que cette obligation de mention du décrochage salarial, illustre « *l'intervention dirigiste du législateur pour forcer la volonté des négociateurs par rapport à certains contenus conventionnels* » et limite par conséquent la liberté contractuelle (M. CORREA CARRASCO, loc. cit., 2001, p. 96). Un autre courant doctrinal a, au contraire, salué l'instauration d'une telle obligation (F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, « *Mecanismos legales de descuelgue salarial* », *AL*, 1997-I, p. 192).

⁴ Il est alors possible d'affirmer que la force impérative de la convention sectorielle n'est pas affectée s'agissant en fait du même texte qui prévoit alternativement deux régimes salariaux applicables selon les situations économiques (W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 182).

constitue une norme de droit nécessaire absolue¹. D'autre part, lorsque la convention collective reste silencieuse en la matière, le dispositif légal prévoit une « *procédure de décrochage subsidiaire* »² qui permet à l'entreprise d'intervenir directement³. Force est alors de constater que la loi, malgré le silence de la convention applicable, offre à l'entreprise la possibilité de mettre à l'écart les dispositions salariales conventionnelles⁴.

L'émancipation de l'entreprise du carcan conventionnel va alors être consacrée par la réforme de 2010 qui a supprimé l'intervention des négociateurs sectoriels, laissant par conséquent totale autonomie aux entreprises⁵. Désormais, l'entreprise n'est soumise à aucune tutelle sectorielle et les négociateurs apprécient l'existence de la cause justifiant le décrochage et décident, le cas échéant, les nouvelles conditions salariales⁶. Disparaît ainsi une différence entre les accords modificatifs et les accords de décrochage salarial⁷. En effet, la loi 35/2010 inaugure le rapprochement des deux modalités d'accords en écartant, en l'espèce, tout contrôle des négociateurs sectoriels et en fondant la capacité dérogatoire sur une habilitation légale.

¹ Il est toutefois admis qu'une convention supérieure ne peut prévoir l'interdiction absolue pour les entreprises comprises dans son champ d'application d'y avoir recours. La prévision légale du décrochage salarial constitue une norme de droit nécessaire absolu. De telles clauses sont considérées comme illégales et doivent donc être annulées : Dans ce sens, le Professeur SALA refuse de considérer licite une clause d'interdiction « *pure et simple* » (op. cit., 1994, p. 240 ; voir également F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 1997, p. 193 et W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 64). Pour le Professeur BAYLOS, les négociateurs de branche peuvent exclure la mise en œuvre du décrochage salarial dans des situations déterminées (loc. cit., 1994, p. 330).

² F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., 1997, p. 206. Un auteur assimile alors cet accord à un accord subsidiaire (W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 136).

³ Aux termes de l'article 82.3.3° ET « *si lesdites conventions collectives ne contiennent pas la clause de non-application citée, cette dernière pourra se produire uniquement par accord entre le chef d'entreprise et les représentants des travailleurs* ». L'absence d'une telle clause n'emporte pas la nullité de la convention. La doctrine souligna alors « *l'apparente contradiction entre exiger que les clauses de décrochages figurent comme « contenu minimum » des conventions supérieures à l'entreprise et prévoir dans la propre loi un régime de décrochage d'entreprise substitutif en cas d'absence d'accord dans la convention de référence* ». Pour surmonter cette contradiction, on peut estimer que la prévision de l'article 85.3.c) ET correspond, en fait à une « *recommandation légale* » (T. SALA FRANCO, op. cit., 1994, p. 240). L'interprétation de cet article reste toutefois sujette à controverse (voir T. GÓMEZ ÁLVAREZ, loc. cit., p. 881. L'auteur parle, quant à lui, d'« *impérativité atténuée* »).

⁴ Le silence conventionnel en la matière constitue alors « *l'élément habilitant* » l'entreprise à s'écarter de la convention de secteur (W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 80). Une auteure considère néanmoins que cette exclusion ou négation de régulation ne constitue pas une lacune laissant la liberté aux parties au niveau de l'entreprise mais aboutit, au contraire, à son interdiction (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., 1995, p. 26).

⁵ C. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 131. Les interlocuteurs sociaux avaient pourtant manifesté dans l'AENC-10, leur volonté de maintenir le décrochage salarial sous la tutelle de la convention sectorielle (A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2011, p. 241).

⁶ Notons que la loi 35/2010 s'applique de manière immédiate et s'impose aux conventions sectorielles en vigueur, conduisant à mettre à l'écart le dispositif de décrochage qui y est établi (C. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 2010, p. 133).

⁷ Différence mise en exergue par un auteur (W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 90).

Cette réforme a par ailleurs comme point de départ l'idée selon laquelle la conclusion d'un accord de décrochage salarial est encadrée par des conditions très rigides¹. Elle vise par conséquent à « *faciliter l'adaptation des rétributions sectorielles aux situations économiques difficiles des entreprises* »² et s'inscrit dans une politique légale déjà évoquée qui tend à développer l'usage de la variable salariale afin de compenser les effets de la crise et de stopper le recours massifs aux licenciements comme variable d'ajustements³.

Force est alors de constater que cette libéralisation du recours au décrochage salarial n'a pas eu les effets attendus. Dans ce sens, l'Exposition des motifs du RDL 3/2012 affirmait que « *la dernière réforme du marché du travail prétendait rendre plus accessible la possibilité de décrochage, mais au regard des chiffres de 2011, dans un contexte d'aggravation de la crise économique, il ne semble pas avoir eu d'avancement sur ce terrain* »⁴.

775. En guise de conclusion, il convient d'insister sur l'exigence incontournable d'un accord entre les représentants des travailleurs et l'employeur dès lors que la convention collective statutaire est affectée⁵. Cette intervention de l'autonomie collective a constitué un argument décisif pour considérer le dispositif de 1994 conforme à la Constitution⁶. Plusieurs auteurs s'étaient en effet interrogés sur l'atteinte

¹ Pour une analyse des clauses conventionnelles sectorielles relatives au décrochage salarial avant la réforme, voir A. SEMPERE NAVARRO y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 123, qui soulignent la rigidité et la rigueur des dispositifs conventionnels sectoriels.

² J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 355.

³ A. BAYLOS GRAU, loc. cit., 2011, p. 231; M.L. MOLERO MARAÑÓN, loc. cit., 2012, p. 160 ; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2010, p. 174; J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 344 s., qui souligne que « *les entreprises espagnoles, contrairement à d'autres pays européens, ont réagi face à la crise par des ajustements d'emploi, sans à peine utiliser la voie des sacrifices salariaux qui s'est montrée excessivement rigide et inefficace, avec le correspondant effet multiplicateur en matière de chômage* ».

⁴ La doctrine avait souligné que les négociateurs sectoriels continuaient de régler le processus de décrochage salarial et se refusaient à perdre leur vocation de contrôle (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 358).

⁵ Antérieurement à la réforme de 2012, il ressort des règles en matière de décrochage que cet accord constitue une condition nécessaire et indispensable à la mise en œuvre du décrochage salarial. S'il s'agit d'une modification substantielle de caractère collectif d'une condition issue d'une convention collective, l'article 41.4 ET *in fine* ET sous la rédaction de la réforme de 1994 et l'article 41.6 ET à partir de la réforme de 2010, précisaient que la modification « *pourra uniquement se produire par accord entre l'entreprise et les représentants des travailleurs* ».

⁶ La doctrine affirme que « *cet accord n'est pas seulement une condition sine qua non pour la modification mais en est la cause nécessaire/compétente (efficiente)* » (C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1395). Voir également J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 128. Dans ce sens, voir STC 92/1992 du 11 de juin dans laquelle les juges considèrent contraire à l'article 37.1 CE, la possibilité pour l'employeur d'introduire des modifications substantielles à des conditions de travail établies dans une convention statutaire.

portée par ces accords à « l'efficacité contraignante » des conventions collectives reconnue à l'article 37.1 CE¹. Une décision du TC antérieure à la réforme de 1994 pouvait toutefois dissiper tous les doutes et constituer un argument de poids afin de reconnaître la constitutionnalité du dispositif. Dans celle-ci, les juges considèrent que la convention collective ne peut être absolument intangible, évoquant l'hypothèse de révision *ante tempus* et affirmant que la loi peut envisager des mécanismes permettant sa mise à l'écart et que l'atteinte à la convention statutaire doit se produire au travers d'une manifestation de l'autonomie collective².

4. Les conséquences en l'absence d'accord

776. Indéniablement, l'option légale relative à la prise en considération du désaccord quant au décrochage de la convention, est l'« *épreuve du feu* »³ pour savoir si le dispositif légal répond aux attentes de flexibilité du secteur patronal.

L'absence d'accord à l'issue de la période de consultation, conduit avant tout à distinguer l'hypothèse de consultation intervenant dans le cadre de la procédure de décrochage et celle relative à la modification substantielle des conditions de travail. En effet, alors que l'absence d'accord relatif à la mesure de décrochage proposée empêche, tout au moins de manière directe, l'employeur d'appliquer unilatéralement cette mesure, l'absence d'accord en matière de modification substantielle de conditions de travail qui ne sont pas issues d'une convention collective, ne constitue pas un obstacle pour l'employeur qui peut procéder, à la fin de la période de consultation, à la mise en œuvre de la modification proposée⁴. Cette distinction consécutive au dispositif de 1994, demeure inchangée à l'issue de la réforme de 2012.

¹ La majorité de la doctrine a néanmoins admis la constitutionnalité de ces mécanismes se fondant naturellement sur l'exigence d'un accord mais également sur l'ensemble des exigences encadrant son application, comme l'exigence de causalité ou la limitation des matières visées (J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1995, p. 284; F. PÉREZ DEL LOS COBOS ORIHUEL, « Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo », *RL*, 1996, n° 26, p. 15). Un courant de la doctrine estime que les accords de décrochage constituent en réalité une règle spéciale et limitée de concurrence (principe de spécialité et de modernité) qui n'affecte pas l'impérativité des conventions statutaires (F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 99). Pour une opinion considérant le dispositif comme inconstitutionnel, voir M.A. PURCALLA BONILLA y F.A. VALLE MUÑOZ, « El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico », *La nueva regulación de la relaciones laborales*, Coord. V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, Barcelona, FCJURV, 1995, p. 367.

² STC 105/1992 du 1^{er} juill.

³ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., *TL*, 2010, p. 178.

⁴ Précisons toutefois que la loi envisage également pour ces accords, le recours à l'arbitrage et à la médiation prévus conventionnellement. Dans ce sens, l'article 85.1 ET relatif au contenu des conventions

Il s'agit dans tous les cas d'une différence substantielle sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir¹. Pour ce qui nous intéresse ici, cette différence doit s'apprécier sous le prisme des dispositions légales permettant de favoriser la résolution de conflit et de déblocage des négociations.

Cette question a été envisagée par la loi dès la réforme de 1994. Les dernières réformes de 2010, 2011 et significativement, celle de 2012, ont poursuivi l'œuvre légale en diversifiant les mécanismes de solutions extrajudiciaires de conflits et en renforçant leur opérativité. Incontestablement un axe central des dernières réformes légales de 2010, 2011 et 2012².

La réforme de 2012 ouvre cependant une brèche importante. En effet, s'il est encore possible d'affirmer que l'employeur ne peut procéder de forme unilatérale au décrochage, force est de constater que son intervention peut finalement conduire à l'inapplication de la convention collective et ce, malgré le désaccord des représentants des salariés. La loi n'a eu de cesse de trouver différents moyens pour permettre que dans tous les cas, l'employeur puisse s'écarter de la convention applicable.

Trois mécanismes agissant à des moments distincts de la procédure de consultation sont prévus par l'article 82.3 ET : le recours à la commission paritaire, la mise en œuvre des procédures extrajudiciaires de résolution des conflits, et enfin l'intervention d'une commission tripartite de caractère étatique ou autonome. Alors que les deux premiers mécanismes qui demeurent dans la sphère de l'autonomie collective, agissent durant la période de consultation, le troisième qui permet l'intervention d'une entité de caractère administratif, est mis en œuvre lorsque l'absence d'accord est constatée à l'issue de la période de consultation. Concrètement, ce dernier mécanisme, introduit par la loi de 2012, permet à l'employeur de recourir à un « *arbitrage public obligatoire* » et ainsi obtenir finalement un décrochage dont l'ampleur lui est toutefois imposée par un tiers, issu de l'Administration.

collectives énonce qu'elles pourront fixer « *les procédures pour résoudre les différents qui surgissent dans les périodes de consultation prévues aux articles 40, 41, 47 et 51 de cette loi [...]* ».

¹ Voir infra, n° 799.

² Voir J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 385.

a) Les mécanismes traditionnels et renforcés de solutions extrajudiciaires de conflits

777. La procédure de consultation-négociation d'un accord d'entreprise peut conduire à un conflit et à un blocage des discussions. Conscientes de ce parallélisme, les réformes de 2010 et 2011 renforcent leur intervention en matière d'application et d'interprétation de la convention, lors d'un processus de renégociation d'une convention dénoncée¹, et pour ce qui nous intéresse dans les conflits dérivant de l'application de mesures de flexibilité interne, et notamment des accords de décrochage.

Deux mécanismes ont été instaurés : le recours à la commission paritaire de la convention collective qui fait l'objet du décrochage instauré par la réforme de 2011 et la mise en œuvre des mécanismes de résolution extrajudiciaire de conflits prévus dans les accords de l'article 83 ET ou dans les conventions collectives ordinaires envisagées dans la réforme de 2010. Il s'agit concrètement de la médiation ou de l'arbitrage volontaire prévus dès la réforme de 1994. L'articulation entre ces divers mécanismes est régie par plusieurs dispositions légales interconnectées.

778. La commission paritaire de la convention collective est incontestablement un élément clef de la réforme de 2011. Cette affirmation découle de l'article 85.3 h) ET relatif au contenu minimum des conventions collectives qui, outre le fait d'imposer la constitution de telle commission, lui attribue notamment quatre fonctions parmi lesquelles trois sont relatives à son intervention en cas de conflits². Pour ce qui nous intéresse, la commission paritaire doit établir les mécanismes de résolution de conflit lorsqu'à l'issue de la période de consultation, aucun accord modificatif de l'article 41.6 ET ou de décrochage salarial de l'article 82.3 ET, n'a été atteint³. Ces deux articles énoncent également qu'« *en cas de désaccord durant la période de consultation, n'importe quelle partie pourra soumettre le désaccord à la commission paritaire de la convention, qui disposera d'un délai d'un maximum de 7 jours à compter du jour où le désaccord lui a été présenté, pour se prononcer* »⁴.

¹ Voir supra, n° 615.

² Pour approfondir, voir J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2011, p. 111.

³ Art. 85.3 h) 3° ET.

⁴ Il est alors intéressant de noter que l'article 85.3 h) ET intègre au contenu minimum de la convention, l'établissement de mécanismes permettant de faciliter l'adoption d'accord au sein de la commission paritaire de la convention. Concrètement, les conventions doivent « *établir les procédures et délai d'intervention de la commission paritaire pour garantir sa rapidité et son effectivité et la protection des*

L'intervention de cette commission appelle à formuler trois remarques.

En premier lieu, il est légitime de se demander si le passage devant la commission paritaire de la convention affectée a un sens lorsque le décrochage se réfère à la convention d'entreprise¹. Considérant qu'il doit s'agir d'un mécanisme rapide et agile², la probable coïncidence des parties ne va-t-elle pas aboutir nécessairement à reproduire les désaccords et ainsi retarder inutilement la procédure?

En deuxième lieu, la capacité de la commission de résoudre le conflit passe par la capacité d'adopter de nouvelles conditions de travail. La commission paritaire se voit alors attribuer de manière indirecte une fonction normative qui dépasse normalement ses fonctions et qui peut poser des difficultés du point de vue de la liberté syndicale. Dans ce sens, la réforme de 2011 introduit à l'article 85.3 ET relatif au contenu minimal de la convention collective, l'obligation de créer une commission paritaire dont l'une des fonctions est « *le développement de fonctions d'adaptation ou, le cas échéant, de modification de la convention durant sa vigueur. Dans ce cas, la totalité des sujets légitimes pour la négociation doit s'incorporer à la commission paritaire bien qu'ils n'aient pas été signataires de la convention, étant exigible la réunion des exigences de légitimation prévues aux articles 87 et 88 de cette loi pour que les accords de modification déploient une efficacité générale* »³.

En troisième lieu, le recours à la commission paritaire n'exige pas l'accord des deux parties puisqu'une seule d'entre elles peut soumettre le différend et ce, malgré le refus de l'autre partie. Il s'agit là d'une différence par rapport à la rédaction antérieure. Sous l'empire du dispositif issu de la réforme de 1994, la commission paritaire de la convention intervenait uniquement lors du décrochage salarial⁴ afin de trancher les différends sur l'opportunité de mettre en place le décrochage⁵, et éventuellement, sur les

droits affectés », notamment, « *les procédures pour résoudre de manière effective les désaccords en son sein, ce qui inclut sa soumission aux systèmes néo-judiciaires de solutions de conflits établis au travers des accords interprofessionnels de cadre étatique ou autonome prévus à l'article 83 ET* ».

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 402.

² I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2011, p. 200.

³ Cette nouvelle disposition permet d'offrir un cadre légal sûr à la jurisprudence qui établit la distinction entre fonction normative et fonction d'administration ou d'interprétation de ces commissions (voir supra, n° 244).

⁴ Antérieurement aux dernières réformes légales, il est intéressant de noter que la loi prévoyait avec plus d'instance des mécanismes permettant de débloquent les conflits et parvenir à un accord, lorsqu'il s'agissait du décrochage salarial, au détriment de l'ancienne procédure de l'article 41 ET.

⁵ Art. 82.3 al. 3 ET *in fine*. Dans cette hypothèse, le litige « *sera résolu par la commission paritaire* » ce qui implique que la commission agisse directement et apporte une solution au conflit.

nouvelles conditions salariales applicables¹. Dans cette dernière hypothèse, les parties « *pourront confier* » cette détermination à la commission paritaire de la convention. Les deux parties devaient donc s'entendre et accepter toutes deux le recours à la commission². La réforme de 2011 a alors rompu ce schéma permettant que la commission paritaire intervienne à l'initiative d'une seule des deux parties. Or, en cas de recours unilatéral qui démontre un désaccord profond au niveau de l'entreprise, il est prévisible que ce désaccord se déplace de forme quasi automatique au niveau de la commission paritaire et ce, quel que soit le niveau de la convention qui fait l'objet du décrochage. Il convient également de souligner que la commission paritaire de niveau sectoriel va certainement prendre en compte les intérêts du secteur et plus seulement les intérêts de l'entreprise. L'appréciation de l'opportunité du décrochage ne s'effectue donc pas dans le même cadre, poursuivant des intérêts qui peuvent être distincts³.

Dans tous les cas, l'intervention de la commission paritaire ne pose pas de problème de constitutionnalité puisque l'autonomie collective reste dans tous les cas maîtresse de la mise à l'écart de la convention collective⁴.

779. En ce qui concerne les mécanismes extrajudiciaires de résolution de conflit, la réforme de 2010 a fortement renforcé la portée des procédures conventionnelles de médiation et d'arbitrage⁵. Elle introduit tout d'abord à l'article 85.3 c) ET relatif au contenu minimum des conventions collectives, la prévision de mécanismes de résolution des conflits lors des périodes de négociation dans le cadre de la procédure des articles 41.6 et 82.3 ET⁶. Ces mécanismes n'ont pas été remis en cause par le RDL 7/2011 qui se limite à instaurer comme préalable le recours devant la commission

¹ Selon la Professeure CASAS, elle représente « *la voie de connexion entre les deux niveaux qui prétend intégrer les perspectives singulières de chacune des entreprises avec les plus générales de la convention supérieure* » (loc. cit., 1995, p. 27).

² Une interprétation littérale de la loi doit être retenue. L'utilisation du conditionnel en cas de désaccord sur la détermination des nouvelles conditions salariales implique que la volonté des deux parties soit nécessaire et incontournable (W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 85).

³ Les représentants syndicaux et patronaux du secteur vont-ils voir d'un bon œil la possibilité pour une entreprise de réduire ses coûts salariaux ?

⁴ Reprenant les propos de M^a.E. CASAS BAAMONDE formulés à l'occasion de la réforme de 1994, « *en définitive, la négociation collective, au travers de la convention collective supérieure à l'entreprise, d'accord d'entreprise ou de la décision de la commission paritaire de la convention, est indispensable et irremplaçable pour rendre effective l'inapplication dans une entreprise de la régulation salariale contenue dans la convention supérieure* » (loc. cit., 1995, p. 33).

⁵ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, loc. cit., 2010, p. 184. Précisons que l'arbitre devra alors procéder dans un premier temps à la vérification d'une des causes justificatives (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 385).

⁶ Cette modification s'effectue parallèlement à l'autonomie de l'entreprise pour se décrocher des dispositions sectorielles (S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit, TL, 2012, p. 117).

paritaire. Selon ces textes, la mise en œuvre de ces mécanismes est une deuxième étape en cas de conflit¹.

La mise en œuvre des mécanismes de médiation et d'arbitrage est ensuite directement envisagée dans les articles 41.6 ET et 83.2 ET, aux termes desquels « *les parties pourront recourir aux procédures* » prévues dans les accords interprofessionnels de cadre étatique ou autonome de l'article 83 ET² dans lesquels « *devront être établies les procédures d'application générale et directe pour résoudre de manière effective les différends dans la négociation des accords auquel se réfère cet alinéa* » parmi lesquelles « *le compromis préalable de soumettre les différends à un arbitrage* ». Dans cette hypothèse, « *le laudo arbitral aura la même efficacité que les accords en période de consultation et pourra uniquement être contesté conformément à la procédure et sur la base des motifs établis à l'article 91 ET* ».

Nous avons abordé antérieurement cette formulation lorsque nous avons évoqué le dispositif issu du RDL 7/2011 qui prévoyait un mécanisme largement similaire lors de la renégociation d'une convention dénoncée³. Indiscutablement, les controverses doctrinales relatives à la capacité des accords-cadre de prévoir un arbitrage obligatoire, resurgissent ici avec force⁴.

En raison de la nouveauté en matière d'arbitrage apportée par la réforme de 2012 que nous aborderons immédiatement, il est possible de penser que ces controverses perdent dans une certaine mesure de leur portée. En effet, dans la pratique, il est prévisible que les accords-cadre établissent généralement des arbitrages volontaires en considérant que le caractère obligatoire de l'arbitrage est, en ultime recours, prévu dans la loi. Il n'est toutefois pas inconcevable qu'un phénomène inverse se produise en considérant que l'instauration conventionnelle d'un arbitrage obligatoire va garantir aux interlocuteurs sociaux un contrôle du processus d'arbitrage qu'ils doivent, au contraire, partager si l'arbitrage obligatoire prévu dans la réforme de 2012 est mis en œuvre.

¹ Le recours à ces mécanismes est possible « *si la commission n'atteint pas un accord* ».

² Il s'agit pour ce qui nous intéresse ici des accords sur des matières concrètes qui, en l'espèce, sont relatifs aux mécanismes extrajudiciaires de résolution de conflits. Citons notamment l'ASEC-96 et l'*Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos laborales-sistema extrajudicial* (ASAC) conclu le 7 février 2012.

³ Voir supra, n° 616.

⁴ Un auteur estime dans tous les cas que l'employeur peut décider de ne pas se soumettre à l'arbitrage obligatoire et retirer sa proposition. Le caractère obligatoire de l'arbitrage ne concerne donc que les salariés si l'employeur décide de mener à son terme le décrochage (S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 180).

Abordons alors la physionomie de l'arbitrage prévu dans la réforme de 2012 qui vient sans nul doute bouleverser le système de négociation collective espagnol en ôtant le caractère définitif aux mécanismes conventionnels de résolution extrajudiciaire de conflits.

b) L'arbitrage obligatoire à la rescousse de l'employeur

780. La réforme de 2012 modifie à plusieurs égards le cadre légal instauré par le RDL 7/2011 produisant « *une altération substantielle du rôle des mécanismes volontaires de résolution des conflits dans la mesure où surgit un final alternatif* »¹. Seul l'article 85.3 c) ET relatif à l'intégration comme contenu minimum de mécanismes de résolution de conflits lors de la négociation d'accords visés désormais aux seuls articles 82.3 ET, demeure inchangé.

En premier lieu, cette réforme apparaît peu respectueuse de l'autonomie collective qui avait conclu au début de l'année 2012 un accord interprofessionnel intégrant les nouvelles fonctions des mécanismes de médiation et d'arbitrage reconnues par la loi². Il est alors fort dommage que les interlocuteurs sociaux voient leur volonté lésée par un cadre légal extrêmement volatil et impatient.

En deuxième lieu, en marge de cette considération dont la portée dépasse certainement le seul cadre des mécanismes d'arbitrage et médiation, la réforme de 2012 a modifié les règles entourant le rôle de la commission paritaire de la convention. D'une part, la nouvelle rédaction de l'article 85.3 ET dispose désormais à la lettre e) que les conventions collectives doivent exprimer comme contenu minimum, « *la désignation d'une commission paritaire de la représentation des parties à la négociation pour traiter des questions établies dans la loi et celles qui lui seront attribuées, ainsi que l'établissement de procédures et délais d'intervention de la commission* », parmi lesquels « *la soumission des désaccords en son sein aux systèmes extrajudiciaires de solution de conflits établis* » dans les accords de l'article 83 ET. Cette nouvelle disposition apparaît beaucoup plus généraliste et traditionnelle que celle issue de la réforme de 2011³. En effet, elle se limite à renvoyer à la loi et aux signataires de la convention, la détermination des fonctions de la commission. Dans tous les cas, on

¹ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 390.

² J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 385 qui se réfère à l'ASAC.

³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 117.

retrouve l'obligation de prévoir les mécanismes permettant de débloquent les conflits en son sein. En revanche, il est fort regrettable que la disposition relative à l'incorporation de tous les sujets légitimes lorsque la commission paritaire remplit une fonction normative, ait disparu. Elle avait en effet une vocation pédagogique intéressante. Il semble alors revenir aux juges de veiller à la présence de l'ensemble des organisations légitimes lorsque la commission paritaire remplit une fonction normative, et ce en vertu du principe de liberté syndicale. D'autre part, il ressort de la nouvelle rédaction de l'article 82.3 ET que le recours devant la commission n'est plus un préalable nécessaire à la mise en œuvre des procédures de conciliation ou arbitrage, qui peut désormais se réaliser directement¹. Les parties peuvent dans ce cadre juger de l'opportunité de ce recours. Les procédures d'arbitrage et de médiation peuvent donc être mises en œuvre.

En troisième lieu, elle aboutit à différencier le blocage durant la période de consultation de celui intervenant à la fin de cette période. Dans ce cadre, le recours à la commission paritaire et les mécanismes conventionnels de résolution de conflits interviennent exclusivement durant la période de consultation.

En quatrième lieu, la réforme de 2012 a instauré en cas de désaccord à l'issue de la période de consultation, un arbitrage public obligatoire². Considérant la distinction du moment auquel survient le conflit, cet arbitrage n'est pas nécessairement conditionné à l'échec du recours à la commission paritaire et aux mécanismes conventionnels de résolution de conflits. Celui-ci intervient de forme autonome en cas de désaccord à l'issue de la période de consultation. Il représente incontestablement une innovation majeure qui permet de donner au conflit un « *final plus expéditif* »³. Il est toutefois notable que le dispositif légal ne se réfère pas de manière globale à l'arbitrage pour définir cette procédure dans laquelle la figure de l'arbitre apparaît seulement, et faussement pourrait-on dire, comme une option.

781. S'attachant immédiatement à la teneur de la loi, l'article 82.3 ET prévoit qu'en cas d'impossibilité de conclure un accord à l'issue de la période de négociation, « *une des parties pourra soumettre la solution des différends* » à la Commission Consultative Nationale des Conventions Collectives (CCNCC) ou à l'organe

¹ Le nouvel article 82.3 ET dispose désormais que les mécanismes extrajudiciaires de résolution des conflits peuvent intervenir « *quand n'a pas été sollicitée l'intervention de la commission ou qu'aucun n'accord n'y a été atteint* ».

² J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 407.

³ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 407.

correspondant de la CCAA si l'entreprise concernée est située dans une seule CCAA¹. La Commission peut alors adopter une décision en son sein, ou décider de recourir à un arbitre désigné par elle. Dans tous les cas, la décision devra être dictée dans un délai qui ne peut dépasser 25 jours à compter de la date à laquelle a été présenté le conflit à la commission considérée. Cette décision déploie la même efficacité que l'accord éventuellement conclu² et peut être contestée selon la procédure et les causes établies à l'article 91 ET.

Nous avons défini plus haut ce mécanisme comme un arbitrage public obligatoire. Revenons sur chacun de ces termes.

Le caractère arbitral du mécanisme ne peut être déguisé et s'avère indubitable dans la mesure où la résolution finale relative à la mise en œuvre du décrochage, est réalisée par un tiers au conflit³. Le caractère public dérive de la nature administrative de la CCNCC ou de la commission autonome correspondante⁴. Enfin, le caractère obligatoire se déduit de la formulation légale qui prévoit qu'« *une des parties pourra soumettre le désaccord* » à cet arbitrage et ce, indépendamment de la volonté de l'autre partie. La doctrine a par ailleurs souligné l'euphémisme légal qui parle « *d'une des parties* ». En effet, il ne fait nul doute que le recours à l'arbitrage est une opportunité pour l'employeur de se décrocher de la convention applicable en l'absence d'accord des salariés⁵.

Ce modèle d'arbitrage contraste donc fortement avec celui établi dans les réformes de 2010 et 2011 dont la conformité constitutionnelle pouvait être fondée sur le maintien de la volonté des interlocuteurs sociaux quant au caractère obligatoire ou non de l'arbitrage conventionnellement prévu. L'autonomie collective était donc, bien que de manière (trop ?) indirecte, respectée⁶.

Conscient du risque de croiser la ligne de l'inconstitutionnalité, le législateur de 2012 a pris garde de justifier l'intervention de la commission consultative considérée au regard de l'article 37.1 CE. L'exposition des motifs du RDL 3/2012, afin de fonder

¹ L'attribution de cette fonction d'arbitrage bouleverse le rôle « *consultatif* » jusqu'alors assigné à ces commissions et implique « *une véritable mutation et un contresens par rapport à sa dénomination actuelle* » (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 50).

² Voir infra, n° 782 s.

³ J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 367

⁴ Cette commission est en effet rattachée organiquement et fonctionnellement au Ministère de l'emploi et de la sécurité sociale (J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 409; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 48).

⁵ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 409.

⁶ Pour approfondir ces discussions, voir n° 616, 779.

l'intervention de ces commissions, met en exergue leur caractère tripartite qui compte par conséquence « *sur la présence des organisations syndicales et patronales et sur la présence de l'Administration dont l'intervention se justifie également par la nécessité que les pouvoirs publics veillent à la défense de la productivité qui dérive de l'article 38 de la Constitution espagnole* »¹. Plus loin, la Loi 3/2012 a rajouté par rapport à la rédaction issue du RDL, que l'arbitre devra être désigné « *avec les garanties suffisantes pour assurer son impartialité* ».

Deux aspects doivent néanmoins conduire, selon nous, à considérer ce dispositif comme inconstitutionnel. D'une part, nous avons vu que le TC a affirmé que l'arbitrage obligatoire imposé par les pouvoirs publics devait être considéré comme inconstitutionnel². La doctrine a rappelé dans ce sens, « *l'exceptionnalité totale de l'arbitrage obligatoire* »³ Que peut être la réaction des juges constitutionnels au regard du contexte économique actuel ? L'exceptionnalité peut-elle être envisagée ? La doctrine a dans tous les cas souligné que le nouveau dispositif légal « *s'assimile matériellement et dans sa substance* » au dispositif pré-constitutionnel, relatif toutefois à l'exercice du droit de grève, déclaré inconstitutionnel⁴ et suppose « *un attentat direct à l'autonomie collective en franchissant pour la première fois la ligne rouge du caractère volontaire de l'arbitrage en imposant un arbitrage obligatoire* »⁵.

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 14. Le rôle des pouvoirs publics comme garant de la productivité des entreprises est symptomatique de l'idéologie ultralibérale de la réforme obnubilée par la perspective économique. Elle heurte dans tous les cas l'observateur français pour qui les pouvoirs publics prétendent traditionnellement s'ériger comme protecteur de la partie faible de la relation de travail, les salariés.

² STC 11/1981 8 avril 1981 qui considère inconstitutionnel l'article 10 RDL de relaciones de trabajo de 1977.

³ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 189. Son recours à l'article 76 ET en matière électorale est déconnecté des pouvoirs de l'employeur.

⁴ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 409.

⁵ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 114; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 47.

Un auteur se montre toutefois plus nuancé et n'écarte pas la conformité constitutionnelle de cet arbitrage obligatoire. Pour cela, l'auteur souligne d'une part que l'accumulation de mécanismes de résolution de conflits durant la phase de consultation justifie en dernier recours, l'intervention de l'arbitrage public obligatoire. Force est cependant de constater que la mise en œuvre de ces mécanismes n'est pas garantie. Il se réfère d'autre part et de manière fondamentale, aux termes de la STC 11/1981 selon lesquels l'arbitrage « *ne cesse de l'être en raison de son caractère obligatoire, dès lors que sont toujours garanties les conditions d'impartialité de l'arbitre* » et « *constitue un moyen idéal de solution possible* » dans des cas exceptionnels, en l'occurrence, l'existence d'une grève « *de durée très prolongée, de positions des parties excessivement distantes ou irréconciliables et d'un préjudice grave pour l'économie nationale* » (L.E. DE LA VILLA GIL, « El derecho del trabajo, ¿ha muerto o vive todavía? », *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2012, n° 29, p. 11). Notons alors que l'ajout par la Loi 3/2012 de la référence à l'impartialité de l'arbitre vise sans nul doute à rejoindre cette interprétation.

D'autre part, la composition tripartite des commissions consultatives à laquelle fait référence l'exposition des motifs¹, et son caractère administratif, conduisent à affirmer qu'elles ne peuvent être considérées comme une manifestation de l'autonomie collective². Dans la pratique, il est possible d'imaginer que le désaccord entre les représentants des travailleurs et des employeurs subsiste au niveau de la Commission saisie. Il reviendrait alors aux représentants de l'administration la responsabilité de faire basculer la balance et d'être décisifs à l'heure de trancher le litige ou de désigner l'arbitre³. Comment alors admettre, au regard de « *l'efficacité contraignante* » des conventions collectives prévue à l'article 37.1 ET, qu'un tiers à l'autonomie collective, en l'espèce un organe administratif ou un arbitre désigné par lui, puisse mettre à l'écart une convention collective. Cette question est d'autant plus problématique que l'employeur sera dans la pratique la partie qui recourra à l'arbitrage à l'issue de la période de consultation. Ce mécanisme ne garantit-il pas alors à l'employeur la possibilité de voir être mise à l'écart la convention collective conclue par lui pour une durée de 1 ou 2 ans⁴. Elle permettrait en définitive la modification unilatérale de la convention collective ce qui contredirait manifestement la « *force contraignante* » des conventions collectives de l'article 37.1 CE.

Force est cependant de constater qu'un courant doctrinal estime que l'impossibilité pour l'employeur de modifier de forme unilatérale une convention collective, ne peut se fonder sur une interprétation erronée de l'article 37.1 CE, selon laquelle « *force contraignante* » équivaudrait à efficacité normative ou réelle⁵.

Dans ce cadre, au regard de l'inopportunité pratique de recourir à l'arbitrage⁶, la décision unilatérale de l'employeur qui intervient postérieurement et en cas d'échec des mécanismes de conciliation ou médiation, semble une meilleure solution. Cet argument part de l'idée que l'arbitrage peut constituer « *une limitation démesurée des facultés de l'employeur* »⁷. L'analyse de la nature des accords d'entreprise nous permettra toutefois de démontrer que l'enjeu n'est pas ici de réduire les pouvoirs de l'employeur mais de

¹ Le caractère tripartite implique une répartition à part égale des marges d'action.

² J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 408; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 2012, p. 48.

³ T. SALA FRANCO, loc. cit., 2012, p. 65, qui parle ainsi « *d'un arbitrage administratif ou gouvernemental et donc d'une intervention étatique dans la négociation collective* ».

⁴ S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit., TL, 2012, p. 116. Notons que parallèlement, les salariés ne disposent pas d'une telle possibilité. En effet, la grève dont le motif est une augmentation salariale au regard des bénéfices de l'entreprise durant les deux derniers trimestres, est illégale.

⁵ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 188.

⁶ Est mis en exergue le manque de moyens pratiques et de formation des institutions d'arbitrage.

⁷ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 188.

fonder la mise à l'écart de la convention collective statutaire. Dès lors, l'arbitrage n'est pas une limitation pour l'employeur mais au contraire, une nouvelle opportunité qui lui est offerte de s'écarter de la convention collective statutaire qui lui est applicable.

Ce courant de la doctrine considère par ailleurs que la décision de l'employeur reste limitée de manière satisfaisante, par l'exigence de cause, par l'exigence de bonne foi, par le recours aux procédures préalables de résolution de conflits, par la limitation temporelle du décrochage et enfin par le contrôle des juges. L'analyse réalisée antérieurement de chacun de ces points a cependant démontré que l'équilibre dans la négociation et l'effectivité des conditions entourant le décrochage peuvent légitimement être mises en doute.

Un dernier argument vise à souligner que le droit à la négociation comme n'emporte quel autre droit constitutionnel n'est pas absolu et peut toujours souffrir de limitation dès lors qu'elles sont justifiées et proportionnées¹. Le caractère proportionnel peut toutefois être largement contesté. En effet, comme le souligne un auteur, le nouveau cadre légal du décrochage d'une convention collective, aboutit « à une généralisation totale de l'inapplication avec des règles larges depuis tous les points de vue » au point « qu'il possible d'affirmer que sa philosophie générale s'avère très peu respectueuse du mandat constitutionnel de garantie de la force contraignante de la convention collective, ce qui nous dénommerons le *pacta sunt servanda* collectif élevé au rang constitutionnel »². Il est certes possible de considérer que la fonction normative de la convention n'est pas remise en cause dans la mesure où le décrochage constitue plutôt « une inapplication circonstancielle et non d'une dérogation de la convention collective »³. Considérant que la règle est la force normative de la convention telle qu'énoncée à l'article 82.1 ET et que l'exception est la possibilité de décrochage prévue à l'article 82.3 ET, force est cependant de constater que, dans le nouveau cadre légal du décrochage, « l'exception atteint un tel degré de généralité et d'amplitude » qu'elle « s'est convertit en règle »⁴.

¹ A l'appui de cet argument, est avancé le fait que depuis la réforme de 2010, la décision unilatérale de l'employeur est possible en matière de mobilité géographique quand bien même il s'agit d'un droit fondamental, celui de libre résidence.

² J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 394.

³ S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 190.

⁴ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2012, p. 394.

B. L'efficacité des accords d'entreprises de décrochage et la nature des accords d'entreprise

782. Lorsque les accords d'entreprises dérogatoires ont été conclus dans le cadre antérieurement abordé, ils déploient une efficacité juridique et personnelle largement comparable à celle des conventions collectives statutaires. Le lien qu'ils entretiennent avec ces dernières, leur fonction normative et les exigences de légitimation constituent trois arguments irréfutables permettant de reconnaître à ces accords, une efficacité normative et générale.

Il convient alors de prendre plus de hauteur et se demander s'ils se convertissent alors en normes et peuvent ainsi être assimilés aux conventions statutaires ou aux conventions extrastatutaires. Une variable différenciatrice importante doit toutefois être soulignée avec ces dernières. En effet, certains accords d'entreprise font l'objet d'une reconnaissance légale. Cette problématique nous conduira dans tous les cas à nous interroger sur la nature et sur l'unité de la notion d'accords d'entreprise de manière globale. Le lien entre effets et nature est certes discutable comme l'a démontré l'analyse des conventions extrastatutaires. Il demeure pourtant que ce lien a largement été utilisé à l'heure d'aborder l'étude des effets et de la nature des accords d'entreprise. Nos propos visent alors à souligner qu'ici encore, il conduit à une confusion qui complexifie les raisonnements.

1. L'efficacité des accords de décrochage

783. Pour ce qui se réfère à l'efficacité personnelle, la majorité de la doctrine reconnaît une efficacité générale à ces accords et ce, indépendamment de l'efficacité juridique reconnue. Deux arguments ont été avancés.

Selon une appréciation téléologique¹, la finalité des accords de décrochage qui est la fixation de nouvelles conditions de travail, implique leur application à l'ensemble des salariés de l'entreprise considérée². Les accords de décrochage présentent ainsi une efficacité générale au même titre que la convention collective qu'ils mettent à l'écart.

¹ La perspective téléologique, plus pragmatique que théorique, vise à identifier les raisons devant conduire à reconnaître une efficacité normative à l'accord d'entreprise (J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 342).

² T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., 1995 p. 1401; F. LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ et C. VIQUEIRA PÉREZ, loc. cit., p. 653.

Selon une interprétation systématique, la reconnaissance d'une efficacité générale découle des règles de légitimation et de conclusion encadrant les accords d'entreprise¹. Cet argument est fondamental et décisif. La logique du dispositif légal statutaire démontre en effet que l'efficacité générale reconnue à la convention statutaire est directement liée aux exigences de légitimation légalement établies². La jurisprudence reconnaît dans ce sens que « *leur efficacité personnelle est générale dans la majorité des cas, considérant que la norme exige que les accords d'entreprise soient conclus conformément à la majorité de la représentation des travailleurs* »³. Les accords de décrochages étant soumis aux exigences de légitimation prévues au Titre III ET, s'inscrivent dans la logique statutaire et doivent ainsi être dotés d'efficacité générale. Celle-ci rapproche alors fortement l'accord d'entreprise de la norme juridique⁴.

La possibilité de conclure des accords d'entreprise dotés dans certaines hypothèses d'efficacité limitée, est toutefois admise. Certains auteurs se sont expressément prononcés dans ce sens identifiant les accords considérés⁵, par exemple l'accord de réorganisation productive en matière de licenciements collectifs. Plus généralement, les accords de réorganisation productive mais également les accords modificatifs en raison de leur intégration dans l'article 41 ET, pouvaient viser uniquement certains travailleurs déterminés. En effet, antérieurement à la réforme de 2012 qui fusionne les deux modalités de décrochage, les accords modificatifs permettent la mise à l'écart de « *certaines conditions établies dans la convention non pas avec un caractère général, mais -normalement- à des postes de travail concrets, ceux qui sont affectés par la cause à laquelle se réfère l'article 41 ET. Il ne s'agit donc pas d'un décrochage de la convention doté d'efficacité générale dans l'entreprise, mais admettant qu'il s'agisse d'un décrochage, celui-ci se réalise par rapport à des postes de travail concrets et individualisés, et ce indépendamment qu'à certaines occasions, l'accord s'applique à tous les travailleurs de l'entreprise si l'ensemble des postes sont affectés par les mêmes causes qui justifient la modification des conditions de travail* »⁶.

¹ M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 296; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 46; R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, op. cit., 2003, p. 75; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 150.

² Voir supra, n° 245.

³ STSJ País Vasco, 26 fév. 2004, Rec. 2881/2003.

⁴ Le lien entre efficacité générale et nature normative a été mis en exergue par J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 106.

⁵ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 130; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 284.

⁶ C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1397.

Cette observation ne faisait cependant pas obstacle à la reconnaissance à ces accords validement conclus, d'une efficacité générale qui restait en définitive sujette à la volonté des parties à la négociation¹. Dans ce sens, la modification ne se réfère pas au salarié individuel mais aux postes de travail qu'il occupe au sein de l'entreprise. Dans tous les cas, les nouvelles rédactions des articles 41 ET et 82.3 ET réduisent l'intérêt de cette distinction en prévoyant, d'un côté, la modification substantielle qui n'affecte que certains travailleurs déterminés et, d'un autre côté, le décrochage de la convention collective applicable qui est destiné à s'appliquer à toute l'entreprise. Force est cependant de constater que la pratique peut conduire à inverser cette donnée initiale et aboutir à un accord de réorganisation productive applicable à tous les salariés et à un accord de décrochage applicable à certains postes de travail.

784. Pour ce qui se réfère à l'efficacité juridique, l'interprétation téléologique a constitué le cadre de référence. Dans ce sens, l'existence de référence statutaire, les liens entretenus avec la convention statutaire et les fonctions qui leur sont attribuées, doivent conduire à reconnaître aux accords de décrochages une efficacité normative.

Considérant que ces accords agissent en lieu et place de la convention statutaire, il convient de déplacer les effets de la convention qu'ils mettent à l'écart². Ils se voient comme irradiés par l'efficacité générale mais également normative de la convention statutaire. Leur efficacité normative découle par ailleurs de leur fonction normative prévue dans les différentes dispositions statutaires³. La doctrine a alors souligné que *« les accords d'entreprise se comportent depuis un point de vue juridique comme les conventions collectives au sens strict. Il ne peut en être autrement si l'on veut permettre que ces accords remplissent la fonction institutionnelle que l'ordre juridique étatique leur assigne »*⁴.

¹ F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 285. Un auteur considère toutefois que ces accords déploient, dès lors qu'ils respectent les exigences de légitimation, une efficacité générale. Par conséquent, il admet uniquement l'existence d'accords informels d'efficacité limitée, considérant que les accords d'entreprises légalement prévus doivent nécessairement être conclus sous l'égide du principe majoritaire (J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 341).

² W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 195.

³ Voir J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 182; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 57; M.R. ALARCÓN CARACUEL, loc. cit., 1995, p. 57

⁴ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 342. Plusieurs auteurs ont également mis l'accent sur la fonction normative des accords d'entreprise pour affirmer que *« ces accords doivent bénéficier, dans tous les cas, d'efficacité personnelle, générale et être applicables à tous les travailleurs »* (M^a.E. CASAS BAAMONDE, loc. cit., La Ley, 1994, p. 299); dans le même sens, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ insiste sur *« l'importante signification juridique que le législateur leur a conféré »*, (loc. cit., 1994, p. 55).

785. Au regard de ces considérations, il est possible d'appliquer le même raisonnement aux accords subsidiaires. En effet, les exigences de légitimation, les références statutaires, le lien entretenu avec la convention collective et enfin, leur fonction normative constituent des caractéristiques partagées par les accords de décrochage et les accords subsidiaires¹. Un argument supplémentaire a été avancé pour ces derniers et consiste à souligner que la majorité des matières visées, telles la classification professionnelle ou le système de promotion professionnelle, ont vocation à s'appliquer à l'ensemble du personnel et donc à déployer une efficacité générale².

En définitive, un consensus doctrinal peut être dégagé sur l'importance de la prise en compte des fonctions des accords d'entreprise. Néanmoins, l'approche fonctionnelle des accords d'entreprise présente selon nous deux limites importantes. D'une part, un courant doctrinal souligne qu'il est discutable d'assimiler la fonction des accords d'entreprise à leur efficacité et, à plus forte raison, à leur nature juridique³. D'autre part, cette approche s'avère difficilement transposable aux accords de réorganisation productive⁴. Dans ce cadre, il convient de rechercher s'il ressort des dispositifs constitutionnel et légal des éléments permettant de fonder l'efficacité et la nature de l'ensemble des accords d'entreprises.

2. La nature et la notion d'accords d'entreprise

786. En marge de la perspective fonctionnelle sur laquelle nous reviendrons, l'efficacité juridique des accords d'entreprise a traditionnellement été abordée sous le prisme de la nature juridique qui leur est reconnue, ou inversement. Force est alors de constater que peu de réponses peuvent être apportées par la Constitution ou le dispositif légal. En effet, de manière comparable à la convention extrastatutaire, ni l'article 37.1 CE, ni le dispositif légal, concrètement l'article 3.1 ET qui énumère les sources des relations professionnelles, et les dispositions du Titre III ET jusqu'aux réformes

¹ La subsidiarité constitue la clef interprétative afin de déterminer l'efficacité juridique et personnelle de ces accords. Elle implique en effet l'assimilation de ces accords aux conventions collectives (C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1393 et R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1994, p. 54).

² J.M^a. GOERLICH PESET, op. cit., 2007, p. 341.

³ Les questions relatives aux fonctions, à la nature et à l'efficacité juridique peuvent être abordées de manière autonome et indépendante n'impliquant aucune connexion prédéterminée (J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 218).

⁴ Voir infra

récentes, ne font de référence expresse aux accords d'entreprise et évoquent « *les conventions collectives* ».

On perçoit par conséquent que les questions relatives à la nature et à l'efficacité des accords d'entreprise vont tourner autour des mêmes problématiques envisagées antérieurement pour les conventions collectives extrastatutaires¹. Le point de départ de l'analyse doit ainsi être l'article 37.1 CE. Un consensus doctrinal peut être dégagé pour considérer que les accords d'entreprise sont une manifestation, un des produits émanant de la négociation collective reconnue à cet article². Quid alors de la décision de l'arbitrage public obligatoire introduit par la réforme de 2012, dans lequel à aucun moment n'intervient un accord entre les parties ?

787. Nous avons opté pour considérer que l'article 37.1 CE permet d'envisager d'autres modalités de conventions collectives conclues en marge des dispositions légales qui sont de nature contractuelle et auxquelles sont attribuées une « *force contraignante* », entendue comme efficacité réelle³. Ce raisonnement applicable aux conventions extrastatutaires, peut-il être transposé aux différents accords d'entreprise ? Nous considérons que la réponse doit être positive. Les accords d'entreprise sont par conséquent de nature contractuelle mais disposent constitutionnellement d'une efficacité réelle garantissant leur supériorité par rapport à l'autonomie individuelle⁴. Cette approche qui renvoie au niveau légal l'attribution d'effets qui dépassent la seule efficacité réelle, permet alors de prendre en compte les spécificités de chaque accord d'entreprise sans rompre le caractère unitaire de la notion.

Afin d'appuyer cette thèse, il convient d'analyser les différents raisonnements, qui se sont attachés à définir la nature et les effets des accords d'entreprises. Une observation préliminaire doit cependant être formulée. Bien que partant de positions initiales opposées, l'ensemble de la doctrine s'accorde à admettre l'application automatique et impérative des accords d'entreprise aux contrats de travail compris dans

¹ Comme l'observe M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 158 ; W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 202. Sur ces problématiques, voir supra, n° 69 s.

² M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 186 ; J. LAHERA FORTEZA op. cit., 2008, p. 218 ; J. CRUZ VILLALÓN loc. cit., 1994, p. 130 ; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 47. Une auteure rattache toutefois ces accords au droit à la participation, considérant qu'ils répondent aux intérêts des employeurs, qu'ils se réfèrent à la gestion de l'entreprise (C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1995, p. 556).

³ Voir supra, n° 78.

⁴ J. LAHERA FORTEZA op. cit., 2008, p. 218. ; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 295-296.

leur champ d'application¹. Néanmoins, à partir de cette considération, ces positions se heurtent toutes à une objection de fond. Ou bien, elles tendent à confondre les notions de nature et d'efficacité juridique, ou bien, elles ne permettent pas de maintenir un caractère unitaire à la notion « *d'accords d'entreprise* ».

La thèse de l'efficacité réelle présente également certaines carences, notamment au regard de l'article 41.2 ET relatif à la modification des « *accords et pactes collectifs* ». Cet article a dès son introduction par la réforme de 1994, suscité des doutes relatifs à sa conformité avec l'article 37.1 CE. La viabilité de la théorie de l'efficacité passe sans nul doute par la modification de cet article. Nous proposerons dans tous les cas une alternative, considérant que cet article ne dépasse pas la sphère de l'autonomie individuelle et se réfère essentiellement aux accords de réorganisation productive qui peuvent se rattacher au pouvoir de décision de l'employeur et au droit à la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise.

- a) Les carences des interprétations normative, contractuelle et fonctionnelle et la pertinence du caractère unitaire de la notion « *d'accords d'entreprise* »

788. Dans un premier temps, la doctrine a, selon l'interprétation de l'article 37.1 CE admise, reconnu une nature normative ou une nature contractuelle aux accords d'entreprise en leur attribuant l'efficacité juridique correspondante.

Un premier courant doctrinal estime que les accords d'entreprise doivent être assimilés aux conventions collectives du Titre III du Statut des Travailleurs et ainsi posséder une nature normative et déployer une efficacité normative². Dans ce sens, ces auteurs mettent en exergue le traitement légal de ces accords qui les convertit en accords statutaires. Néanmoins, force est de constater que cette interprétation se heurte au caractère informel de ces accords qui marque une différence substantielle et décisive avec les conventions statutaires³. Dans tous les cas, il importe de souligner que la

¹ En guise d'exemple, partisans de la nature contractuelle des accords d'entreprise, R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, op. cit., 2003, p. 23; J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1994, p. 56; voir également C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1995, p. 559 qui se réfère aux négociateurs et à leur capacité de représentation, tout en rattachant ces accords au droit à la participation.

² Par exemple, J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 116; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1994, p. 55.

³ Voir supra, n° 771. D'autres éléments tels que l'application dans le temps, les sanctions prévues en cas de non-respect, les conditions de modifications constituent également des points de discordance (nous

perspective adoptée par les défenseurs de l'efficacité normative des accords d'entreprise, se réfère essentiellement à leur application automatique et impérative aux contrats de travail qui lui sont soumis¹.

Un deuxième courant de la doctrine estime au contraire que ces accords doivent être rattachés aux conventions extrastatutaires. Selon ces auteurs, l'absence de dispositions légales permettant de régir les questions basiques de son régime juridique, son caractère subsidiaire ou alternatif vis-à-vis de la négociation statutaire, son contenu partiel et spécifique et la limitation de son champ d'application, conduisent à dénier à ces accords une nature comparable à celles des conventions statutaires qui, manifestement, ne remplissent pas les mêmes finalités². Dans ce cadre, les accords collectifs sont pourvus d'une efficacité contractuelle similaire à celle des conventions extrastatutaires. Cette position s'avère particulièrement problématique pour trois motifs. Tout d'abord, lorsque sont envisagés les accords de décrochage, l'attribution d'une efficacité contractuelle à ces accords violerait indubitablement l'article 3.1 c) ET qui interdit justement que les dispositions contractuelles soient vulnérantes celles établies dans une convention collective statutaire³. Ensuite, l'attribution d'une nature contractuelle conduiraient à assimiler les accords d'entreprise aux « *pactes et accords collectifs* » prévus à l'article 41.2 dont les conditions de modification permettent d'exclure l'autonomie collective⁴. Enfin, elle laisse en suspens les fondements de l'application automatique et impérative des accords d'entreprises aux contrats de travail compris dans son champ d'application.

Une troisième alternative consiste alors à considérer que les accords d'entreprises, spécialement les accords subsidiaires, constituent un « *pacte hybride ou tertium genus* »⁵ qui emprunte des caractéristiques aussi bien à la convention statutaire qu'à la convention extrastatutaire. Plusieurs éléments décisifs déconnectent toutefois les

aborderons toutes ces questions sous le prisme de la mise à l'écart des accords de réorganisation productive de la notion « *d'accords d'entreprise* », voir infra, n° 798).

¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, « Una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales », in *La reforma laboral y negociación colectiva, VII jornadas de Estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1995, p. 89; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 105.

² Par exemple, I. ALBIOL MONTESINOS, « Los acuerdos de empresa », *TS*, n° 58, 1995, p. 10; A. OJEDA AVILÉS, « Delimitación de los acuerdos de empresa y pactos colectivos », *AL*, 1995-I, p. 264. La jurisprudence, bien que présentant certaines contradictions, semble s'être décantée pour cette position (STS du 21 janv. 1997, Ar/622. L'arrêt traite néanmoins de la procédure prévue à l'article 51 ET et donc des accords de réorganisation productive).

³ F. LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ et C. VIQUEIRA PÉREZ, loc. cit., p. 654.

⁴ Voir infra, n° 797.

⁵ C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1394.

accords d'entreprise des conventions collectives statutaires ou extrastatutaires. Leur contenu matériel limité, l'exigence de cause, l'existence de période de consultation, leur dimension relative au droit à la participation ou enfin le rôle prépondérant de la volonté patronale marquent indiscutablement l'originalité de ces accords.

789. Ces trois visions ont toutes en commun de demeurer enfermées dans la dichotomie classique entre conventions statutaires et conventions extrastatutaires.

Une quatrième voie a alors été proposée et consiste à affirmer qu'en raison de ses traits propres et singuliers qui ressortent de leur traitement légal¹, les accords d'entreprise doivent être dissociés des conventions indépendamment de leur nature, et constituent une modalité d'accords autonomes et spécifiques². Force est cependant de constater que la doctrine propose alors plusieurs interprétations prenant acte de cette autonomie.

Un premier courant doctrinal opte pour reconnaître une nature contractuelle aux accords d'entreprise, soulignant essentiellement la non-application des règles du Titre III qui constitue la traduction légale du caractère de norme de la convention statutaire³. Il est toutefois intéressant de noter que ces auteurs justifient dans le même temps l'application automatique et impérative des accords d'entreprise aux contrats de travail compris dans son champ d'application en se référant aux exigences de légitimation⁴, ou en admettant l'idée que ces accords puissent déployer une pluralité d'effets⁵.

Un deuxième courant doctrinal reconnaît une efficacité normative et générale à ces accords. Plusieurs fondements sont alors avancés. Pour un auteur, l'efficacité juridique des accords d'entreprise se fonde directement sur l'article 37.1 ET qui prévoit une efficacité normative⁶. Considérant que la formulation de l'article 37.1 CE ne permet pas de définir la signification de l'expression de « force contraignante », d'autres

¹ M. CORREA CARRASCO, op. cit., 1997 (b), p. 186; W. SANGUINETI RAYMOND, op. cit., 2000, p. 107; J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 2008, p. 635; J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 58.

² F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 254; A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 283.

³ J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1994, p. 56; A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 27). L'accord d'entreprise constitue un « *produit spécial de la négociation collective* » qui se fonde sur l'article 37.1 ET mais qui ne peut être rattaché au Titre III ET qui se réfère au « *produit basique ou général de la négociation collective* ». Dès lors, l'exclusion des accords d'entreprises du Titre III et l'inapplication de l'article 83.2 ET impliquent leur caractère contractuel (R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, op. cit., 2003, p. 27 s., qui propose de transposer la distinction civiliste entre normes générales et normes spéciales pour envisager les conventions statutaires et les accords d'entreprise statutaires).

⁴ J. RIVERO LAMAS, loc. cit., 1994, p. 56.

⁵ S. DEL REY GUANTER, « El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET », *RL*, 2010-II, p. 203 qui parle d'« *actes de nature contractuelle et d'effets pluriels* ».

⁶ M. CARRASCO CORREA, op. cit., 1997 (b), p. 186.

auteurs se sont alors attachés à l'analyse du dispositif légal. Le complexe et ambigu article 3 ET qui énonce les sources des relations de travail, a alors été avancé. Excluant l'interprétation majoritaire restrictive¹, un courant doctrinal estime que les accords légalement envisagés dotés de fonctions normatives intègrent cet article². Cette interprétation conduit à appliquer le principe hiérarchique qui découle implicitement de l'énumération de l'article 3.1 ET ainsi que de l'article 3.1 c) ET relatif aux relations entre l'autonomie individuelle et les conventions collectives. Est, par conséquent, admise la supériorité des accords d'entreprise sur les volontés individuelles. Dans tous les cas, l'intégration des accords d'entreprises à la liste prévue à l'article 3 ET n'éclaire en rien leur nature juridique, sachant que cet article regroupe en son sein aussi bien la loi que le contrat de travail, qui constituent les paradigmes de la diversité des sources applicables aux relations de travail. Elle demeure de plus confrontée aux controverses toujours en vigueur relatives au sens et à la portée de cet article³.

Un troisième courant doctrinal écarte les interprétations controversées de l'article 37.1 CE et de l'article 3 ET et propose de s'attacher à la fonction remplie par l'accord d'entreprise considéré. Cette position défendue par le Professeur GORELLI HERNÁNDEZ, part de l'idée que la singularité des accords d'entreprise découle de la prise en compte du caractère hétérogène et pluriel de la notion d'accords d'entreprise. Dès lors, il est difficile d'établir une « *institution juridique homogène* » et il convient d'apprécier la nature et l'efficacité des accords d'entreprise selon chaque accord considéré⁴. Indépendamment des discussions relatives au lien entre fonction et efficacité, cette interprétation conduit à rompre l'unité de la notion « *d'accords d'entreprise* »⁵.

790. En ce qui concerne la jurisprudence, force est de constater que, de manière similaire aux conventions collectives extrastatutaires, elle se caractérise par plusieurs

¹ Selon l'interprétation restrictive, la référence aux conventions collectives renvoie aux conventions statutaires, comme « *manifestation classique de l'autonomie collective* ». L'énumération de l'article 3 ET constitue une liste fermée qui conduit à exclure les accords d'entreprise des sources formelles du droit du travail (A. MONTOYA MELGAR, « Comentario al art. 3 ET », in *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, A. MONTOYA MELGAR, J.M^a GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO, B. RÍOS SALMERÓN, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 34).

² J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 189 s.

³ La théorie de l'effet réel qui se base directement sur l'article 37.1 CE, s'avère dès lors pertinente (J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 218).

⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 26, 57 et 105.

⁵ D'autres auteurs soulignent dans ce sens que l'expression d'« *accords d'entreprise* » doit être envisagée dans un sens pluriel et non pas unitaire (T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 11).

contradictions et carences. En effet, le TS semble s'incliner pour la nature contractuelle des accords d'entreprise¹. Un arrêt de 2004 en présence d'un accord informel s'avère pertinent. Les juges estiment tout d'abord que ce type d'accord « *s'inscrit dans le cadre d'autres pactes que prévoit l'ET, comme les accords de modification de conditions de travail ou de régulation d'emploi* ». Par la suite, ils affirment qu'« *ils n'ont pas d'efficacité normative car ils ne sont pas une convention collective statutaire*² ». Néanmoins, les juges considèrent dans le même temps que « *cela n'empêche pas que l'accord puisse avoir une efficacité personnelle générale au travers du mécanisme spécifique de la représentation des travailleurs* » permettant à ces derniers « *d'adopter des engagements qui lient les travailleurs affectés, sans préjudice que les travailleurs puissent les contester quand ils les considèrent contraires aux normes légales et collectives* »³.

La question de l'efficacité générale des accords d'entreprise est donc directement connectée aux exigences de légitimation et ne semble pas poser de difficultés particulières⁴. Cependant, comme le souligne un arrêt du TSJ du Pays Basque, les exigences de légitimation « *sont la contrepartie pour leur attribuer une efficacité générale* » ce qui s'avèrent cependant insuffisant « *pour pouvoir conclure que nous nous trouvons devant des accords auxquels peut être appliqué le régime juridique et les conséquences prévues pour les conventions collectives* »⁵.

Revenant à l'efficacité juridique, plusieurs arrêts de TSJ ont assimilé les accords d'entreprise à la convention collective spécialement en présence d'un accord

¹ Antérieurement à la réforme de 1994, les juges se prononçant sur un accord informel, affirment que ces accords sont « *soumis aux règles générales en matière de contrats* » et « *étendent leurs effets aux parties à la négociation et à ceux qui sont directement représentés par ces dernières* » (STS u.d. 2 fév. 1994, Ar/784). Sous l'empire des dispositions issues de cette réforme, ils adoptent une conclusion similaire considérant que les accords d'entreprises n'ont pas la valeur de convention collective statutaire, en raison de l'informalité de leur dépôt, enregistrement et publication et doivent, par conséquent être considérés comme des « *accords extrastatutaires* » (STS 13 nov. 2003, Ar/1773 de 2004 relatif à un accord subsidiaire). Dans le même sens, STSJ de Canarias (Las Palmas) 30 sept. 2005, AS/3032 : « *Les accords ou pactes d'entreprises n'ont pas été considérés comme des normes juridiques, et sont ainsi une manifestation de l'autonomie de volonté [...] située en principe dans une position hiérarchique inférieure à la convention* » (il s'agit en l'espèce d'un accord informel qui prétend modifier une convention collective).

² Les juges affirment alors que leur interprétation incombe aux juges du fond.

³ STS 24 mai 2004, Ar/5026. En l'espèce, les juges rappellent que « *les sections syndicales qui l'ont signé ont une représentation suffisante pour engager à tous les travailleurs de l'entreprise* ».

⁴ Les juges ont par ailleurs considéré qu'un accord de développement d'une convention doit être situé dans le champ de son application et de sa durée ce qui implique la reconnaissance d'efficacité générale (STS 29 janv. 2004, Ar/958).

⁵ STSJ del País Vasco, 15 déc. 1998, AS/7496. Dans cet arrêt, les juges considèrent que « *l'accord d'entreprise ne correspond pas à une véritable convention collective considérant qu'il ne suit ni la procédure de négociation de l'ET ni ne réunit les exigences de contenu qu'exige l'article 85.3 ET* ».

subsidaire¹ ou d'un accord modificatif d'une convention collective. Dans cette hypothèse, les juges ont affirmé que « *bien qu'ils ne soient pas réglés dans le titre III ET, ils sont à tous les effets des pactes statutaires dotés d'efficacité normative et ne peuvent donc être considérés comme des conventions extrastatutaires* » ; [...] « *ils bénéficient de la même force contraignante bien que la négociation ait été menée en marge de certaines règles de procédure du Titre III de faible importance pour influencer sur leur efficacité* »².

Il ressort de cette jurisprudence que les juges accordent une grande importance aux exigences de légitimation afin de reconnaître une efficacité normative et générale aux accords d'entreprise, dont l'application aux contrats de travail individuels compris dans son champ d'application semble garantie. C'est justement sur cette idée essentielle que se fonde la théorie de l'effet réel dont l'application est donc ici pertinente.

791. La supériorité des accords collectifs sur les contrats individuels étant largement admise, il convient de s'attacher maintenant aux relations entretenues entre les conventions collectives et les accords d'entreprise.

Les modalités de relations des différents accords d'entreprise avec les conventions statutaires peuvent se déduire du dispositif légal³. Un courant doctrinal propose dans ce sens de transposer les relations entre la loi et la convention aux relations entre la convention et les accords d'entreprise évoquant la notion de « *supercontractualité* » qui place les accords d'entreprise dans une « *position intermédiaire entre conventions et contrats* »⁴. Cette interprétation est séduisante en ce qu'elle permet d'envisager l'ensemble des relations décrites et de maintenir la préférence initiale et de principe de la convention statutaire.

792. En ce qui concerne les accords de décrochage ou les accords subsidiaires, leur intervention se fonde sur la loi qui envisage de manière spécifique une modalité particulière de relations entre ces produits de la négociation collective et la convention

¹ STSJ de Galicia, 6 juill. 2005, AS/268 de 2006; STSJ de Canarias (Santa Cruz), 23 fév. 1999, AS/581 dans lequel les juges affirment que cet accord « *lie les travailleurs compris dans son champ d'application* ».

² STSJ País Vasco 25 oct. 2005, AS/799, 2006.

³ « *La loi dessine le plan le plus général des décisions normatives (mais également des non-normatives) dans le monde des relations de travail* » (A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 20) ; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 189 s.

⁴ A. OJEDA AVILÉS, loc. cit., 1995, p. 264.

statutaire¹. Dès lors, il ne peut y avoir de conflit, considérant que le dispositif légal établit clairement quelles dispositions sont applicables.

Un courant de la doctrine, se référant essentiellement aux accords subsidiaires, considère que s'applique le principe de hiérarchie normative². Son application en présence d'un accord de décrochage peut également se baser sur deux éléments. D'une part, de manière similaire aux accords subsidiaires, son application est liée à celle de la convention collective qu'il met à l'écart. En effet, bien que les parties puissent établir librement la durée de l'accord, la doctrine a souligné que l'entrée en vigueur d'une convention collective conduit à rendre caduc l'accord de décrochage³. Cette problématique a par ailleurs été résolue par les dernières réformes légales et par la nouvelle rédaction de l'article 82.3 ET qui prévoit expressément que la durée des accords de décrochage « *ne pourra se prolonger au-delà du moment à partir duquel sera applicable une nouvelle convention dans l'entreprise* »⁴. D'autre part, la mise à l'écart de la convention statutaire par les accords de décrochage ne remet pas en cause cette supériorité hiérarchique, considérant que celle-ci est directement issue d'une habilitation légale⁵. En définitive, dès lors qu'un accord d'entreprise est envisagé par la loi, ce qui est le cas pour les accords subsidiaires et les accords de décrochage, il s'avère possible de déterminer ses relations avec la convention collective. Il n'est donc pas nécessaire de recourir au principe de hiérarchie normative afin de déterminer les relations entre accords d'entreprise et conventions collectives. Autre chose est que la loi étende de manière tant substantielle l'habilitation des accords d'entreprise de mettre à l'écart la convention collective, que l'exception devienne la règle.

Une spécificité doit être soulignée dans l'hypothèse de compétence alternative entre la convention statutaire et l'accord d'entreprise. En effet, cette hypothèse peut conduire à un conflit applicatif entre un accord d'entreprise et une convention statutaire,

¹ Application préférentielle ou subsidiaire respectivement.

² R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1995, p. 185; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 220.

³ M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 276.

⁴ Cette formulation permet de trancher une controverse doctrinale apparue à la suite de la réforme de 2010. En effet, les articles 82.3 ET et 41.6 ET prévoyaient que la mise à l'écart de la convention ne pouvait dépasser « *sa vigueur* ». La majorité de la doctrine, qui voit sa position renforcée, considérait que durant la prorogation automatique ou l'ultra-activité de la convention, l'accord continue de s'appliquer (J. LAHERA FORTEZA, loc. cit., 2011, p. 371 ; J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 2010, p. 181 ; loc. cit., 2012, p. 409 ; S. DEL REY GUANTER, loc. cit., TL, 2010, p. 178 ; C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., p. 135.). Un auteur estimait toutefois que l'accord cesse de s'appliquer à l'arrivée du terme initialement prévu dans la convention (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 365).

⁵ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, loc. cit., 1995, p. 185.

qui peut être résolu au travers du principe *prior in tempore*¹. Cette spécificité rappelle alors que l'existence d'une hiérarchie normative entre les différents produits de la négociation s'avère une question controversée², comme l'a démontré l'analyse du droit français.

793. Les relations entre accords d'entreprise informels et conventions collectives ne peuvent quant à eux être déterminées par rapport à la loi, ces accords se déployant dans le vide normatif. L'application du principe de hiérarchie normative implique la mise à l'écart des dispositions de l'accord d'entreprise qui contredisent la convention statutaire, l'application automatique des dispositions conventionnelles de rang hiérarchique supérieur étant compensée par l'application du principe de la norme plus favorable de l'article 3.3 ET³. Selon cette position, l'accord d'entreprise est donc une norme.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'efficacité de ces accords et a affirmé qu'elle « *reste limitée à ceux qui étaient directement représentés* »⁴. Dès lors, un accord informel « *d'efficacité limitée ne peut prévaloir ni contredire les dispositions d'une convention collective statutaire pour des raisons de hiérarchie* »⁵. Les juges admettent par conséquent la nature contractuelle de l'accord d'entreprise et recourent donc à l'article 3.1 c) ET relatif à l'articulation entre les normes et les contrats⁶. Les accords informels se voient donc fondamentalement reconnaître une fonction d'amélioration ou de complément du cadre conventionnel selon les particularités de l'entreprise, fonction qui se rapproche de celle attribuée aux contrats de travail⁷. Force est alors de constater que les accords de réorganisation productive s'inscrivent dans cette même logique⁸. Leur contenu par rapport à la convention collective applicable reste en effet limité dans des conditions similaires.

¹ Sur ce principe, voir supra, n° 657.

² J. LAHERA FORTEZA, op. cit., 2008, p. 243.

³ M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 338.

⁴ STS 2 fév. 1994, Ar/784.

⁵ STS 18 fév. 2003, Ar/3372. Les juges affirment que les pactes extrastatutaires se situent « *au même niveau que le contrat de travail bien que leur cadre subjectif ne soit pas individuel* ».

⁶ Aux termes duquel les relations de travail sont régulées « *par la volonté des parties, manifestée dans le contrat de travail, étant son objet licite et sans qu'en aucun cas, puissent s'établir au préjudice du travailleur, des conditions moins favorables ou contraires aux dispositions légales et aux conventions collectives antérieurement énoncées* ».

⁷ J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 2008, p. 615 qui parle d'un « *instrument de seconde catégorie pour la régulation conventionnelle de la relation de travail* ».

⁸ Les particularités de l'entreprise sont ici appréciées de manière conjoncturelle et soumises à une exigence de causalité.

794. Les relations entre les différents accords d'entreprise et les conventions extrastatutaires conduisent à distinguer ici les accords informels et les accords légalement prévus. En effet, pour ces derniers, le traitement légal conduit à affirmer leur application préférentielle par rapport à une convention extrastatutaire¹. Pour les accords informels, la situation est plus complexe, sachant que ces deux produits de la négociation collective se sont déployés en marge de dispositions légales. Certains auteurs estiment alors que « *la subordination constitutive qui caractérise les accords collectifs d'entreprise conduira, dans les hypothèses de conflits de concurrence de ces derniers avec les conventions collectives informelles, à utiliser le principe de hiérarchie [...]. En conséquence, les clauses de l'accord collectif qui porteraient atteinte à la convention collective devront être substituées par celles de la convention collective dont la supériorité applicative est ici maintenue* »². D'autres auteurs ont toutefois proposé d'appliquer l'accord d'entreprise en considérant sa fonction normative dans l'entreprise, le principe *prior in tempore* ou la disposition plus favorable³.

795. Au regard de ces considérations, il s'avère extrêmement difficile de dégager des éléments de solutions définitifs. L'hétérogénéité des différents accords d'entreprise rend en effet difficile l'attribution d'une nature normative ou d'une nature contractuelle, la reconnaissance des effets juridiques correspondants et enfin la détermination de l'article permettant la comparaison. Dans ce cadre, la théorie de l'efficacité réelle permet de dépasser ces difficultés. D'une part, elle se limite à garantir l'application automatique et impérative de ces accords aux contrats individuels compris dans son champ d'application sans présumer de son efficacité personnelle. La supériorité des manifestations de l'autonomie collective sur l'autonomie individuelle semble une considération admise par la doctrine et la jurisprudence. D'autre part, elle permet d'apprécier toutes les autres questions, notamment ses relations avec la convention collective statutaire, au niveau légal et ainsi d'intégrer les divergences entre les différents accords d'entreprise.

¹ F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 336; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 209. Selon ces auteurs, une convention extrastatutaire postérieure peut cependant être appliquée si elle s'avère plus favorable que l'accord d'entreprise antérieur (on retrouve cette idée dans les relations entre conventions statutaires et conventions extrastatutaires).

² M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 340.

³ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 210.

Nous verrons toutefois que lorsqu'est abordée l'application dans le temps des accords d'entreprise et spécialement les conditions encadrant leur modification, cette position se heurte à une objection de poids qui conduit à mettre en cause sa viabilité.

b) Les contreparties de l'application de la thèse de l'efficacité réelle

796. Les conditions encadrant la succession d'accord d'entreprise a conduit la doctrine à se demander si l'article 86 ET qui évoque le principe de modernité, la prorogation automatique et l'ultra-activité, pouvait être appliqué¹.

L'application du principe de modernité ne pose pas de difficulté particulière. Il est admis qu'un salarié ne pourra invoquer le principe de condition plus avantageuse et les conditions de travail antérieures seront substituées par celles prévues par un accord d'entreprise postérieur ou une nouvelle convention². En effet, en raison de l'interprétation majoritaire selon laquelle les produits émanant de l'article 37.1 CE s'applique de manière automatique et impérative aux contrats de travail compris dans son champ d'application, l'incorporation dans ces contrats est inutile, empêchant par conséquent le jeu du principe de condition plus avantageuse³.

L'application des règles de prorogation automatique et d'ultra-activité concerne essentiellement les accords de décrochages⁴ et doit selon nous être abordée aux termes des développements antérieurs. Dès lors, si la convention se trouve prorogée ou en ultra-activité, l'accord de décrochage continuera de s'appliquer jusqu'à l'application de la nouvelle convention. Si les parties ont fixé une durée inférieure, indépendamment de la durée de la convention affectée, la doctrine se montre divisée⁵. Nous considérons toutefois que ces règles ne peuvent être transposées aux accords d'entreprises se référant exclusivement à l'instrument typique de la négociation, la convention collective

¹ Il est dans tous les cas admis que les accords d'entreprise ne peuvent déployer d'effet rétroactif (J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 365).

² F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 294; J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 343.

³ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, op. cit., 2001, p. 81.

⁴ L'application des accords subsidiaires est en effet conditionnée à l'absence de dispositions conventionnelles, indépendamment des conditions de leur application. Pour les accords de réorganisation productive qui ne prévoient pas de mesures de suivies, la doctrine a justement souligné que « *leur vigueur se termine au moment auquel sont mises en œuvre les décisions de l'employeur qu'ils intègrent* » (M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 275).

⁵ Contre l'application des mécanismes de l'article 86 ET, J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 343 ; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 291, qui considère toutefois que les parties peuvent prévoir la prorogation ; en faveur de leur application tout en mettant certaines réserves, J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 166 ; M. GARCÍA JIMÉNEZ, op. cit., p. 274.

statutaire. Dans ce sens, leur application n'est pas envisageable pour les accords d'entreprise informels.

797. Au regard de l'application de modernité, il importe alors de s'attacher aux conditions dans lesquelles un accord d'entreprise peut être modifié.

Une première approche doit conduire à admettre que, constituant une manifestation de l'autonomie collective, sa modification ne peut intervenir de manière unilatérale. Cette approche s'inscrit parfaitement dans la théorie de l'efficacité réelle qui implique que tous les produits de la négociation collective possèdent une efficacité qui empêche toute modification unilatérale. Force est cependant de constater que cette première approche se heurte à une disposition statutaire, concrètement à l'article 41.2 ET relatif aux modifications substantielles qui « *pourront affecter les conditions reconnues aux travailleurs dans leur contrat de travail, dans des accords ou pactes collectifs ou dont ils bénéficient en vertu d'une décision unilatérale de l'employeur à effets collectifs* ». Nous nous intéresserons ici uniquement aux conditions de travail issues « *d'accords ou de pactes collectifs* »¹ et concrètement, nous nous demanderons si les accords d'entreprises peuvent s'inscrire dans cette procédure.

Afin d'aborder cette question extrêmement complexe nous analyserons tout d'abord la portée de cette procédure. L'article 41 ET permet à l'employeur de modifier de manière unilatérale une condition de travail prévue dans un « *accord ou pacte collectif* ». Une autre conclusion ne prendrait pas en considération l'essence de cet article. En effet, la spécificité des accords relatifs à la modification substantielle des conditions de travail, et plus loin des accords de réorganisation productive, réside dans le fait que leur absence n'empêche pas l'employeur de mettre en œuvre la mesure proposée. Nous reviendrons plus loin sur cette affirmation. Contentons-nous ici de souligner que la procédure de l'article 41 ET permet à l'employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail considérées.

Dans ce cadre, l'interprétation de l'expression « *d'accords ou pactes collectifs* » revêt une importance fondamentale. Trois interprétations ont été proposées par la doctrine. Selon une interprétation restrictive et littérale, seules les modifications substantielles des conditions de travail issues d'une convention collective statutaire font l'objet d'une procédure spécifique qui implique nécessairement un accord pour être

¹ Pour les conditions issues du contrat de travail ou d'une décision de l'employeur, voir supra, n° 560.

mises en œuvre. Lorsque la loi se réfère aux « *accords et pactes collectifs* », elles envisagent toutes les produits de la négociation collective à l'exception des conventions collectives statutaires¹. Cette position permet alors de clarifier la nature contractuelle de ces accords et de fonder leur rattachement sur le contrat de travail permettant le jeu de la condition plus avantageuse et donc de son éventuelle suppression². Plusieurs auteurs ont alors affirmé que cette interprétation extensive doit être écartée car elle porte atteinte à la force contraignante de l'article 37.1 CE auquel se rattachent les accords d'entreprise³. Elle conduirait notamment à la modification de la convention collective par un accord qui pourra à son tour être modifié, cette fois, de manière unilatérale par l'employeur.

Une interprétation intermédiaire conduit à distinguer les accords prévus par la loi et les accords ou conventions conclus en marge des dispositions légales. Les conventions collectives extrastatutaires et les accords informels peuvent faire l'objet d'une modification unilatérale alors que les accords de décrochages, les accords de réorganisation productive et les accords subsidiaires doivent faire l'objet d'un accord pour être modifiés⁴.

En vertu de l'interprétation large, tous les produits de la négociation collective s'imposent aux volontés individuelles auxquelles ils s'appliquent et doivent pour être modifiés, faire l'objet d'un accord⁵. On retrouve ici l'idée d'efficacité réelle qui garantit la supériorité de l'autonomie collective sur l'autonomie individuelle empêchant ainsi l'intervention unilatérale de l'employeur. La doctrine a cependant averti que cette interprétation conduit à vider de son sens l'article 41 ET⁶.

Dans ce cadre, les juges ont pu admettre que les accords d'entreprise légalement prévus sont une manifestation de l'autonomie collective au même titre que les conventions statutaires et doivent ainsi être modifiés dans les mêmes conditions empêchant l'intervention unilatérale de l'employeur⁷. Conformément aux controverses relatives à l'efficacité des accords d'entreprise, d'autres arrêts ont toutefois admis la

¹ I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 1995, p. 40; A. PEDRAJAS MORENO, loc. cit., 1994, p. 376.

² F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., *AL*, 1996, p. 420.

³ J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 136; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 253 s. ; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., p. 201.

⁴ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL et C. RIERA VAYREDA, « Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales », *AL*, 1997, n° 46, p. 1117; C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO et T. SALA FRANCO, loc. cit., 1995, p. 1398 qui opèrent quant à eux une distinction selon l'efficacité normative ou contractuelle de l'accord considéré, écartant ainsi les accords de réorganisation productive ; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., p. 201 pour qui le recours à l'autonomie collective est incontournable uniquement pour les accords de décrochage.

⁵ A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 1995, p. 577; F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 110.

⁶ J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 344.

⁷ STSJ País Vasco 25 oct. 2005, AS/799, 2006.

modification unilatérale en l'absence d'accord à l'issue de la période de consultation, procédant ainsi à une interprétation littérale de l'article 41 ET¹. Cette dernière position semble désormais s'imposer².

798. Au regard de ces considérations, le droit positif met en doute la viabilité de la thèse de l'efficacité réelle qui souffre d'une atteinte majeure. Nous considérons que celle-ci doit être néanmoins maintenue et que l'article 41.2 ET est, dans sa rédaction et/ou interprétation actuelle, inconstitutionnel, permettant la modification unilatérale de produits émanant du droit à la négociation collective doté constitutionnellement de « force contraignante », entendue comme efficacité réelle.

Cette position se trouve par ailleurs renforcée par l'affaiblissement de la portée des arguments avancés pour admettre la constitutionnalité du dispositif. En effet, pour un secteur de la doctrine, cet article permet de différencier deux produits de l'autonomie collective dont la protection a une intensité variable. Il s'agit alors d'apprécier « *depuis la perspective du caractère raisonnable ou arbitraire des mesures prévues* », si l'atteinte au droit à la négociation collective et à la liberté syndicale est justifiée³. Dans ce cadre, la conciliation avec le principe de liberté d'entreprise et de la défense de la compétitivité de l'article 38 CE, mais surtout l'exigence de causes justificatives, l'existence d'une période de consultation et le contrôle a posteriori des juges, permettraient d'éviter de laisser la modification à l'arbitraire de l'employeur. Si dans la législation issue de la réforme de 1994, ces arguments pouvaient être accueillis favorablement⁴, la rédaction de l'article 41 ET issue de la réforme de 2012, conduit

¹ STSJ Castilla La Mancha, 11 déc. 2003, STSJ Navarra du 13 oct. 2005, STSJ Asturias 26 mars 2004, citées par J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 345.

² STS 6 oct. 2009, Ar/5661. Dans cet arrêt, les juges considèrent que la modification de conditions de travail de caractère collectif, issues d'une source distincte aux conventions collectives statutaires, peut être adoptée par l'employeur, en raison de son efficacité contractuelle, une fois terminée la période de consultation. En l'espèce, il s'agissait de la modification d'une prime de production prévue dans un accord d'entreprise en complément de la convention sectorielle applicable.

³ I. ALBIOL MONTESINOS, loc. cit., 1995, p. 40; J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 346.

⁴ Un courant doctrinal a cependant rejeté la viabilité de ces différents arguments (sur le respect de l'article 38 CE, A. OJEDA AVILÉS, « « Barrenado » de convenios y contenidos esencial del derecho a la negociación colectiva », in *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, p. 204; Plus généralement sur l'atteinte au droit à la négociation collective et à la liberté syndicale, voir J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit., 1994, p. 136; A. BLASCO PELLICER, loc. cit., 1995, p. 577; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, « Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo », *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Coord. E. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, Madrid, MTAS, 1997, p. 59.

certainement à remettre en cause leur portée¹. Observons également que les critères d'appréciation du caractère individuel ou collectif de la modification substantielle permettent désormais à l'employeur de modifier unilatéralement et sans consultation, les conditions de travail d'un salarié établies dans un accord d'entreprise².

799. Dans ce cadre, nous proposons une interprétation de cet article qui conduit à admettre que les « *accords et pactes collectifs* » qui y sont visés, se réfèrent uniquement aux accords de réorganisation productive. Dans ce sens, nous considérons que ces accords ne constituent pas une manifestation de la négociation collective mais une manifestation du droit à la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise³. Dès lors, leur modification s'effectue au travers de la modification substantielles des conditions de travail et peut, par conséquent, se réaliser au travers d'une modification unilatérale de l'employeur n'ayant jamais quitté la sphère de ses pouvoirs. Ce mécanisme s'inscrit dans la logique qui irrigue le droit espagnol selon laquelle l'accord est le meilleur instrument de paix sociale. L'entorse au principe contractuel que constitue la capacité de l'employeur de prendre de façon unilatérale une mesure qui modifie ou supprime une condition plus avantageuse, doit idéalement être compensée par un surplus de légitimité symbolisé par la conclusion d'un accord qui n'est toutefois pas nécessaire du point de vue juridique.

Le rapprochement des accords de réorganisation productive du droit à la participation des salariés et du corolaire pouvoir de décision de l'employeur, peut par ailleurs s'appuyer sur d'autres arguments.

Un premier argument se rattache au fondement de l'efficacité de ces accords. Nous avons vu antérieurement que la fonction normative des accords de décrochage et des accords subsidiaires a constitué un argument de poids pour fonder leur efficacité normative. Ce raisonnement est inapplicable aux accords de réorganisation qui sont, aux

¹ Dans ce sens, C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 240, qui souligne notamment que l'exigence de proportionnalité imposée par le TC, entre la cause invoquée et la mesure proposé, s'avère désormais difficile à apprécier.

² Sur les nouvelles définitions du caractère collectif ou individuel de la modification, voir supra, n° 562.

³ La doctrine espagnole, tout en soulignant leur particularité, intègre toutefois de forme majoritaire ces accords dans la typologie des accords d'entreprise et les rattachent au droit à la négociation collective (F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 240 ; J.M. FUSTE MIQUELA, « Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal », in *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 261). La période de consultation qui se déroule « *en vue d'obtenir en accord* » transforme le processus en un véritable processus de négociation (M^a.T. CONDE-PUMPIDO, « El nuevo poder de dirección del empresario », in *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1997, p. 19).

termes de la loi, dénués de fonction normative¹. L'article 41.4 ET énonce en effet que ces accords aborderont « *les causes motivant la décision patronale et la possibilité d'éviter ou réduire ses effets ainsi que les mesures nécessaires pour atténuer ses conséquences sur les travailleurs affectés* ». Ces accords présentent un caractère technique et accompagnent la mesure de l'employeur dont le contenu est autonome. La doctrine a alors affirmé que « *la déconnexion qu'ils présentent avec la négociation collective est évidente* »². Ils ont donc comme fonction d'accompagner le pouvoir de décision de l'employeur³. Dans ce sens, la qualification de ces accords comme « *accords de gestion* »⁴ prend une ampleur supplémentaire.

La pratique démontre toutefois que ces accords présentent incontestablement des dispositions régissant les conditions de travail qui respecteront dans tous les cas les normes légales et conventionnelles⁵. Doit-on alors considérer que l'accord possède un contenu normatif auquel doit être attribué une efficacité normative⁶ ? S'il l'on considère que le fondement de la mesure demeure la décision de l'employeur, il convient d'attribuer une efficacité contractuelle à l'accord qui n'oblige par conséquent que l'employeur et les représentants des salariés signataires⁷. L'employeur engage par conséquent sa responsabilité contractuelle si la mise en œuvre de la mesure ne respecte pas les termes fixés dans l'accord. La conclusion de l'accord ne fait pas basculer cette procédure qui demeure strictement contractuelle, dans la négociation collective des

¹ Ils ne visent pas à établir « *des standards normatifs de protection ou à en modérer l'application* » (J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 325).

² J.M^a. GOERLICH PESET, loc. cit., 2007, p. 325.

³ Ces accords ont comme fonction d'adapter le cadre en vigueur dans l'entreprise à un problème ponctuel ou conjoncturel relatif à l'organisation du travail et de l'entreprise. Ils sont « *intimement liés à la production ou à l'organisation du travail* » (J. GARCÍA MURCIA, loc. cit., 2008, p. 624, 638, op. cit., 1998, p. 182).

⁴ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, in L.M. CAMPS RUIZ y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, op. cit., p. 85.

⁵ Si la modification porte atteinte à la convention collective statutaire, l'article 41.6 ET renvoie expressément à la procédure de décrochage de l'article 82.3 ET.

⁶ Cette interrogation a notamment fait l'objet de controverses relatives aux engagements de l'employeur consécutifs à un plan social et à des licenciements collectifs dans le cadre de l'article 51 ET (J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 118). Incontestablement, l'autorisation administrative constituait la singularité de ces accords. La réforme de 2012, en supprimant cette autorisation, conduit alors à appliquer le même raisonnement à l'ensemble des accords de réorganisation productive

⁷ J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 185. Dès lors, l'accord de réorganisation productive est doté d'efficacité contractuelle et les accords subsidiaires ou de décrochage sont dotés d'efficacité normative et l'unité des accords d'entreprise est rompue. Il convient cependant de préciser que la doctrine a considéré que dès lors que ces accords possèdent un contenu normatif et déploient une efficacité générale, doit leur être reconnue une efficacité normative. On retrouve ici la perspective fonctionnelle (J. GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 127). Le professeur GARCÍA MURCIA les rattache alors aux accords subsidiaires (op. cit., 1998, p. 196).

conditions de travail. Les salariés ne peuvent donc pas invoquer l'accord¹. On retrouve alors la même problématique que celle envisagée en droit français en matière de convention collective relative à l'emploi². Cette conclusion n'est certainement pas la plus satisfaisante mais semble la seule possible au regard de la logique de l'article 41 ET. Il est toutefois possible de considérer, dans le cadre de la théorie de l'efficacité réelle, que les accords réorganisation productive doivent, dès lors qu'ils possèdent un contenu normatif, être assimilés aux accords informels dont la force contraignante garantie par l'article 37.1 ET, empêche la modification unilatérale de l'employeur et permet aux salariés d'en contester les manquements.

Le deuxième argument a été abordé antérieurement et consiste à rappeler que la mise en œuvre de la mesure proposée par l'employeur n'est pas conditionnée à l'existence d'un accord³. La liberté de l'employeur est de plus est maintenue lorsqu'un accord est effectivement conclu dans ces hypothèses⁴. Les accords de réorganisation sont donc directement connectés au pouvoir de décision de l'employeur⁵, confronté en l'espèce à une limitation minimale, la période préalable de consultation⁶. Un auteur parle « *d'accords de ratification collective de décisions unilatérales de l'employeur* »⁷. Antérieurement à la réforme de 1994, le TC avait affirmé que l'article 41 ET « *ne concerne en aucun cas points, l'adoption de conventions ou accords* » mais « *se réfère à l'adoption de mesures déterminées de la part de la direction de l'entreprise* »⁸. L'introduction en 1994 des accords modificatifs dans cette disposition est venue logiquement brouiller cette interprétation.

¹ Reprenons alors à notre compte les propos du Professeur GARCÍA MURCIA qui affirme que « *de toute façon, la manière de produire des effets sur le contrat de travail peut varier d'un accord à l'autre, simplement en raison de la variété de ses fonctions* » (loc. cit., 2008, p. 629).

² Voir supra, n° 435 s.

³ Dans ce sens, en l'absence d'accord, l'article 41 ET prévoit que la décision de l'employeur en matière de modification substantielle collective des conditions de travail, est notifiée aux travailleurs une fois terminée la période de consultation et produit ses effets après un délai de sept jours suivant la notification (art. 41.5 ET antérieurement à réforme de 2012, le délai était de trente jours). Pour les modifications individuelles, ce délai passe de 30 à 15 jours (art. 41.3 ET).

⁴ En effet, la décision finale d'adopter la mesure accordée revient au seul employeur. C'est seulement si celui-ci décide de la mettre en œuvre, que les termes de l'accord l'obligent. La conclusion d'un accord n'équivaut donc pas à son application (T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 56).

⁵ C. SÁEZ LARA, loc. cit., 1995, p. 556; J. GARCÍA MURCIA, op. cit., 1998, p. 81.

⁶ R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, op. cit., 2003, p. 43.

⁷ A. MONTOYA MELGAR, loc. cit., 1996, p. 29.

⁸ STC 92/1992 du 11 juin. Voir dans le prolongement de cette même idée, STS 24 mai 2004, Ar/5026, relatif à un accord informel dans lequel les juges affirment que ces accords, « *comme les accords de modification de condition de travail ou de régulation d'emploi, n'ont pas pour objet la régulation des conditions de travail, mais constituent un acte de gestion du personnel dans l'entreprise : déterminer le concept de lieu de travail* ».

Un troisième argument systémique peut alors être avancé et se rapporte à la nouvelle rédaction des articles 41 et 82.3 ET qui permet, sans nul doute, de rattacher les accords de décrochage au droit à la négociation collective et les accords de réorganisation productive au pouvoir de décision de l'employeur¹. Antérieurement à la réforme de 2012, l'inclusion des accords modificatifs à l'article 41 ET provoquait incontestablement une confusion². Dans ce sens, la nouvelle rédaction de l'article 41 ET qui exclut expressément les accords modificatifs de conventions et qui neutralise l'exigence de cause³, conduit sans nul doute à considérer que « *l'article 41 ET situe « matériellement » la décision de modification substantielle [...] dans le cadre du pouvoir de direction ordinaire* »⁴.

Les accords de réorganisation productive s'éloignent donc du droit à la négociation et se rapprochent davantage de la connexion entre le pouvoir de décision de l'employeur et le droit à la participation à la gestion de l'entreprise reconnu aux travailleurs à l'article 129.2 CE⁵.

800. Une dernière remarque réalisée depuis la perspective comparée qui est la nôtre, peut enfin s'avérer pertinente. En effet, en droit français, en l'absence de fondement constitutionnel explicite, le droit à la négociation collective est rattaché au droit à la participation des travailleurs. La négociation collective est dans ce sens une déclinaison possible de la participation. Il est incontestable que ces deux principes ne sont pas contradictoires mais au contraire complémentaires⁶. Néanmoins, le droit espagnol distingue clairement dans la Constitution deux principes. Cette distinction conduit à un effort d'interprétation plus exigeant qu'en droit français, afin de détecter

¹ Le Titre I dans lequel est intégré l'article 41 ET s'intitule « *De la relation individuelle de travail* ». Quid alors des accords subsidiaires et des accords informels victimes du vide légal ? La théorie de l'efficacité réelle peut alors apporter les éléments de réponse.

² Un courant de la doctrine avait affirmé très tôt que l'accord modificatif renvoie bien plus à une hypothèse de décrochage au niveau de l'entreprise qu'à une modification des conditions de travail stricto sensu et que par conséquent, son emplacement aurait logiquement dû être à l'article 82.3 ET (voir F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit., *AL*, 1996, p. 418). D'autres auteurs avaient toutefois mis en exergue des différences substantielles entre les deux types d'accords justifiant le rattachement des accords modificatifs à l'article 41 ET (T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO, C.L. ALFONSO MELLADO, op. cit., 1996, p. 38).

³ Voir supra, n° 754 s.

⁴ C. SÁEZ LARA, loc. cit., 2012, p. 240.

⁵ Aux termes de l'article 129.2 CE, « *Les pouvoirs publics stimulent efficacement les diverses formes de participation dans l'entreprise et encouragent par une législation adéquate les sociétés coopératives. Ils prennent aussi des mesures pour faciliter l'accès des travailleurs à la propriété des moyens de production* ». Ces accords constituent une manifestation complémentaire des représentations unitaires prévues au Titre II ET, une des formes de participation dans l'entreprise.

⁶ F. ELORZA GUERRERO, op. cit., p. 240.

leur mise en œuvre légale respective. Le caractère éventuel de l'accord de réorganisation productive dont l'absence ne paralyse pas la mise en œuvre de mesure patronale, constitue selon nous un argument décisif permettant de rattacher ces accords au droit à la participation.

Cette considération nous conduit à considérer par ailleurs que l'existence d'un accord entre les représentants des travailleurs et des employeurs afin de modifier une convention ou un accord collectif est une conséquence obligée afin de respecter « *le droit à la négociation collective* » et la « *force contraignante des conventions collectives* » évoqués à l'article 37.1 CE¹. Ce qui a été conclu collectivement doit être modifié collectivement. En France, si l'employeur peut dénoncer unilatéralement un accord atypique, force est de constater que la Constitution ne fait aucune allusion au droit à la négociation collective et à l'efficacité des conventions.

Conclusion § 2

801. La négociation au niveau de l'entreprise peut être abordée selon deux perspectives.

Tout d'abord, elle peut permettre de limiter le pouvoir de décision de l'employeur en le soumettant de manière préalable à une période de consultation ou de négociation selon les cas. Cette perspective salariale de la négociation collective d'entreprise suppose que ces limitations affectent fondamentalement les pouvoirs de l'employeur. Une deuxième perspective vise à contempler la négociation collective d'entreprise comme le meilleur instrument de régulation des conditions de travail qui permet par ailleurs de combiner compétitivité des entreprises et protection des travailleurs. Dans ce cadre, elle ne doit pas être limitée par un cadre légal ou conventionnel rigide et obligatoire. Cette perspective économique s'effectue alors au détriment de l'application de la convention collective statutaire. Les accords d'entreprise de décrochage renvoient sans nul doute à cette dernière perspective. Leur promotion légale au détriment de la convention statutaire est, aux termes de ces développements, une réalité indiscutable selon tous les points de vue, à tel point que la constitutionnalité du dispositif issu de la réforme de 2012 peut raisonnablement être mise en doute. Quant à la limitation des pouvoirs de l'employeur, la nouvelle rédaction

¹ L'arbitrage obligatoire pose dans ce sens des difficultés majeures et, selon nous, insurmontables.

de l'article 41 ET aboutit à un renforcement sans précédent des pouvoirs de l'employeur qui pourra à son gré modifier les conditions de travail et les salaires établis contractuellement.

Du point de vue strictement juridique, la notion « d'accords d'entreprise » s'avère incontestablement complexe et diffuse, regroupant en son sein un ensemble d'accords dont les finalités sont extrêmement hétérogènes. Leur portée et leur intégration dans le système de négociation collective constituent également des questions aux enjeux transcendants. Cette notion est en définitive en perpétuelle construction dans un cadre légal ambigu. Nous considérons toutefois que la théorie de l'efficacité réelle permet de rendre compte d'une figure homogène, qui est constitutionnellement de nature contractuelle et dotée d'efficacité réelle. La diversité des effets des différents accords dans la pratique résulte alors du traitement légal ou non de l'accord considéré. Reste cependant à clarifier la portée de l'article 41.2 ET relatif à la modification substantielle des conditions de travail et à prendre consécutivement une position définitive sur le fondement des accords de réorganisation productive. Il est dans tous les cas fort regrettable que les dernières réformes légales de 2010, 2011 et 2012, n'aient pas apporté de réponses en la matière. Dans le même sens, ces réformes ont également raté l'occasion de dissiper les nombreuses interrogations entourant l'article 3 ET¹.

Conclusion SECTION II

802. « *La fervente exaltation de l'entreprise comme centre de détermination des relations de travail* » soulignée par le Professeur BAYLOS dès 1991², est aujourd'hui sans commune mesure en droit espagnol.

En matière de négociation collective, les réformes de 2010 et 2011 mais surtout celle de 2012, aboutissent à la décentralisation de la négociation collective en faveur de l'entreprise au travers des conventions collectives mais également des accords de décrochages. Cette option légale rompt avec la neutralité du dispositif légal et surtout avec la reconnaissance de l'autonomie collective. En vertu de l'article 37.1 CE, la loi doit certes garantir le droit à la négociation collective, ce qui lui permet d'agir de manière considérable en la matière. Il s'agit toutefois d'une obligation de moyen

¹ Dans ce sens, T. SALA FRANCO, loc. cit., 2012, p. 45.

² A. BAYLOS GRAU, op. cit., 1991, p. 87.

permettant à l'autonomie collective de se déployer dans les meilleures conditions, et non de résultats en imposant un modèle de structure déterminée. La force contraignante des conventions collectives évoquée dans ce même article subit également une atteinte flagrante du point de vue de la théorie normativiste. En effet, la multiplicité des hypothèses dans lesquelles peut être conclu un accord de décrochage, tend indubitablement à affecter la force normative et générale de la convention collective. Il s'agit toutefois d'une manifestation de l'autonomie collective qui ne rentre donc pas en conflit avec le droit à la négociation collective. Il n'en demeure pas moins critiquable que le dispositif s'attache de manière exhaustive à la convention et laisse sans réponse plusieurs problématiques des accords d'entreprise qui sont pourtant voués à prendre une dimension pratique considérable. La théorie de l'efficacité réelle vient donc, selon nous, renforcer ces dernières réformes se limitant à reconnaître l'application automatique et impérative des produits de l'autonomie collective aux contrats individuels.

Dans ce cadre, l'option légale en faveur de la négociation collective d'entreprise est conforme au précepte constitutionnel. Son évaluation critique quant à son opportunité et aux modalités de sa mise en œuvre conduisent toutefois à porter un jugement sévère. Dans tous les cas, l'établissement d'un arbitrage public obligatoire en matière de décrochage s'écarte manifestement du cadre constitutionnel et l'article 41 ET suscite plus que jamais des doutes quant à sa constitutionnalité.

CONCLUSION CHAPITRE II

L'émancipation de l'entreprise est incontestablement une réalité dans les deux pays. Son ampleur reste toutefois variable.

803. En France, la négociation collective d'entreprise ne dispose que d'une préférence applicative en matière d'aménagement du temps de travail. Dans les autres matières, la convention de branche a la capacité d'établir les règles d'articulation qui lui paraissent opportunes. Les marges de manœuvre de l'entreprise lorsque la loi ouvre la faculté de dérogation sans établir le niveau auquel elle peut être mise en œuvre, posent certaines difficultés. Néanmoins, la logique du droit français dans laquelle le principe de faveur permet d'apporter des éléments de réponse à l'ambiguïté de la loi et le sens de la réforme de 2008 en matière de temps de travail, constituent, selon nous, deux arguments clefs permettant de conclure qu'en matière de dérogation, l'entreprise reste sujette aux dispositions sectorielles.

En définitive, la loi maintient la convention de branche au centre du dispositif. C'est alors le choix qu'elle adopte en cas de silence de la convention qui a subi les plus fortes secousses en passant du principe de faveur au principe de spécialité, atténué toutefois par une répartition de matières dont l'ampleur reste dans tous les cas résiduelle. Dans ce sens, il est indiscutable que l'autonomie collective reste largement maîtresse du modèle de structure de négociation collective. Les règles de l'aménagement du temps de travail peuvent alors être envisagées comme l'exception qui confirme la règle.

804. En Espagne, le modèle de structure de négociation collective demeurait, malgré la réforme de 1994, figé à celui opérant à l'entrée en vigueur de l'ET en 1980. Incontestablement, ces dysfonctionnements appelaient à une réforme légale. Il s'agissait toutefois, conformément à la reconnaissance de l'autonomie collective, de renforcer les niveaux de négociation les plus larges au détriment des niveaux intermédiaires tout en permettant plus de flexibilité aux entreprises. La figure juridique des accords d'entreprise a alors permis de remplir ce dernier objectif. Force est de constater que les dernières réformes légales et notamment celle de 2012, ont clairement instauré une option légale favorisant la négociation d'entreprise dans sa globalité, qu'il s'agisse de conventions collectives ou d'accords d'entreprise. Le recours à la répartition de matières entre conventions collectives ne peut, en raison de l'ampleur des matières attribuées à

l'entreprise, constituer une circonstance atténuante à l'hégémonie de cette dernière. Les conditions de mise en œuvre des accords d'entreprises sont désormais dénuées de force et constituent incontestablement une simple formalité pour l'employeur. Plus loin, la possibilité qu'un salarié directement « élu » dans l'entreprise et démuné de protection spécifique, puisse négocier un accord permettant d'écarter une convention collective sectorielle nationale, reste problématique en l'absence de tout contrôle ou appui syndical. Le recours à l'arbitrage public obligatoire constitue dans tous les cas l'aspect le plus problématique et sa conformité constitutionnelle semble difficilement admissible.

805. Dans ce cadre, les relations entre les pouvoirs publics et l'autonomie collective font apparaître un paradoxe flagrant. En effet, le dispositif légal français apparaît sans nul doute beaucoup plus respectueux de la fonction structurante de l'autonomie collective. En dehors de la matière de l'aménagement du temps de travail, la convention de branche demeure libre d'établir les mécanismes permettant de régir la structure de la convention collective. Le dispositif espagnol issu des réformes de 2010, 2011 et 2012 montre en revanche un autoritarisme flagrant en attribuant à la convention d'entreprise une place privilégiée indépendamment de la volonté des interlocuteurs sociaux et en permettant aux chefs d'entreprise de disposer largement des règles individuelles mais également collectives régissant ses relations avec les salariés.

CONCLUSION TITRE II

806. La question de la succession entre conventions collectives a tout d'abord permis de mettre en exergue que les deux droits n'ont pas établi un principe d'irréversibilité des droits conventionnels, qui peuvent donc être modifiés ou supprimés par une nouvelle convention collective. Lorsqu'une convention est dénoncée, ils ont néanmoins permis le maintien de son application durant un délai déterminé afin d'éviter les vides conventionnels. La question de savoir si les deux dispositifs favorisent la conclusion d'une nouvelle convention nous conduit en revanche à distinguer le droit français et le droit espagnol issu de la réforme de 2012. En effet, bien que tous deux facilitent la mise en route d'une nouvelle négociation, le droit français semble plus propice à la conclusion d'une nouvelle convention. La période limitée de maintien en survie de la convention dénoncée pousse la partie salariale à conclure au risque de perdre à l'issue de ce délai les avantages conventionnels. La réforme espagnole de 2012 est ici comparable. En revanche, celle-ci ne prévoit aucun mécanisme incitant l'employeur à conclure, contrairement au droit français qui a établi la règle légale de maintien des avantages individuels acquis. Dans tous les cas, le rapport de force peut s'inverser et pousser les représentants des salariés à refuser de conclure une convention d'entreprise peu favorable et ainsi se voir appliquer la convention sectorielle. Dans tous les cas, ce paradoxe permet de souligner que la dernière réforme légale de 2012 présente de nombreuses approximations et peut finalement remplir une fonction opposée à celle poursuivie par ses auteurs.

La succession entre conventions collectives a ensuite constitué un cadre révélateur des conséquences inhérentes à la dimension normative ou contractuelle de la convention collective. La conception essentiellement contractuelle du droit français qui implique une certaine coïncidence entre les signataires de deux conventions successives, s'est vue nuancée par les nouvelles règles en matière de dénonciation. Celles-ci sont appréciées par rapport aux nouvelles règles de représentativité et à l'exigence majoritaire. Néanmoins, force est de constater que la dimension normative de la convention qui guide le dispositif espagnol, se trouve ici renforcée.

807. L'analyse des mécanismes permettant l'articulation entre conventions collectives et avec les autres produits de la négociation collective se sont révélés pertinents à plusieurs égards.

L'articulation entre les conventions collectives légalement prévues et les différents produits de la négociation collective ont permis de mettre en exergue que la prévision constitutionnelle espagnole complexifie fortement l'analyse. Alors qu'en droit français, les accords atypiques sont assimilés à un engagement unilatéral de l'employeur, l'article 37.1 CE implique une reconnaissance collective à l'ensemble des accords et conventions conclus avec les représentants des salariés et une analyse de la nature et des effets des accords ou conventions conclus en marge de la loi. Alors que les rapports entre conventions collectives statutaires et extrastatutaires permettent au principe de faveur de s'appliquer, les accords d'entreprise présentent de nombreuses difficultés consécutives à l'absence d'un cadre juridique clair. Nous avons alors considéré que conformément à leur nature contractuelle, ces derniers sont soumis à la convention collective. La loi peut néanmoins opter pour établir d'autres modes de relations. Les accords subsidiaires et les accords de décrochages sont dans ce sens illustratifs de cette faculté. Leur traitement légal les rapproche indiscutablement des conventions collectives.

Les accords de décrochages présentent néanmoins plusieurs particularités. D'une part, d'un point de vue comparé, ces accords se distinguent des accords dérogatoires du droit français dans lesquels c'est la loi qui est affectée. Seuls les accords en matière d'aménagement du travail prévus dans la loi de 2008 sont ici comparables. Ils sont également soumis à une exigence de causalité absente du droit français. Ils interviennent de plus dans toutes les matières centrales des relations de travail. La création de commissions ad hoc et spécialement de la commission directe, dans les entreprises dépourvues de représentation unitaire, pose par ailleurs la question cruciale de l'indépendance des négociateurs et de la présence syndicale qui est toujours garantie en droit français. Enfin, leur conclusion est largement encouragée par la loi qui n'a eu de cesse de prévoir des mécanismes de résolution de conflits dont la dernière modalité heurte fortement la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie collective. D'autre part, centrant les propos au cadre espagnol, l'ampleur des hypothèses dans lesquelles ces accords peuvent intervenir, porte sans nul doute une atteinte importante aux conventions collectives statutaires qui constituent indubitablement l'instrument central de régulation des conditions de travail. L'option légale de permettre la négociation

d'entreprise est en soi conforme au droit à la négociation collective, bien que sa mise en œuvre soit peu soucieuse de l'autonomie collective. En revanche, la possibilité ouverte à l'employeur d'écarter une convention collective qu'il a lui-même signée, s'avère plus difficile à admettre. La faible teneur de l'existence de cause, les doutes sur l'indépendance des négociateurs salariés dans les PME et la possibilité de recourir à un arbitrage obligatoire ne font qu'accentuer cette affirmation.

808. L'étude des règles d'articulation entre conventions collectives légalement prévues nous a tout d'abord conduits à souligner les divergences initiales entre les deux droits. En France, la logique du dispositif légal établissait une répartition fonctionnelle entre les niveaux de négociation au travers de laquelle le principe de faveur permettait aux conventions de cadre inférieur d'améliorer ou d'adapter, sans toutefois porter atteinte à ce principe, les dispositions des conventions de cadre supérieur. La convention sectorielle nationale pouvait ainsi remplir un rôle central et constituer le point de départ de la structure de la négociation collective. En Espagne, le caractère dispositif du principe *in prior in tempore* n'a pas conduit à une appropriation par les interlocuteurs du modèle de structure de négociation collective, dans lequel la convention départementale demeure le niveau prédominant. Les interlocuteurs sociaux ont donc ici une part de responsabilité majeure. Dans tous les cas, la mise en œuvre du principe de faveur reste totalement dépendante du rapport de force entre les interlocuteurs sociaux.

Il demeure cependant que les tendances actuelles ont permis un certain rapprochement des deux droits dans une direction claire, le renforcement de l'autonomie de la négociation d'entreprise. Le mécanisme de l'application du plus favorable aux salariés tend, par conséquent, à réduire son champ d'application. L'évolution des fonctions de la négociation collective et conjointement les nouveaux contenus des conventions collectives rendent en réalité inopérante et inadaptée une règle basée exclusivement sur l'intérêt et la protection des salariés. Le cadre d'appréciation du droit du travail se déplace alors incontestablement vers l'entreprise. L'application du plus favorable ne vise plus à protéger le salarié mais cherche à s'accorder aux « *aspirations particulières de l'entreprise* »¹. Un auteur espagnol affirme que l'option en faveur de la négociation d'entreprise « *s'avère pleinement cohérente avec la réalité de la majeure partie des pays* » entourant l'Espagne². L'intensité des mesures adoptées varie

¹ T. KATZ, op. cit., p. 291.

² J.R. MERCADER UGUINA, loc. cit., 2012, p. 368.

cependant fortement comme le démontre le droit français. Dans tous les cas, l'analyse du droit espagnol doit nous conduire à nous demander si les dernières réformes légales réalisées en France sont le signe avant-coureur de l'évolution de la politique légale des prochaines années¹.

¹ Reprenons ici les propos du Professeur SUPLOT qui écrit que « *la prospective juridique est un exercice périlleux, qui sombre dans la vanité si elle prétend prédire le Droit, et qui sort de la démarche scientifique si elle vise à en promouvoir la réforme* » (loc. cit., 1989, p. 202).

CONCLUSION PARTIE II

809. Ces développements relatifs aux conditions d'application des conventions collectives ont permis de mettre en exergue un mouvement législatif clair et défini.

Celui-ci s'illustre tout d'abord par un recul de l'impérativité des lois qui laissent par conséquent plus de place à la négociation collective. Les chemins empruntés par les deux droits sont toutefois différents. Alors que le droit français maintient dans une large mesure le caractère impératif de la loi, en ne le remettant en cause que de manière ponctuelle et définie au travers des facultés de dérogation, le droit espagnol a, au contraire, profité de l'éventail des modalités de relations entre la loi et la convention collective. Le renvoi pur à la négociation collective sans la prévision d'un cadre légal, voire réglementaire à l'image du droit français, pose toutefois de nombreuses difficultés. L'évaluation globale de ces politiques légales doit cependant prendre en compte les dynamiques du système de négociation et notamment les niveaux de négociations prédominants.

L'analyse des mécanismes d'articulation entre conventions collectives a alors permis de mettre en exergue le deuxième aspect du mouvement législatif signalé plus haut qui vise à favoriser l'émancipation de l'entreprise. Là encore, les options espagnoles et françaises varient quant aux moyens pour y parvenir mais surtout quant à l'intensité de l'intervention légale. En effet, le dispositif légal espagnol a opté de manière décidée pour la négociation d'entreprise. D'une part, il garantit l'application des conventions conclues à ce niveau dans les matières centrales de la relation de travail. D'autre part, il facilite le recours aux accords d'entreprise de décrochage qui permettent, de manière relativement aisée, à l'employeur de mettre à l'écart la convention sectorielle mais également la convention conclue dans l'entreprise. Quoiqu'il en soit la volonté des interlocuteurs sociaux est impuissante face à des règles légales, en l'espèce, impératives. Le droit français a quant à lui renvoyé aux interlocuteurs sociaux la responsabilité de définir les règles de concurrence entre conventions collectives. C'est uniquement dans leur silence que l'option légale pour l'entreprise apparaît. La question de l'aménagement du temps de travail est par conséquent ou bien l'exception qui conforme la règle, ou bien, un premier pas vers un dispositif comparable au droit espagnol.

810. Il ressort de ces considérations deux aspects. D'une part, les faveurs légales pour l'entreprise modifient les fonctions de la négociation collective. Si traditionnellement les employeurs avaient intérêt de négocier au niveau de la branche afin d'éviter les pratiques de dumping social et instaurer un cadre concurrentiel défini, l'essor de la négociation d'entreprise leur offre un nouvel instrument de gestion de l'entreprise. Certes, la convention d'entreprise constitue un instrument de contrôle du pouvoir patronal. Il est toutefois flagrant que les équilibres dans les entreprises en raison des problèmes d'emploi, sont aujourd'hui rompus.

D'autre part, l'essor de la négociation d'entreprise permet au principe de spécialité de prendre une place de plus en plus importante. Sa généralisation en droit français n'est toutefois pas acquise et les rapports de force dans les négociations décideront de l'ampleur de son application. Dans tous les cas, l'application du principe de faveur est vouée à se réduire drastiquement. Plus loin, les nouvelles fonctions de la négociation collective sont incompatibles avec le principe de faveur. Du point de vue conceptuel, il se heurte à la finalité poursuivie par ce nouveau modèle dans lequel l'entreprise est la variable centrale. La référence au principe du plus favorable est en revanche le salarié. Force est alors de constater que le droit communautaire ne va vraisemblablement pas inverser la tendance. Du point de vue juridique, il implique une relation hiérarchique et le caractère impératif de la norme supérieure. Force est alors de constater que les développements antérieurs démontrent que la configuration de la loi et des conventions collectives notamment en Espagne tendent vers une direction opposée.

Ces transformations illustrent dans tous les cas la vitalité consubstantielle et caractéristique du droit du travail. Elles laissent toutefois planer le doute quant à la remise en cause de la vocation originaire du droit du travail de protéger les salariés. La prise en compte de l'entreprise ne permet que dans un cas extrême, le maintien de l'emploi, de rapprocher les intérêts des salariés de ceux des employeurs.

811. Face à ces profondes modifications, les salariés sont largement démunis. Il leur reste toutefois la possibilité d'invoquer leur contrat de travail et ainsi d'échapper à l'agressivité des négociations d'entreprise et à leur caractère régressif. Sur ce point, les deux droits divergent fortement. En effet, si le droit français maintient avec une certaine fermeté l'autonomie du contrat face aux modifications issues de la négociation collective, le droit espagnol a traditionnellement favorisé la supériorité de l'autonomie collective sur l'autonomie individuelle. La nouvelle rédaction de l'article 41 ET qui

permet à l'employeur de modifier à sa guise les conditions de travail dont la source n'est pas la convention ou la loi, a par ailleurs réduit en cendres le caractère bilatéral de la relation contractuelle. Quoi qu'il en soit, le contrat de travail ne peut empêcher l'employeur d'appliquer une mesure issue de la négociation et constitue en définitive une étape nécessaire vers le licenciement en cas de refus du salarié.

CONCLUSION GENERALE

812. L'analyse des conceptions espagnole et française du droit à la négociation collective nous a permis, au plan constitutionnel, de mettre en exergue une différence substantielle entre les deux systèmes juridiques. En Espagne, la négociation collective correspond à un droit-liberté constitutionnellement reconnu qui s'érige en une limite de l'intervention légale et qui est attribué aux « *représentants des travailleurs et employeurs* ». En France, la négociation collective est une manifestation du principe constitutionnel de participation des travailleurs. Le droit à la négociation collective est donc unilatéral et reconnu aux seuls « salariés ». Il correspond à un PGD qui irrigue l'ensemble du dispositif légal mais qui ne fait pas l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle explicite et générale comparable au droit espagnol.

Force est alors de constater que l'évolution des fonctions de la négociation collective peut remettre en cause la conception française du droit des salariés à la négociation collective. Sauf à prendre comme point de départ que ce droit est conçu comme un simple instrument, similaire à la consultation, de contrôle du pouvoir de l'employeur, il ne fait nul doute que la négociation collective ne se conçoit plus, seulement et prioritairement, comme un instrument d'amélioration des conditions de travail mais représente plus généralement un outil de gestion offert à l'employeur.

Cette fonction gestionnaire s'est vue largement prise en compte par la loi qui n'a eu de cesse de réduire le domaine de son impérativité relative, caractéristique de la fonction d'amélioration de la convention collective. La négociation collective est ainsi libérée du carcan légal. Les conceptions du droit à la négociation collective ont largement influencé les modalités de réduction de l'impérativité de la loi. Alors qu'en France, la loi reste par principe impérative, elle prévoit sur de nombreux aspects non-négligeables, tels que le temps de travail ou les règles de structure de la négociation collective, sa mise à l'écart au bénéfice de la négociation collective.

Quoi qu'il en soit, nous avons vu qu'en raison de la supériorité hiérarchique de la loi, les modèles de configuration sont variés et que la prédominance de l'un d'entre eux correspond au fond à une politique légale.

813. L'essor de la négociation collective promu par la loi n'est cependant pas neutre. En effet, en droit français et espagnol, une tendance commune apparaît et

consiste à permettre à la négociation collective d'entreprise de s'écarter des dispositions conventionnelles adoptées au niveau sectoriel.

Surgit alors un double paradoxe. Considérant que le droit espagnol reconnaît dans une grande mesure l'autonomie collective, il s'avère regrettable d'ôter à la négociation collective la faculté d'établir les règles régissant les rapports entre les différents niveaux ou cadres de négociation. Premier paradoxe, le droit français, par tradition réticent à la reconnaissance de l'autonomie collective, laisse quant à lui aux négociateurs de branche une grande capacité en matière de structure de la négociation collective. Cela passe essentiellement par le caractère supplétif du principe de faveur comme mécanisme d'articulation entre conventions collectives. Seul le thème de l'aménagement du temps de travail échappe à cette règle et constitue, pour l'heure, le thème de prédilection de la négociation d'entreprise. Apparaît alors le deuxième paradoxe. Puisque la mise à disposition du principe de faveur remet en question le rôle protecteur de la loi, la proclamation légale du droit des salariés à la négociation collective, mais également l'idée selon laquelle le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, ou selon une autre terminologie l'autonomie collective, trouve son fondement dans l'application de ce principe, semblent confrontées à une certaine contradiction. Les schémas traditionnels sont rompus. Le Professeur JEAMMAUD souligne dans ce sens que la mise à l'écart du principe de faveur signifierait que « *« l'autonomie collective » serait devenue autre chose qu'une expression importée désignant le fait, banal, que la loi ménage une certaine place à la production négociée de règles de droit et que les acteurs des relations du travail négocient* »¹.

814. En tout état de cause, l'émancipation de l'entreprise du carcan conventionnel permet sans nul doute d'identifier « *les intérêts considérés prioritaires [...] et ceux qui, au contraire, ont été marginalisés ou pas pris en considération* »². Les intérêts de l'entreprise ont nettement été les grands bénéficiaires des dernières réformes légales. Il s'avère alors intéressant de souligner que la prise en compte des intérêts de l'entreprise est certes une nécessité car celle-ci crée et maintient les emplois. Sa finalité première et originaire reste cependant de générer des profits et non de créer des emplois ou de prendre en compte le développement personnel des salariés. Dès lors, l'intérêt de

¹ A. JEAMMAUD, loc. cit., 1999, p. 124.

² M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 61.

l'entreprise coïncide bien plus avec des intérêts économiques qu'avec les intérêts des salariés; les antagonismes demeurent.

Considérant que « *les facteurs qui déterminent la structure de la négociation collective sont plus de caractère économique ou institutionnel (relation de forces entre les organisations qui s'engagent) que de caractère technico-juridique* »¹, force est de constater que le contexte économique et social dans lequel sont apparues les dernières et importantes réformes légales, conduit clairement à renforcer les pouvoirs de l'employeur qui, dès lors qu'est abordé le thème de l'emploi, dispose d'un argument décisif. La négociation collective se définit alors comme instrument de « *gestion des risques sociaux* »², au service de l'emploi et de la compétitivité³.

815. En Espagne, cette logique irrigue les dernières réformes. L'entreprise est abordée comme une entité supérieure aux intérêts des salariés et même des employeurs. Néanmoins, l'intérêt de l'entreprise, comme vecteur d'emploi, est laissé aux mains de l'employeur. Pour ce qui nous intéresse, les conditions d'application et de modification des accords d'entreprise constituent deux exemples manifestes du renforcement des pouvoirs de l'employeur au détriment de la négociation collective.

L'application des accords d'entreprise pose alors une difficulté au regard de la « *force contraignante* » des conventions collectives prévue à l'article 37.1 CE. Incontestablement, la théorie normative se voit affectée si des accords d'entreprise peuvent écarter de manière aisée l'application des conventions collectives statutaires. En revanche, la théorie de l'effet réel permet d'intégrer tous les accords issus d'une procédure de négociation et laisse la détermination des mécanismes d'articulation à la loi et aux interlocuteurs sociaux. L'effet réel des conventions et accords collectifs, qui leur permet de s'appliquer de manière impérative et automatique aux contrats de travail des salariés compris dans leur champ d'application, est sans nul doute un élément constitutif et structurant de la négociation collective. D'un point de vue comparé, on retrouve cette idée dans la loi française de 1919.

La modification des accords d'entreprise amène quant à elle, ou bien, à remettre en cause la viabilité de la théorie de l'effet réel, ou bien, à considérer comme

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, loc. cit., 1983, p. 396.

² A. LYON-CAEN, « La négociation collective : Nouveaux horizons ; Nouveaux problèmes ? », *Dr. soc.*, 1997 (b), p. 1005.

³ En revanche, la loi ne s'attache pas à favoriser la négociation collective comme instrument de répartition de la richesse en période de bénéfices et de prospérité économique.

inconstitutionnel le mécanisme prévu à l'article 41 ET. Son application qui permet à l'employeur de modifier unilatéralement un produit de la négociation collective, heurte sans nul doute le concept d'autonomie collective du droit espagnol. D'un point de vue comparé, cet argument perd toutefois de son intensité au regard de la solution française qui aboutit à l'absorption des accords collectifs atypiques par la notion « *d'engagement unilatéral de l'employeur* ».

Dans tous les cas, il importe de souligner l'ampleur et la fréquence de l'activité législative en la matière. Celle-ci est une illustration de la dimension de la crise économique qui touche l'Espagne et révélatrice d'une certaine précipitation à opérer des réajustements, certes nécessaires. Elle porte toutefois préjudice aux exigences de sécurité juridique qui constituent un élément central de la stabilité économique. La pérennité de l'option légale est-elle de plus acquise ? Le contexte exceptionnel dans lequel ont été adoptées ces réformes, conduira-t-il à une nouvelle réforme dans un contexte économique plus favorable ?

816. En France, la crise économique n'a pas (encore) constitué le motif décisif d'une réforme profonde du système de négociation collective. L'évolution prise depuis les lois Auroux de 1982 et l'instauration de l'accord dérogatoire se poursuivent toutefois de forme lente mais certaine. Dans ce sens, l'accord dérogatoire d'entreprise et l'accord d'entreprise prioritaire en matière de temps de travail, constituent deux manifestations de l'émancipation de la négociation d'entreprise.

Il est alors intéressant de prendre en considération les dernières réformes légales et notamment celles de 2008 qui avait pour objectif central de renforcer la légitimité des conventions et accords collectifs. L'analyse des règles de représentativité, qui désormais se basent fondamentalement sur le critère de l'audience électorale, et des exigences de majorité dont le caractère relatif est irréfutable, ont démontré de nombreuses failles qui risquent, à terme, de porter préjudice spécialement au mouvement syndical. D'un point de vue comparé, le droit espagnol et la notion de légitimation ont dans tous les cas permis de mettre en exergue que la représentativité peut ne pas être directement connectée à la capacité conventionnelle dans un cadre déterminé. La réforme française de 2008, en accentuant l'interdépendance entre représentativité et capacité conventionnelle, a dans le même temps porté un coup d'arrêt à l'action syndicale dans les entreprises. La séparation entre la capacité pour négocier et la négociation effective,

inhérente à la notion espagnole de légitimation, permet pourtant de conjuguer action syndicale dans l'entreprise et légitimité des accords.

Quoi qu'il en soit, les nouvelles règles de représentativité syndicale et la consécration de l'exigence majoritaire constituent deux éléments qui s'inscrivent, en toile de fond, dans l'idée selon laquelle la convention ou l'accord collectif de travail, spécialement au niveau de l'entreprise, doit recevoir application. La légitimité de la convention ou de l'accord justifie l'augmentation de la liberté conventionnelle. Il demeure pourtant essentiel de prévoir des mécanismes permettant de réunir les conditions nécessaires pour ne pas laisser le doute subsister sur la réalité et l'égalité dans la négociation d'entreprise. Les négociateurs subsidiaires d'accords d'entreprise en droit espagnol s'avèrent, sur ce point, extrêmement problématiques. En effet, le renforcement des pouvoirs, moyens et compétences des négociateurs d'entreprise demeure au regard de l'essor de la négociation d'entreprise, une nécessité incontournable pour garantir un système de négociation collective équilibré.

Le droit français semble en définitive se trouver dans une période de transition dans laquelle de nombreuses similitudes avec l'évolution du droit espagnol peuvent être détectées. Citons par exemple, le renforcement de la légitimité de la convention, la réduction de l'impérativité de la loi et la préférence attribuée à l'accord d'entreprise au détriment de la convention de branche. Il conviendra donc d'être attentif aux prochaines évolutions et d'y détecter les éléments conduisant notamment à l'augmentation des matières susceptibles d'être abordées de manière préférentielle par la négociation d'entreprise.

817. Il ressort dans tous les cas de ces considérations que la loi joue un rôle central en matière de structure de la négociation collective. Les propositions et comportements des organisations professionnelles agissent également sur la configuration de la structure. Leur intervention reste toutefois limitée et doit s'accommoder au dispositif légal en raison de la compétence de la loi pour définir les principes fondamentaux du droit à la négociation collective. L'analyse des pratiques conventionnelles consécutives aux grandes réformes légales française et espagnole a cependant démontré que la volonté des interlocuteurs sociaux est décisive pour les

rendre effectives¹. Notons alors qu'en France comme en Espagne, les interlocuteurs sociaux ont, dans plusieurs accords de cadre national et interprofessionnel, démontré leurs réticences à l'émancipation, sans cadre sectoriel, de la négociation d'entreprise. Le rapport de force inhérent à ces accords interprofessionnels garantit un équilibre entre les intérêts des employeurs et des salariés. C'est alors la loi qui, de manière générale en droit espagnol et de manière ponctuelle en droit français, vient rompre cet équilibre en prononçant l'application préférentielle de la convention ou de l'accord d'entreprise². Si la structure de la négociation collective a « *quelque chose de consubstantiel* »³, les dernières réformes visent, sans nul doute, à accélérer une évolution par nature lente et progressive.

818. Plus globalement, ce travail nous a permis d'identifier les différentes étapes des politiques légales française et espagnole. Tout d'abord, la loi s'est attachée à permettre à la négociation collective de s'écarter des dispositions légales et de posséder une plus grande marge de liberté contractuelle. Par la suite, prenant acte de l'émancipation de la négociation collective, la loi prétend convertir la négociation d'entreprise en centre de gravité de la structure de la négociation collective⁴. En définitive, il s'agit de permettre l'essor de la négociation collective du carcan légal, pour ensuite permettre l'essor de l'entreprise du carcan conventionnel. Le droit espagnol semble alors avoir basculé dans une troisième étape regrettable. Une fois la négociation d'entreprise consolidée, reste à favoriser le pouvoir patronal dans l'entreprise face à la négociation collective et plus loin, face au contrat de travail.

¹ Dans ce sens, il est démontré que le cadre légal espagnol antérieur aux réformes de 2010, 2011 et 2012 était en réalité relativement flexible et que la rigidité provenait d'avantage de la pratique conventionnelle (C.L. ALFONSO MELLADO, loc. cit., Tirant lo Blanch, 2010, p. 126).

² Une auteure espagnole observe justement que « *le législateur s'est moins inquiété de la structure en époques de croissance qu'en celles de récession ou de crises, durant lesquelles il a intensifié ses efforts pour que la localisation de l'activité conventionnelle soit la plus cohérente possible avec les finalités de la politique économique* » (M^a.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, op. cit., 2000, p. 116).

³ M. RODRÍGUEZ-PINERO, « La problemática estructural de la negociación colectiva », *RL*, 1986-I, p. 18. Dans le même sens, le Professeur VALDÉS estime que « *de tous les éléments qui composent un système de négociation collective, la structure est le plus réfractaire à expérimenter des altérations brusques ou de rythme accéléré* » (loc. cit., *RDS*, 2001, p. 73).

⁴ Il est alors possible de penser que l'hégémonie de la négociation d'entreprise « *renferme un piège évident* » au regard de la capacité de négociation des représentants des salariés et fondamentalement des salariés directement élus, et peut aboutir « *à une imposition des conditions par l'employeur et [...] à l'individualisation réelle* » des conditions de travail (C.L. ALFONSO MELLADO, « Reforma y retos de la negociación colectiva », Anuario 2011, *Fundación 1º de Mayo*, Madrid, p. 147).

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

-A-

Accords

- atypiques, 222, 655
- dérogatoires, 412, 704
- de fin de conflit, 655, 744
- donnant-donnant, 432, 558, 654
- sur matières concrètes, 675

Accord collectif

- application impérative et automatique, v. Efficacité
- accord-cadre, 658, 670 s., 725, 736, 738

Accord d'entreprise (Espagne), 743 s.

- absence d', 776
- accord d'établissement, 749
- application impérative et automatique, v. Efficacité
- constitutionnalité, 798
- de décrochage/dérogatoire, 748 s.
- de décrochage salarial, 753, 774
- de modifications substantielles des conditions de travail contractuelles, 560
- de modifications substantielles des conditions de travail conventionnelles, 753
- de réorganisation productive, 745, 799
- définition, 744
- exigence de causalité, 754
- efficacité, 782 s.
- fonction normative, 770, 784
- informels, 744, 793
- matières, 769
- modification, 797
- nature, 786 s.
- négociateurs, 762
- négociateurs subsidiaires, 765
- relations avec conventions collectives, 791 s.
- subsidiaires, 747

Activité économique, 569

Arbitrage

- dénonciation, 616
- accord-cadre, 616
- obligatoire, 616, 780
- accord d'entreprise, 779
- constitutionnalité, 781

Articulation

- définition, 458
- entre conventions, 568 s., 636 s.
- entre conventions et lois, 345 s., 475 s.
- entre conventions et règlement, 495 s.
- entre conventions et contrat de travail, 514 s.
- entre droits nationaux et droit européen, 462 s.

Associations patronales, 147 s.

- capacité conventionnelle, 149
- critères de mesure de la représentativité, 158 s.
- groupe d'entreprises, v. ce mot
- nature, 148
- représentativité, 151 s., 157 s.
- majorité, v. exigence majoritaire

Audience électorale, 114

- absence de résultat, 254, 269
- Espagne, 115 s.
- France, 120 s.
- seuil, 116, 122
- Communauté autonome, v. ce mot
- catégorielle, v. ce mot
- scrutin retenu, 126
- carences, 126 s., 277

Autonomie collective, 3, 24, 35, 59, 738

-B-

Bonne foi, 34, 38, 50, 224, 252, 438, 701, 771

Branche-Secteurs

- cadre de négociation, 687
- fonction régulatrice, 701
- irradiation, 202
- parties à la négociation, 249

-C-

Catégoriel

- Espagne, 118, 181, 218, 270, 281
- France, 123, 322

Clause de paix sociale, 472 s., 479

Comité d'entreprise

- conjunto, 210
- intercentres, 210

Commission de négociation, 244

- ad'hoc, 765
- formation, 249 s.
- décompte des voix, 287 s.
- fonctionnement, 284
- fonction normative, 244
- limitation numérique, 245
- majorité, v. exigence majoritaire
- désignation, 283
- proportionnalité, 245, 258, 274
- liberté syndicale, 245

Commission paritaire

- conventions susceptibles d'extension, 88
- de la convention collective, 244
- de branche, 328
- résolution de conflits, 778

Communauté Autonome

- associations patronales, 154
- conventions de niveau de la, 722, 735
- négociation étatique, 117
- pouvoir normatif, 499
- représentativité, 106
- seuil de représentativité des syndicats, 117
- syndicats, 106, 115, 144

Concertation

- appropriée, 28, 58, 407, 505
- sociale, 23, 385, 395

Concurrence entre conventions, 458, 636, 686

- conventions d'établissement, 699
- conventions evasives, 720
- convention extrastatutaire, v. ce mot
- convention de groupe, 698
- dérogation, v. ce mot
- politiques conventionnelles, 708, 728
- principe de faveur, v. ce mot
- relation supplétive, 645, 693
- préférence à l'entreprise, 712, 735
- règle de non-affectation, 657

Concours, 458, 636, 660**Condition plus avantageuse, 534, 560, 604****Conflits, 458, 636, 660**

Conflits collectifs

- arbitrage, v. ce mot
- grève, 23, 46, 68, 473, 611
- procédures extrajudiciaires de résolution, 615, 777

Contenu,

- essentiel, 53
- minimum, obligatoire, 356
- normatif/obligationnel, 611

Contrat de travail, 514

- application automatique et impérative des conventions, 518 s.
- condition plus avantageuse, v. principe de
- détermination des conditions de travail, 543
- disposition contraire, 542
- en masse, 521
- fonctions, 515
- modifications et modifications substantielles, 557 s.
- non-incorporation, 524
- obligation conventionnelle et silence du, 553
- précarité, 445
- principe de faveur, v. ce mot
- renonciation de droits conventionnels, 526
- renvoi de la loi au, 543
- transaction de droits conventionnels, 528

Conventions collectives

- adhésion, 625
- application impérative et automatique, v. Efficacité
- conclusion, v. exigence majoritaire
- coordination, 572
- définition, 2
- durée, 573
- efficacité, v. ce mot
- élargissement, 1, 87, 503
- extension, 1, 16, 87, 109, 157, 174, 305, 706
- histoire, 15
- légitimation, v. ce mot
- mise en cause, 630
- nature juridique, 66, 69 s.
- négociateurs, v. ce mot
- ordinaire, 16, 65, 88, 673
- succession, v. ce mot

Convention extrastatutaire, 69 s.

- adhésion, 84
- concurrence avec convention statutaire, 679
- concurrence avec accords d'entreprise, 794
- liberté syndicale, 179

-D-

Délégué Syndical

- conception espagnole, 182
- conception française, 172

Dénonciation, 574, 578

- auteurs, 584
- droit acquis, 595, 602
- substitution, 592
- ultraactivité, 591, 609

Déréglementation, 414

Dérogation

- à la loi, 368, 412, 484, 704
- à la convention de branche, 694

Devoir de négocier, 26, 34, 37 s., 665, 724, 772

Dialogue social, 385, 728

- Europe, 461

Dictature franquiste 17, 507

Droit à la négociation collective, 22

- conception espagnole, 23 s.
- conception française, 27, 42
- reconnaissance, 25
- titulaires, 26, 36, 44

Droit nécessaire, 349 s., 369 s., 449, 488, 527, 679, 723

-E-

Efficacité, 61

- application impérative et automatique aux contrats de travail, 62, 790
- contractuelle, 71, 788
- Espagne, 67
- France, 63
- limitée, 84, 85
- générale-*erga omnes*, 82, 86, 87
- normative, 62, 72, 788
- personnelle, 81, 783
- réelle, 73, 78, 787
- réglementaire, 89, 407

Emploi, 430 s., 442 s.

- activité conventionnelle, 447
- clauses conventionnelles concernant (l'), 434

- engagement patronal (en matière d'), 435
- flexibilité, v. ce mot
- méthode de comparaison, 654
- négociation (en matière d'), 431

Entreprise, 686

- à établissements multiples, 185, 279
- cadre de négociation, 686, 734 s.
- irradiation, 203
- légitimation, 177, 263
- négociateurs, 167 s.
- transferts (d'), v. ce mot.

Etablissement

- concurrence entre conventions, v. ce mot
- légitimation, 185, 279

Europe

- dialogue social, 463
- droit européen, 462
- principe de subsidiarité, 464

Exigence majoritaire, 97, 240

- Espagne, 242. s
- employeurs, 256
- France, 304 s.
- commission de négociation, 249, 263
- engagement, 312
- légitimation de décision, 286
- légitimation pleine, 245, 263
- opposition, 307
- relative, 317
- représentation élue, 326
- représentant de la section syndicale, 330
- salarié mandaté, 330
- signataires, 286 s.

-F-

Flexibilité, 383, 420 s., 442, 743

Flexisécurité, 442

Fonction

- adaptation (d'), 344, 404, 643, 696, 750
- amélioration (d), 5, 345, 364, 406, 541, 641, 679, 693, 793
- législative, 385
- gestion, 5, 344, 383, 424, 433, 645, 686, 740

-G-

Groupe

- reconnaissance, 161
- représentation patronale, 162 s.
- représentation salariale, 188, 217, 249, 280
- concurrence de convention, v. ce mot

Hiérarchie

- entre loi et conventions, 347 s., 368
- entre conventions, 641

-I-

Intérêts collectifs, 13, 102

-L-

Légitimation,

- définition, 95
- de décision, 286
- initiale, 102, 179, 237
- moment d'application, 247
- patronale, v. associations patronales
- pleine, 242 s., 249, 263
- représentation unitaire/élue, v. ce mot
- sections syndicales, 179

Liberté contractuelle, 34, 71, 353, 393, 568, 597, 646, 683, 713

Libertés économiques, 5, 23, 473, 549, 798

Loi, 343, 401, 475

- application, 481
- autoconfiguration, 382
- compétence en matière de négociation collective, 33
- complémentarité, 403
- délégalisation, 414
- dispositive, 401 s.
- impérative, v. ordre public
- limitations, 52 s.
- négociée, 385 s.
- ordre public, v. ce mot
- relation fonctionnelle avec la convention, 351
- structure de la négociation, 711, 737, 817
- supériorité hiérarchique, 345 s., 350, 358
- supplétive, 410

-M-

Ministre du travail, 88, 129, 160, 198, 503

Modifications substantielles des conditions de travail, v. accords d'entreprise (Esp.)

Modification du contrat de travail, 557

-N-

Négociateurs

- commission ad'hoc, 765
- délégué syndical, 172
- représentant de la section syndicale, 175
- représentation élue/unitaire, 221
- salarié mandaté, 174
- section syndicale, 177
- syndicat, 99 s.

Négociation collective

- branche, v. ce mot
- capacité conventionnelle, 99
- contenu essentiel, 55
- droit à la, v. ce mot
- entreprise, v. ce mot
- européenne, 472
- fonctions, v. ce mot
- groupe, v. ce mot
- négociateurs, v. ce mot
- notion, 2
- noyau dur, 58
- représentativité, v. ce mot
- structure de la, 570, 689

-O-

Obligations de négociateur, 34, 47

Ordre juridique, 3, 8, 15, 19, 25, 71, 91, 345, 361, 461, 514, 784

Ordre public, 343, 356 s.

- absolu, 138, 252, 295, 317, 362, 548, 695
- définition, 361
- dérogation, v. ce mot
- social, 59, 364 s., 376, 407, 412, 423, 478, 523, 533, 642

-P-

Paix sociale, 46, 68

Participation

- droit à la, 24, 212, 787, 799
- principe de, 28, 56, 221, 387

Pouvoir de l'employeur

- modification du contrat de travail, 562
- modification de la convention, 797

Principe

- d'application du plus favorable, 369, 476, 533, 641
- de norme minimale, 370, 482
- fondamental du droit du travail, 31, 377, 380, 478, 648
- fondamental reconnu par les lois de la République, 27, 80, 523
- général du droit du travail, 30, 56, 377, 517, 646
- majoritaire, v. exigence majoritaire
- polysémie du terme de, 30

Principe de faveur, 59

- convention-contrat, 516, 531 s.
- convention-convention, 574, 638 s., 693
- convention-convention extastatutaire, 679
- loi-convention, 364 s., 380, 411, 473 s.
- méthodes de comparaison, 486, 537, 650
- transfert d'entreprise, 630

-R-**Référendum, 271, 331****Règlement, 495 s.**

- application supplétive, 506 s.

Répartition

- fonctionnelle, 348, 404, 636, 672, 723 s.
- matérielle, 351, 500, 636, 672, 723 s.

Représentant de la section syndicale

- conditions de négociation, 175, 228
- conditions de conclusion, v. exigence majoritaire

Représentation élue/unitaire, 206 s.

- conditions de négociation, 210, 221
- conditions de conclusion, v. exigence majoritaire
- syndicalisation, 132, 213

Représentation syndicale, 168 s.**Représentativité syndicale, 100 s.,**

- audience électoral, v. ce mot
- catégorielle, v. ce mot

- concordance, 107, 110
- critères, 113 s., 120, 140
- dispositif transitoire, 198, 320
- implantation syndicale, 138, 181
- irradiation, 190 s., 262, 268
- moment d'appréciation, 140, 247
- négociation collective, 105, 109
- notion, 105, 108
- présomption irréfragable, 103, 190 s.
- plus grande représentativité, 106
- prouvée, démontrée, 103, 113 s.

Rétroactivité, 596

Révision, 574, 621 s.

- auteurs, 624, 628
- effet avenant, 623

-S-

Salarié mandaté

- conditions de négociation, 174
- conditions de conclusion, v. exigence majoritaire

Section syndicale

- France, 172
- Espagne, 177 s.
- conditions de négociation, 179, 203, 268

Syndicat

- catégoriels, v. ce mot
- confédérations syndicales représentatives, 142
- délégué syndical, v. ce mot
- discipline syndicale, 220, 676
- histoire, 12 s.
- liberté syndicale, 24, 53, 77, 118, 180, 197, 213, 223, 245, 463, 521, 723, 798
- monopole syndical, 16, 26, 44, 166, 223
- pluralisme, 142 s.
- représentant de la section syndicale, v. ce mot
- représentativité, 100 s.
- salarié mandaté, v. ce mot
- section syndicale, v. ce mot

Succession

- de conventions, 458, 573 s.
- transfert d'entreprise, 577, 629

-T-

Temps de travail, 49, 222, 424, 470, 510, 558, 646, 711 s., 739 s.

-U-

Unité de négociation, 40, 569

- changement d', 664

BIBLIOGRAFÍA EN ESPAÑOL

MANUALES

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.
Derecho del Trabajo, Tomo I, Fuentes y relaciones colectivas, 7º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

ALONSO GARCÍA, M.
Curso de Derecho del Trabajo, Barcelona, Ariel, 1981.

ALONSO OLEA, M.
- *Derecho del Trabajo*, 2º ed., Madrid, Universidad Complutense, 1973.
- *Derecho del Trabajo*, 8º ed., Madrid, Universidad Complutense, 1983.

ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.
El Estatuto de los Trabajadores, Madrid, Civitas, 1995.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.
Derecho del trabajo, 26º ed., Madrid, Civitas, Thomson-Aranzadi, 2009.

ÁLVAREZ CONDE, E.
Curso de Derecho Constitucional, Vol. 1, Madrid, Tecnos, 2005.

BORRAJO DACRUZ, E.
- *Introducción al Derecho Español del Trabajo*, 4º ed., Madrid, Tecnos, 1975.
- *Introducción al Derecho del Trabajo*, 21º ed., Madrid, Tecnos, 2012.

CAMPS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (Coord.)
Derecho del Trabajo, 2º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

CRUZ VILLALÓN, J.
- *Estatuto de los Trabajadores comentado*, en colaboración con P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO y R. GÓMEZ GORDILLO, Madrid, Tecnos, 2003.
- *Compendio de derecho del trabajo*, 5º ed., Madrid, Tecnos, 2012.

DE CASTRO y BRAVO, F.
Derecho Civil de España, Madrid, Civitas, 1991.

DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.)
Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Madrid, Iustel, 2010.

DE LA VILLA GIL, L.E., GARCÍA BECEDAS, G., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.
Instituciones de derecho del trabajo, 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.
Manual de Derecho del Trabajo, Barcelona, Ariel, 1990.

LÓPEZ GUERRA, L. y otros,
Derecho Constitucional, Vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MÚRCIA, J.
- *Derecho del Trabajo*, 18º ed., Madrid, Tecnos, 2009.
- *Derecho del Trabajo*, 21º ed., Madrid, Tecnos, 2012.

MOLERO MANGLANO, C.
Derecho sindical, Madrid, Dykinson, 1996.

MONTOYA MELGAR, A.

Derecho del Trabajo, 33º ed., Madrid, Tecnos, 2012.

OJEDA AVILÉS, A.

Derecho sindical, 8º ed., Madrid, Tecnos, 2003.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.

- *Derecho del Trabajo*, 17º ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2009.

- *Derecho del Trabajo*, 20º ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2012.

SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.

Derecho sindical, 9º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (Dir.)

Curso de Derecho del Trabajo, 18º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.)

Comentario del Código Civil, 2º ed., Vol. 1, Barcelona, Bosch, 2006.

MONOGRAFÍAS, OBRAS COLECTIVAS Y ESTUDIOS

-A-

AGUT GARCÍA, C.

- *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

- *La cláusula de descuelgue salarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

ALBIOL MONTESINOS, I.

- *La representación sindical en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990.

- *Comités de empresa y delegados del personal*, Bilbao, Deusto, 1992.

- *El convenio colectivo en la jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.)

Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva, Madrid, MTAS, 2005.

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ L.M. y GOERLICH PESET, J.Mª.

La reforma laboral de 1997, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

ALEMÁN PÁEZ, F.A.

- *Las comisiones paritarias*, Madrid, Civitas, 1996.

- *La movilidad geográfica: problemática social y régimen jurídico*, Madrid, Tecnos, 2001.

ALFONSO MELLADO, C.L.

Proceso de conflicto colectivo. Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

ALFONSO MELLADO, C.L. (Dir.)

El impacto de la ley 35/2010 en los sistemas de solución de conflictos laborales pactados, Madrid, MESS, 2012.

ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J.

Jornada y ordenación del tiempo de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

ALFONSO MELLADO, C.L. y SALA FRANCO, T.

Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ALFONSO MELLADO, C.L., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.

Los acuerdos o pactos de empresa (distintas modalidades de negociación en la empresa), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ALONSO OLEA, M.

Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución, 2º ed., Madrid, Civitas, 1990.

ÁLVAREZ CUESTA, H.

- *La mayor representatividad sindical*, León, Universidad de León, 2006.

- *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada, Comares, 2006.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.

- *La organización del sindicato en los lugares de trabajo*, Madrid, Civitas, 1991.

ARUFE VARELA, A.

La denuncia del convenio colectivo, Madrid, Civitas, Universidade da Coruña, 2000.

-B-

BALAGUER CALLEJÓN, M.L.

El recurso de inconstitucionalidad (prólogo de J. ALMUNIA), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BALLESTER LAGUNA, F.

La condición más beneficiosa, Granada, Comares, 2001.

BARRÈRE UNZUETA, M.A

Lecciones de teoría del derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

BAYLOS GRAU, A.

- *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991.

- *Sindicalismo y derecho sindical*, Albacete, Bomarzo, 2006.

BAYLOS GRAU, A. (Coord.)

Estudios sobre la huelga, Albacete, Bomarzo, 2005.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.

- *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Madrid, Civitas, 2000.

- *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Barcelona, Bosch, 2001.

- *Convenio colectivo versus Ley*, Madrid, La Ley, 2008.

BLASCO PELLICIER, A.

La individualización de las relaciones laborales, Madrid, CES, 1995.

BLASCO PELLICIER, C.

El nuevo procedimiento de « elecciones sindicales »: puntos críticos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

-C-

CABEZA PEREIRO, J.

La buena fe en la negociación colectiva, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 1995.

CAMPS RUIZ, L.M.

- *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, Ministerio del Trabajo, 1986.

- *La nueva regulación del mercado del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

- *Los complementos salariales por antigüedad: el régimen jurídico actual y su proyectada reforma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

CAMPS RUIZ, L.M., ALBIOL MONTESINOS, I. y GOERLICH PESET, J.Mª.

La reforma laboral de 1997, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T.

Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

CARNELUTTI, F.

Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro, Padova, CEDAM, 1927.

CASAS BAAMONDE, Mª.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coord.)

Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997, Madrid, Tecnos, 1998.

CASTILLO, S. (Dir.)

Historia de la UGT, Madrid, Siglo XXI de España, 2008.

Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos: informes y estudios

- *Empleo, contratación y negociación colectiva, XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 1999.

- *El ámbito funcional de los convenios colectivos. Respuestas de la Comisión Consultiva Nacional a las consultas planteadas*, 2º ed., Madrid, MTAS, 2000.

- *La Negociación Colectiva en España en 2005 2006 y 2007*, Madrid, MTAS, 2007.

Consejo Económico y Social

Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 1997, Madrid.

CORBELLA, T., ESCUDERO, J.F., FROGOLA, J.

El principio de buena fe en el contrato de trabajo, Barcelona, Bosch, 1996.

CORREA CARRASCO, M.

- *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1997 (a).

- *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 1997 (b).

CRUZ VILLALÓN, J.

La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, Madrid, Trotta, 1992.

CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.)

La reforma laboral de 2006, Valladolid, Lex Nova, 2006.

CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.)

Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.)

El Estatuto del Trabajo Autónomo, Madrid, La Ley, 2008.

-D-

DE LA VILLA, L.E. y PALOMEQUE, C.

Introducción a la economía del trabajo, Vol. 1, Madrid, ed. Debate, 1980.

DEL REY GUANTER, S.

Negociación colectiva y paz laboral, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1984.

DESDENTADO BONETE, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.

La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia, Madrid, Trotta, 1998.

DETLEV KÖHLER, H. y MARTÍN ARTILES, A.

Manual de sociología del trabajo y de las relaciones laborales, 2ª ed., Madrid, Delta, 2006.

DÍAZ AZNARTE, M.T.

El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral, Barcelona, Bosch, 2001.

DURÁN LÓPEZ, F.

- *Jurisprudencia constitucional y derecho del trabajo*, Madrid, MTSS, 1992.

DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.

El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales, Madrid, Civitas, 1997.

-E-

ELORZA GUERRERO, F.

Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores, Madrid, CES, 2000.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.

Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo, Madrid, CES, 2000.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.

- *Los sujetos de los convenios de empresa. Representantes unitarios y representantes sindicales*, Madrid, MTSS, 1985.

- *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid, Tecnos, 1990.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.)

Manual jurídico de los representantes de los trabajadores, Madrid, La Ley, 2004.

ESCUDERO, J.F., FROGOLA, J., CORBELLA, T.

El principio de buena fe en el contrato de trabajo, Barcelona, Bosch, 1996.

ESTEVE SEGARRA, A.

Las asociaciones empresariales: Régimen Jurídico y representatividad, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003.

ESTEVE SEGARRA, A. y LACOMBA PÉREZ, F.

La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

EZQUERRA ESCUDERO, L.

Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución, Barcelona, Atelier, 2006.

-F-

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (Coord.)

Diccionario Jurídico, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006.

FUENTES RODRÍGUEZ, F.

- *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

- *Los convenios de franja*, Madrid, Tecnos, 2005.

FROGOLA, J., CORBELLA, T., ESCUDERO, J.F.

El principio de buena fe en el contrato de trabajo, Barcelona, Bosch, 1996.

-G-

GALLARDO MOYA, R.

Democracia sindical interna, Madrid, Trotta, 1996.

GARCÍA BLASCO, J.

- *El derecho de huelga en España*, Barcelona, Bosch, 1983.

- *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la ley 8/1988, de 7 de abril*, Madrid, Civitas, 1989.

GARCÍA FEMENÍA, A.M.

El asociacionismo empresarial en España, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.

Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico, Granada, Comares, 2006.

GARCÍA MURCIA, J.

- *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Madrid, MTSS, 1987.

- *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 1998.

- *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Madrid, Civitas, 2001.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.

Ley y autonomía colectiva, Madrid, MTSS, 1987.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.)

La Reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para 2002 (la Ley 12/2001 y el ANC-2002), Valladolid, Lex Nova, 2002.

GARCÍA ORTEGA, J. y ALFONSO MELLADO, C.L.

Jornada y ordenación del tiempo de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

GARCÍA ORTEGA, J. (Coord.)

Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales. Estudios en Homenaje al Profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA RUBIO, M.A.

El recibo de finiquito y sus garantías legales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

GARCÍA VIÑA, J.

La buena fe en el contrato de trabajo, Madrid, CES, 2001.

GARRIDO PÉREZ, E.

La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores, Madrid, CES, 1995.

GIMENO, P., MERCADER UGUINA, J.R., y NIETO, P.

Efectos de la reforma de 2011 sobre la estructura de la negociación colectiva en España, Madrid, Fundación para el Diálogo Social, 2011.

GIUGNI, G.

Introducción al estudio de la autonomía colectiva. Traducción y estudio preliminar de J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, Granada, Comares, 2004.

GOERLICH PESET, J.Mª., ALBIOL MONTESINOS, I. y CAMPS RUIZ L.M.,

La reforma laboral de 1997, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

GOERLICH PESET, J.Mª., PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.

Trabajo autónomo: nueva regulación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

GÓMEZ GORDILLO, R.

El comité de empresa europeo: un estudio jurídico, Madrid, CES, 2003.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.

La compensación y absorción de salarios, Madrid, MTSS, 1984.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.)

La reforma del mercado de trabajo de 2010, Madrid, Reus, 2011.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.

Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral, Madrid, Civitas, 1999.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.

Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia, Pamplona, Aranzadi, 2008.

-H-

HÄBERLE, P.

La libertad fundamental en el Estado constitucional, Granada, Comares, 2003.

-I-

IGLESIAS CABRERO, M.

Negociación colectiva, Madrid, Colex, 1997.

IGARTUA MIRÓ, M^a.T.

Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial, Murcia, Laborum, 2003.

-K-

KHAN FREUND, O.

Trabajo y Derecho, Madrid, MTSS, 1987.

-L-

LACOMBA PÉREZ, F.R.

La negociación del convenio colectivo estatutario, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

LACOMBA PÉREZ, F. y ESTEVE SEGARRA, A.

La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

LAHERA FORTEZA, J.

- *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, CES, 2000.

- *Normas laborales y contratos colectivos*, Madrid, Reus, 2008.

- *Jurisprudencia Social: Análisis crítico*, Madrid, La Ley, 2011.

LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.)

Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa, Albacete, Bomarzo, 2004.

LEÓN BLANCO, D. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.

El poder sindical en España, Barcelona, Planeta, IEE, 1982.

LIMÓN DUQUE, M.A.

Derecho de reunión y relaciones laborales, Madrid, CES, 1996.

LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.

La concurrencia de convenios colectivos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

LÓPEZ GANDÍA, J.

Negociación colectiva y modalidades de contratación temporal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Alicante, Universidad de Alicante, 1984.

LÓPEZ TERRADA, E.

La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J.

La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional, Madrid, CES, 2003.

-M-

MARTÍN ARTILES, A. y DETLEV KÖHLER, H.

Manual de sociología del trabajo y de las relaciones laborales, 2ª ed., Madrid, Delta, 2006.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.

La intervención de la Autoridad laboral en materia de convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores, Madrid, IES, 1981.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coord.)

La negociación colectiva en los grupos de empresa: procedimientos de negociación y experiencias negociales, Madrid, MTAS, 2003.

MARZAL, A. y otros.

La huelga hoy en el derecho social comparado, Barcelona, Bosch, 2005.

MATEOS, A.

La denuncia del sindicato vertical, Madrid, CES, 1997.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y SEMPERE NAVARRO, A.

El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva, Pamplona, Aranzadi, 2009.

MELLA MÉNDEZ, L.

Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable, Granada, Comares, 2000.

MENÉNDEZ CALVO, R.

Negociación colectiva y descentralización productiva, Madrid, CES, 2009.

MENGONI, L.

Legge e autonomia collettiva, MGL, 1980.

MERCADER UGUINA, J.R.

- *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994.

- *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MERCADER UGUINA, J.R. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Dir.)

Manual jurídico de los representantes de los trabajadores, Madrid, La Ley, 2004.

MERCADER UGUINA, J.R., GIMENO, P. y NIETO, P.

Efectos de la reforma de 2011 sobre la estructura de la negociación colectiva en España, Madrid, Fundación para el Diálogo Social, 2011.

MERINO SEGOVIA, A.

- *La estructuración legal y convencional de la negociación colectiva*, Madrid, Civitas, 2000.

- *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, La Ley, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L.

- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992.
- *Teoría jurídica de los grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997.
- *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L. (Coord.)

Derecho de huelga y conflictos colectivos, Estudio crítico de la doctrina jurídica, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M^a.N.

Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Granada, Comares, 1998.

MORA CABELLO de ALBA, L.

La participación institucional del sindicato, Madrid, CES, 2008.

MORENO VIDA, M^a.N.

Los pactos sociales en el derecho del trabajo, Granada, Universidad de Granada, 1989.

MORENO VIDA, M^a.N. y MONERO PÉREZ, J.L.

Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Granada, Comares, 1998.

-N-

NAVARRO NIETO, F.

- *La representatividad sindical*, Madrid, MTSS, 1993.
- *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Albacete, Bomarzo, 2009.

NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C.

La flexibilidad en la nueva relación de trabajo, Madrid, CGPJ, 1998.

NIETO, P., GIMENO, P. y MERCADER UGUINA, J.R.

Efectos de la reforma de 2011 sobre la estructura de la negociación colectiva en España, Madrid, Fundación para el Diálogo Social, 2011.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M.

- *El pacto laboral de no competencia post contractual*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, Monografías Ciencias Jurídicas, 1998.
- *Sindicato y negociación colectiva franja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

-O-

OIT

Situación Sindical y Relaciones Laborales en España, Ginebra, ed. OIT, 1985.

OJEDA AVILÉS, A.

La renuncia de derechos del trabajador, Madrid, IEP, 1971.

OJEDA AVILÉS, A (Dir.)

- *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990.
- *La negociación colectiva en Europa*, Madrid, MTAS, 2004.

-P-

PEDRAJAS MORENO, A., ALFONSO MELLADO, C.L. y SALA FRANCO, T.

Los acuerdos o pactos de empresa (distintas modalidades de negociación en la empresa), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

PEDRAJAS MORENO, A., GOERLICH PESET, J.M^a. y SALA FRANCO, T.

Trabajo autónomo: nueva regulación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

PALOMEQUE, C. y DE LA VILLA, L.E.

Introducción a la economía del trabajo, Vol. 1, Madrid, ed. Debate, 1980.

PÉREZ BORREGO, G. y RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J.

Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo, Pamplona, Aranzadi, 2002.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

El Derecho Social Comunitario en el tratado de la Unión Europea, Madrid, Civitas, 1994.

-Q-

QUESADA SEGURA, R. y VILA TIERNO, F.

El procedimiento de negociación del convenio colectivo. Un estudio jurisprudencial, Granada, Comares, 2002.

QUINTANILLA NAVARRO, B.

Dimensión de la empresa y órganos de representación, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.

Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido, Madrid, Civitas, 2003.

-R-

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.

Primer Convenio General del Metal, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1988.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., CAMPS RUIZ, L.M., SALA FRANCO, T.

Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

RAMOS QUINTANA, M. I.

- *El deber de paz laboral*, Madrid, Civitas, 1993.

- *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

RIVAS VALLEJO, P.

La suspensión del contrato de trabajo: naturaleza jurídica y supuestos legales, Albacete, Bomarzo, 2007.

RIVERO LAMAS, J. (Dir.)

La flexibilidad laboral en España, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales-Universidad de Zaragoza, 1993.

RODRÍGUEZ CARDO, I.

La comisión negociadora del convenio colectivo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.

La estructura de la negociación colectiva, Valladolid, Lex Nova, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Coord.)

Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E. (Coord.)

Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997, Madrid, Tecnos, 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Dir.)

Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva, Madrid, MTAS, 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J. y PÉREZ BORREGO, G.

Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo, Pamplona, Aranzadi, 2002.

RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.

La intervención del estado en los conflictos colectivos, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1972.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.

Flexibilidad de la jornada laboral: mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ROJAS MIÑO, I.

La eficacia jurídica de los convenios colectivos, Madrid, CES, 1998.

ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.

La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

ROMERO RODENAS, M^a.J. (Coord.)

Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales, Albacete, Bomarzo, 2006.

ROQUETA BUJ, R.

El derecho de la negociación colectiva en el estatuto básico del empleado público, Madrid, La Ley, 2007.

RUESGA BENITO, S. (Dir.)

Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva, Madrid, MESS, 2012.

RUIZ, D. (Dir.)

Historia de Comisiones Obreras (1958-1988), Madrid, Siglo XXI de España, 1994.

RUIZ RESA, J.D.

Trabajo y franquismo, Granada, Comares, 2000.

-S-

SÁEZ LARA, C.

Representación y acción sindical en la empresa, Madrid, MTSS, 1992.

SÁEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F.

El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales, Madrid, Civitas, 1997.

SÁEZ LARA, C. y NAVARRO NIETO, F.

La flexibilidad en la nueva relación de trabajo, Madrid, CGPI, 1998.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y LEÓN BLANCO, D.

El poder sindical en España, Barcelona, Planeta, IEE, 1982.

SALA FRANCO, T.

- *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, IES, 1981.
- *El principio de la condición más beneficiosa*, Madrid, AEDIPE, 1982.
- *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao, Deusto, 1990.
- *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, CISS, 1994.

SALA FRANCO, T. (Dir.)

Los límites legales al contenido de la negociación colectiva, El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores, Madrid, MTAS, 2001.

SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C.L.

Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

Primer Convenio General del Metal, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1988.

SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C.L. y PEDRAJAS MORENO, A.

Los acuerdos o pactos de empresa (distintas modalidades de negociación en la empresa), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

SALA FRANCO, T., CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SALA FRANCO, T., GOERLICH PESET, J.M.^a y PEDRAJAS MORENO, A.

Trabajo autónomo: nueva regulación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

SALIDO BANÚS, J.L.

La negociación colectiva en España: Los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial, Barcelona, Atelier, 2001.

SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.

Los acuerdos de fin de huelga, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

SÁNCHEZ TORRES, E.

El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva, Madrid, CES, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, W.

- *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.

El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, Pamplona, Aranzadi, 1999.

SANTIAGO REDONDO, K.M.

La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.2 LET), Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.

El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva, Pamplona, Aranzadi, 2009.

SERRANO OLIVARES, R.

Los compromisos de empleo en la negociación colectiva, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

SERRANO DEL ROSAL, R.

Transformación y cambio del sindicalismo español contemporáneo, Córdoba, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2000.

SOLANS LATRE, M.A.

- *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Tecnos, 1995.

- *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*, Madrid, CES, 2003.

- *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2004.

SOTO RIOJA, S.

La libertad sindical negativa, Madrid, Civitas-Junta de Andalucía, 1998.

SUPIOT, A. (Coord.)

Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa. Informe para la Comisión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

-T-

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.

- *Los “grupos de empresa” ante la jurisprudencia social española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Modernas fórmulas de regulación*, Madrid, CES, 2000.

THIBAUT ARANDA, J.

- *La compensación y absorción de salarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

-V-

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.

- *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, Madrid, CES, 1996.

VALDÉS DAL-RÉ, F.

- *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, 1988.
- *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTAS, 1996.
- *Igualdad de Género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Reus, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.)

- *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*, Valladolid, Lex Nova, 1997.
- *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2004.
- *30 años de libertad sindical*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2007.

VALDÉS DAL-RÉ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.)

- *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Madrid, La Ley, 2008.

VALDÉS DAL-RÉ, F. y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.)

- *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid, Reus, 2011.

VALDÉS DAL-RÉ, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E. (Coord.)

- *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998.

VALDÉS DE LA VEGA, B. y DESDENTADO BONETE, A.

- *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*, Madrid, Trotta, 1998.

VALLE MUÑOZ, F.A.

- *La extensión de los convenios colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

VILA TIERNO, F. y QUESADA SEGURA, R.

- *El procedimiento de negociación del convenio colectivo. Un estudio jurisprudencial*, Granada, Comares, 2002.

VILLAVICENCIO RIOS, A.

- *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Granada, Comares, 1998.

XXX

- *Sistema institucional, Sucesión y Movimiento; Leyes fundamentales y Pensamiento de Franco*, Madrid, Edición del movimiento, 1966

ARTÍCULOS

-A-

AGÍS DASILVA, M. y BLASCO LAHOZ, J.F.

« La eficacia personal de los convenios estatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 445.

AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.

« Adhesión individual tácita a convenio colectivo extraestatutario: sobre la eficacia general de facto de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia », *REDT*, 1999, nº 94, p. 285.

ALARCÓN CARACUEL, M.R.

- « Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio colectivo », in *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, Publicaciones del monte de piedad y caja de ahorros, 1983, p. 53.

- « La vigencia del principio pro operario », in *Cuestiones actuales de derecho del trabajo, Estudios en homenaje del Profesor M. ALONSO OLEA*, Madrid, MTSS, 1990, p. 835.

- « La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 57.

- « Las relaciones Ley-Convenio colectivo », in *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Coord. E. ROJO TORRECILLA, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 12.

- « Comentario al art. 3 ET. La aplicación del Derecho del Trabajo », *REDT*, 2000, nº 100, p. 232.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y LAHERA FORTEZA, J.

« La estructura de la negociación colectiva tras la sustitución de las ordenanzas laborales », in *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2004, p. 141.

ALBIOL MONTESINOS, I.

- « Los acuerdos de empresa », *TS*, 1995, nº 58, p. 10

- « El deber de paz », in *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Dir. I. ALBIOL MONTESINOS, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 35.

- « La denuncia del convenio colectivo », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 468.

- « Jubilación forzosa y convenio colectivo », in *Tratado de jubilación, Homenaje al Profesor LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*, Madrid, Iustel, 2007, p. 1353.

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

« Constitucionalización del derecho del trabajo », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 218.

ALEMÁN PÁEZ, F.A.

- « Autonomía individual, determinación y determinabilidad del objeto de trabajo », in *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo*, Coord. J. CRÚZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 360.

- « La administración del convenio colectivo », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 1055.

ALFONSO MELLADO, C.L.

- « La negociación colectiva tras la reforma del estatuto de los trabajadores », *TS*, 1994, nº 43, p. 99

- « La nueva reforma laboral ¿qué se ha hecho y para qué? », *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, 1997, nº 4, p. 27.

- « 35 horas: Ley y convenio colectivo », *RDS*, 1998, nº 3, p. 224.
- « El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002 », in *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 308.
- « Las comisiones paritarias », in *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Dir. ALBIOL MONTESINOS, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 92-96.
- « Prólogo », in *Los 25 años del ET*, Valladolid, Lex Nova, 2005.
- « Efectos del cambio de afiliación sobre el mandato representativo y sobre la atribución de resultados », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 270.
- « La negociación colectiva: situación y problemas actuales », in *Primeras jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Coord. RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 257.
- « Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales », *TL*, 2010, nº 107, p. 87.
- « Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna », in *La reforma laboral en la ley 35/2010 (AAVV)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 125.
- « Lo viejo y lo nuevo de la temporalidad y su retórica », in *Garantías de empleo y derechos laborales en la ley 35/2010 de reforma laboral*, Coord. A. BAYLOS GRAU, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 94.
- « Reforma y retos de la negociación colectiva », Anuario 2011, *Fundación 1º de Mayo*, Madrid, p. 147.

ALFONSO MELLADO, C.L. y CARDONA RUBERT, M.B.

« La solución extrajudicial de conflictos laborales: Los acuerdos conciliatorios, mediatorios y laudos arbitrales », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 741.

ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.

« La legitimación negocial en el ámbito de la empresa », *REDT*, 2003, nº 115, p. 73.

ALFONSO MELLADO, C.L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

« La reforma del salario », *TS*, 1994, nº 43, p. 32.

ALFONSO MELLADO, C.L., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.

- « La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes del art. 91 ET », *AL*, 1995, nº 22.
- « Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico », *RL*, 1995-I, p. 1392.
- « La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios », *RL*, 1995-I, p. 1400.

ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.

« La contratación temporal: un pacto posible », *AL*, 2001-I, p. 326.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. y DÍAZ AZNARTE, M.T.,

« Las relaciones huelga-convenio colectivo en la doctrina jurisprudencial constitucional », in *Derecho de huelga y conflictos colectivos, Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Coord. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002, p. 203.

ALONSO OLEA, M.

- « Las Comunidades Autónomas y las fuentes del derecho del trabajo », *DL*, 1983, nº 2.
- « Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical », *REDT*, 1985, nº 22, p. 264.
- « La negociación colectiva: el artículo 37.1 » in *Comentarios a la Constitución Española, Tomo III*, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, Cortes Generales y Edersa 1996, p. 667.
- « La relaciones huelga-convenio colectivo en la doctrina jurisprudencial constitucional », in *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Coord. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002, p. 203.

ALTÉS TÁRREGA, J.A. y FITA ORTEGA, F.L.

« Las unidades de negociación », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 185.

ÁLVAREZ CUESTA, H.

« Relación entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios: concurrencia y ultraactividad », in *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, p. 610.

ÁLVAREZ CUESTA, N. y RODRÍGUEZ HIDALGO, G.

« Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET », *TS*, 2003, nº 148, p. 46.

ARETA MARTÍNEZ, M^a. y SEMPERE NAVARRO, A.V.

«El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa», *RMTAS*, 2004, nº 48, p. 100.

ARGUIÑÁRIZ PARADA, F.J.

« La administración laboral y la inspección de trabajo y la seguridad social y su nivel interventivo en materia de elecciones sindicales », in *Derecho Sindical. Elecciones Sindicales (nuevo marco normativo): Sentencias*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 171

ARROYO GONZÁLEZ, M.

« Modificación de condición más beneficiosa convencional por convenio posterior », *RL*, 1999-I, p. 723.

ARUFE VARELA, A.

- « Artículo 88, la comisión negociadora », in *Comentarios a las leyes laborales, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 2001, p. 220.

- « Un supuesto típico de sucesión, por convenio colectivo extraestatutario, de un convenio colectivo estatutario denunciado y vencido », in *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, p. 615.

- « La protección de los intereses del trabajador individual frente a su jubilación forzada pactada en convenio colectivo. Un apunte de derecho comparado sobre la regulación del tema en las legislaciones laborales y de seguridad social de España y de Francia », *AL*, 2006-I, p. 1027.

-B-

BAÑO LEÓN, J.M.

« La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española », *REDC*, 1988, nº 24, p. 156.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.

- « Ensayo crítico sobre la paz laboral en el convenio colectivo con especial referencia a su carácter inmanente », *REDT*, 1980, nº 44, p. 463.

- « Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público », *REDT*, 1986, nº 27, p. 450.

- « De nuevo sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público », *REDT*, 1991, nº 45, p. 108.

BAYLOS GRAU, A.

- « La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis », *REDT*, 1985, nº 21, p. 36.

- « La intrincada frondosidad de los acuerdos tripartitos », *RL*, 1985-I, p. 1172.

- « La intervención normativa del Estado en materia de relaciones laborales », in *Las relaciones laborales en España, Coord. F. MIGUÉLEZ y C. PRIETO*, Madrid, Siglo XXI de España, 1991, p. 289.

- « Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva », in *La reforma de Estatuto de los trabajadores, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE*, Madrid, La Ley, 1994, p. 323.

- « Los acuerdos de abril de 1997 sobre negociación colectiva: algunas impresiones », *REDT*, 1997, nº 85, p. 657.

- « Unidades de negociación y concurrencia de convenios colectivos (en torno a los artículos 83 y 84) », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1462.

- « Diálogo social y negociación colectiva: una narración », *RDS*, 2002, nº 17, p. 211.

- « La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario », in *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, Bomarzo, 2003.

- « Representación en la empresa y audiencia electoral », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 21.
- « Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010 », *Diario La Ley*, 14 de octubre, 2010, n° 7488, p. 26.
- « Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio », in *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Coord. A. BAYLOS GRAU, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 235.
- « El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario », *RDS*, 2012, n° 57, p. 12.

BAYLOS GRAU, A. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.

« Las relaciones laborales en 1989, del conflicto a la renovación de la concertación social. ¿Un modelo distinto de concertación social? », *RT*, 1990, n° 98, p. 10.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.

« La aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable en caso de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro de carácter extraestatutarios », *RDS*, 2008, n° 43, p. 109.

BENAVENTE TORRES, M^a.I.

« Cambio de unidad de negociación », *REDT*, 2009, n° 142, p. 451.

BENEYTO, P.J.

« La afiliación sindical en España: viejos tópicos y nuevas realidades », in *Afiliación sindical en Europa*, Vol.1, Valencia, Germanía, 2004, p. 44.

BLASCO LAHOZ, J.F. y AGÍS DASILVA, M.

« La eficacia personal de los convenios estatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 445.

BLASCO PELLICER, A.

- « Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo », *RL*, 1995, n° 12, p. 25.
- « La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de seguridad social », in *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, AA. VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 153.

BLASCO PELLICER, A. y SALA FRANCO, T.

- « Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate », in *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva, El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Dir. T. SALA FRANCO, Madrid, MTAS, 2001, p. 15.

BLASCO PELLICER, A., ALFONSO MELLADO, C.L., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., y SALA FRANCO, T.

- « La contratación temporal: un pacto posible », *AL*, 2001-I, p. 326.

BLASCO SEGURA, B.

« La relación entre la norma estatal y el convenio colectivo », *AL*, 1993-II, p. 517.

BORRAJO DACRUZ, E.

- « La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español », *RPS* 1980, n° 126, p. 39.
- « Eficacia jurídica del AES », *AL*, 1985, n° 14, p. 723.
- « Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical », *RFDUCM*, 1985, n° 7, p. 157
- « La Ley Orgánica de Libertad sindical en la interpretación del Tribunal constitucional », *AL*, 1985-II, p. 2160.
- « La secciones sindicales en la empresa: puntos críticos », *AEDIPE*, Dic. 1986, p. 3.
- « Obligatoriedad general o limitada de los convenios colectivos de trabajo », in *El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1980, p. 191.

- « Notas sobre el régimen jurídico de la denuncia de un convenio colectivo por una asociación empresarial no firmante del convenio denunciado », *DL*, 1991, nº 35, p. 22.
- « Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas », *AL*, 1993-I, p. 51.
- « La regulación de las condiciones de trabajo en España: poderes normativos y autonomía individual », in *La reforma del mercado de trabajo*, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- « La eficacia reguladora de la autonomía individual », *AL* 1996-I, p. 213.
- « Los convenios colectivos extraestatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 622.

- C-

CABEZA PEREIRO, J.

- « Las elecciones a representantes unitarios en las pequeñas unidades productivas », *TS*, 2003, nº 155, p. 15.
- « Representación sindical de los trabajadores y funcionarios en los centros de trabajo », in *Manual Jurídico de los representantes de los trabajadores*, Dir. R. ESCUEDRO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, Madrid, La Ley, 2004, p. 530.

CAIRÓS BARRETO, D.Mª.

- « La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales », *REDT*, 2003, nº 118, p. 584.

CAMPOS ALONSO, M.A.

- « Los convenios de franja. A propósito de la legitimación para negociarlos », *AL*, 1985, nº 38, p. 1901.

CAMPS RUIZ, L.M.

- « La condición más beneficiosa », in *III Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 269.
- « El contenido normativo de los convenios colectivos », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 278.

CAMPS RUIZ, L.M. y SALA FRANCO, T.

- « La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios », *PJ*, 1986, nº 4, p. 194.
- « Los convenios colectivos extraestatutarios: eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación », *DL*, 1987, nº 21, p. 140.

CAMPS RUIZ, L.M., ALBIOL MONTESINOS, I., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.

- « Constitucionalización del derecho del trabajo » in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 218

CARDELUS MUÑOZ-SECA, S.M.

- « Estudio del derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional en recurso de inconstitucionalidad, de 8 de abril de 1981 », *REDT*, 1982, nº 11.

CARDENAL CARRO, M.

- « A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta », *AS*, 2000, nº 9-10.

CARDONA RUBERT, B.

- « Cláusulas de empleo », in *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Dir. I. ALBIOL MONTESINOS, Madrid, CCNCC, MTAS, 2005, p. 203.

CARDONA RUBERT, M.B. y ALFONSO MELLADO, C.L.

- « La solución extrajudicial de conflictos laborales: Los acuerdos conciliatorios, mediatorios y laudos arbitrales », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al*

Profesor Sala Franco, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 741.

CASAS BAAMONDE, Mª.E.

- « Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva », *REDT*, 1983, nº 13, p. 51.
- « Sindicatos y Comunidades Autónomas », *RFDUCM*, 1985, nº 7, p. 211.
- « La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones », *REDT*, 1985, nº 23, p. 301.
- « Leyes de presupuestos y sistemas complementarios de seguridad social de empresas públicas financiados con fondos públicos », *AL*, 1987- II, p. 601.
- « Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. ¿Un modelo en crisis? », *REDT*, 1988, nº 33, p.71.
- « La mayor representatividad sindical y su moderación en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión », *RL*, 1988-II, p. 345
- « Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical », *TL*, 1990, nº 19-20, p. 68.
- « Democracia, representatividad y afiliación sindicales », in *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor M. ALONSO OLEA*, Madrid, MTSS, 1990, p. 599.
- « La individualización de las relaciones laborales », *RL*, 1991-I, p. 133 y *RL*, 1991-II, p. 414.
- « La solución extrajudicial de los conflictos laborales », *RL*, 1992, nº 16-17, p. 32.
- « Formación y estabilidad en el empleo », *RL*, 1992, nº 24, p. 7.
- « Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad: los diferentes sistemas de mediación de la representatividad empresarial y sindical », *REDT*, 1993, nº 58, p. 229.
- « Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social », *RL*, 1993-I, p. 53.
- « La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Coord. F. VALDÉS DAL-RE y Mª.E. CASAS BAAMONDE*, Madrid, La Ley, 1994, p. 308.
- « Arbitraje laboral, autonomía colectiva y autonomía individual », *RL*, 1994-II, p. 3
- « «Descuelgue» salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II) », *RL*, 1995-I, p. 23.
- « La reforma del Derecho del Trabajo: Diez años de legislación laboral: 1985-1998 », *RL*, 1996-I, p. 155
- « Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 230.
- « ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos? », *RL*, 1997-I, p. 34.
- « Un debate interpretativo pendiente en la jurisprudencia constitucional: representaciones unitarias y titularidad colectiva del derecho de libertad sindical », *RL*, 1997, nº 15-16, p. 52.
- « El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva: continuidad e innovación de contenidos y propuestas de reforma de la estructura de la negociación colectiva », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 195.
- « Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva », in *Las reformas de 1994 y 1997, Coord. E. ROJO TORRECILLA*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 186.
- « El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho Social Comunitario », *RL*, 1999-II, p. 69.
- « Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo (arts. 90 y 91) », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1279.
- « La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales », in *Los principios del Derecho del Trabajo, Dir. L.E. DE LA VILLA Gil et L. LÓPEZ CUMBRE*, Madrid, CEF, 2003, p. 362.

CASAS BAAMONDE, Mª.E. y BAYLOS GRAU, A.

« Las relaciones laborales en 1989, del conflicto a la renovación de la concertación social. ¿Un modelo distinto de concertación social? », *RT*, 1990, nº 98, p. 10.

CASAS BAAMONDE, Mª.E. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.

« Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales », *REDT*, 1984, nº 17, p. 63.

CASAS BAAMONDE, Mª.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.

« Participación de los sindicatos representativos, no firmantes del AES, en las comisiones establecidas por el acuerdo », *RL*, 1985-I, p. 350.

CASAS BAAMONDE, M^a.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F.

- « Prólogo », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 11.
- « La reforma del mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad », *RL*, 2001-I, p. 87.
- « El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 », *RL*, 2002-II, p. 21.
- « Las reformas del Derecho del Trabajo español en el Gobierno Popular (1996 a 2002) », *Revista Trabajista*, 2003-II, p. 186.

CAVAS MARTÍNEZ, F.

- « La contratación temporal como medida de fomento del empleo », *REDT*, 1987, nº 31, p. 375.
- « El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación », *RMTAS*, 2005, nº 58, p. 114.

CAZORLA PRIETO, L.M^a.

- « Artículo 129 », in *Comentarios a la Constitución, F. GARRIDO FALLA y otros*, 3º ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 2195.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.

- « La absorción y compensación como instrumento legal de potenciación de la autonomía individual », *AL*, 1993, nº 22, p. 399.

CONDE-PUMPIDO, M^a.T.

- « El nuevo poder de dirección del empresario », in *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1997, p. 19.

CORREA CARRASCO, M.

- « La eficacia jurídica del convenio colectivo como fuente (formal) del Derecho del Trabajo », *REDT*, 1998, nº 88, p. 225.
- « Negociación colectiva y reformas legales: el futuro del convenio colectivo (de eficacia general) como fuente de derecho del trabajo », *RDS*, 2001, nº 14, p. 88.

CORREA CARRASCO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.

- « El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva » in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 245.

COSTA REYES, A.

- « Comentario a la STS de 5 de Marzo de 2008: ¿Réquiem por el acuerdo marco impropio? », in *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. J.M. de SOTO RIOJA, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, p. 305.

CRISTÓBAL RONCERO, M^a. del R. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.

- « Comité intercentros: tendencias jurisprudenciales », *AL*, 2004-I, p. 675.

CRUZ VILLALÓN, J.

- « El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa », in *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 254.
- « El desarrollo del proceso electoral « sindical » a través de las resoluciones judiciales », *TL*, 1987, nº 10-11, p. 27.
- « La negociación colectiva en los grupos de empresa », in *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, p. 287.
- « El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal », in *La reforma laboral de 1994*, Coord. M. ALARCON CARACUEL, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 110.
- « El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994 », in *La reforma de Estatuto de los trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 131.
- « La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo », in *La modificación del contrato de trabajo*, Ibidem, Madrid, 1997, p. 147.

- « La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva: 2002, 2003 y 2004 », in *Nuevos problemas de la negociación Colectiva, XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2004.
- « Presentación y proclamación de candidaturas », in *Aspectos conflictivos de la elecciones sindicales*, Coord. M.J. ROMERO RODENA, Albacete, Bomarzo, 2006 (a), p.158.
- « Caracterización general de la concertación social en España », *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, 2006 (b), nº 4, p. 343.
- « Estructura y concurrencia entre convenios colectivos », *RMTAS*, 2007, nº 68, p. 90.
- « La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010 », *RL*, 2010-II, p. 174.
- « Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011 », in *La Reforma de la negociación colectiva, RDL 7/2011 de 10 de junio*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Lex Nova, 2011, p. 23.
- « El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012 », *RDS*, 2012, nº 57, p. 231.
- « Hacia una nueva concepción de la legislación laboral », *TL*, 2012, nº 115, p. 18.
- « Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012 », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 396.

CUENCA ALARCÓN, M.

- « La modificación colectiva de las condiciones de trabajo », *RL*, 2000-I, p. 859.
- « Procedimiento de negociación colectiva estatutaria », in *Manual jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 349.

-D-

DE LA VILLA GIL, L.E.

- « El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales », *RPS*, 1970, nº 85, p. 25.
- « Los convenios colectivos sindicales », *Nuestro tiempo*, 1972, nº 217.
- « El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 82.
- « El derecho del trabajo, ¿ha muerto o vive todavía? », *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2012, nº 29, p. 11.

DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.

- « La modificación del convenio colectivo durante su vigencia », *AL*, 1992-III, p. 564.

DEL JUNCO CACHERO, Mª.

- « Comité de empresa conjunto », *TL*, 2008, nº 97, p. 195.

DEL REY GUANTER, S.

- « Los convenios colectivos de franja », *REDT*, 1984, nº 17, p. 114.
- « Libertad sindical y funcionarios públicos », in *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 69
- « Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos », *RL*, 1988-I, p. 312.
- « Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos », *RL*, 1992, nº 16-17, p. 14.
- « Desregulación, juridificación y flexibilidad en el derecho del trabajo: notas para la caracterización de un debate », in *La flexibilidad laboral en España*, Dir. J. RIVERO LAMAS, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales-Universidad de Zaragoza, 1993, p. 52.
- « Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores », *REDT*, 1996, nº 77, p. 430.
- « Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos tras la reforma de 1994 », in *Cuadernos de Derecho Judicial. Negociación colectiva*, Madrid, CGPJ, 1996, p. 262.
- « Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la « refundición » de la teoría jurídica de los convenios colectivos », *RL*, 1996, nº 1-2, p. 97.
- « Las medidas sobre flexibilidad interna en la ley 35/2010. Una aproximación inicial », *TL*, 2010, nº 107, p. 171.
- « El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET », *RL*, 2010-II, p. 203.

- « Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales », *Diario La Ley*, 14 oct. 2010, nº 7488, p. 17.
- « Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-Ley 7/2011 », *Diario La Ley*, 2011, nº 7756, p. 8.

DEL REY GUANTER, S. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

« El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley », in *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, Publicaciones del monte de piedad y caja de ahorros, 1983, p. 28.

DESDENTADO BONETE, A.

- « El objeto del proceso de conflicto colectivo », in *Cuadernos de Derecho Judicial. Conflictos colectivos*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 48.
- « Sucesión de empresas y negociación colectiva en el túnel del tiempo: el caso de las ikastolas », *Diario La Ley*, 1999, nº 4806, p. 16.

DÍAZ AZNARTE, M.T. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.

« Las relaciones huelga-convenio colectivo en la doctrina jurisprudencial constitucional », in *Derecho de huelga y conflictos colectivos, Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Coord. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002, p. 203.

DURÁN LÓPEZ, F.

- « El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva », *RL*, 1990, nº 15-16, p. 23.
- « Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación », *REDT*, 1993, nº 61, p. 677.
- « El futuro del derecho del trabajo », *REDT*, 1996, nº 78, p. 613.
- « El Consejo Económico y Social, instrumento del diálogo social », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 185.
- « Los convenios colectivos », in *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Dir. A. SEMPERE NAVARRO, Madrid, MTAS, 2003, p. 175.

DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.

« Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo », *RL*, 1991-I, p. 390.

-E-

ELORZA GUERRERO, F.

« Los acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales », in *Manual Jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 643.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.

- « Autonomía individual y colectiva ante el cambio de funciones de la negociación colectiva en Derecho francés », *REDT*, 1998, nº 90, p. 637.
- « Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva », *REDT*, 1999, nº 97, p. 700.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.

- « El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social », *RL*, 1988-I, p. 344.
- « Sindicatos de comunidad autónoma y negociación colectiva de ámbito estatal », *DL*, 1991, nº 34, p. 76.
- « Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa », in *La reforma del mercado de trabajo*, Coord. Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 48.
- « Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la Reforma de 1994 », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 178.
- « Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma », *RL*, 1997-I, p. 205.
- « Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001 », *RL*, 2001-I, p. 1631.
- « El diálogo social: reflexiones sobre sus significación y alcance, sus debilidades y riesgos », *RL*, 2008-I, p. 1045.

- « Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la ley 35/2010 y por el real-decreto-ley 7/2011 » in *La reforma de la negociación colectiva, Real decreto-ley 7/2011 de 10 de junio*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 48.

- « El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 39.

ESCUDEO RODRÍGUEZ, R. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.

« Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales », *REDT*, 1984, nº 17, p. 63.

ESCUDEO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E.

« La reforma del régimen de los salarios », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RÉ et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 13.

ESTEVE SEGARRA, A.

« El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales », *AS*, 2006, nº 22.

-F-

FABREGAT MONFORT, G.

- « Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2005. La concurrencia en los convenios colectivos estatutarios. La literalidad legal frente a la articulación pretendida por los Acuerdos Interprofesionales de negociación colectiva », *TS*, 2006, nº 182, p. 49.

- « El replanteamiento de las relaciones ley-convenio-contrato como consecuencia más inmediata de las diferentes reformas en materia de negociación colectiva », in *Primeras Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Coord. RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 298.

FABREGAT MONFORT, G. y ALFONSO MELLADO, C.L.

« La legitimación negocial en el ámbito de la empresa », *REDT*, 2003, nº 115, p. 78.

FALGUERA BARÓ, M.

« El marco legal y reglamentario regulador de los comicios sindicales. Su desarrollo práctico », in *Derecho Sindical. Elecciones Sindicales (nuevo marco normativo): Sentencias*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 205.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.

« La regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes », *AL*, 2009, nº 3, p. 261.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.

- « Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica », in *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Dir. G. BARREIRO GONZÁLEZ y J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Madrid, MTAS, 2004, p. 28.

- « Presentación », in *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Dir. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Murcia, Laborum, 2006, p. 25.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.

« Adhesión individual tácita a convenio colectivo extraestatutario: sobre la eficacia general de facto de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia », *REDT*, 1999, nº 94, p. 285.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.

- « Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios », *RPS*, 1982, nº 134, p. 244.

- « ¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva? », *RT*, 1984, nº 73, p. 190.

- « Ámbito temporal y personal de los convenios colectivos en Andalucía », in *Negociación colectiva y Comunidades Autónomas*, Coord. A. OJEDA AVILÉS, Madrid, Tecnos, 1991, p. 157.
- « Condición más beneficiosa: absorción y compensación », *RL*, 1992-I, p. 190.
- « La tramitación del convenio colectivo (en torno al artículo 89) », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1568.

FERRE SAIS, A.

- « Agenda y expectativas del proceso de diálogo social », *RDS*, nº 10, 2000, p. 237.

FITA ORTEGA, F.L. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.

- « Las unidades de negociación », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 185.

FUSTE MIQUELA, J.M.

- « Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal », in *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 261.

-G-

GALIANA MORENO, J.Mª.

- « La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo », in *La eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2003, p. 41.
- « Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo », *RMTAS*, nº 68, 2007, p. 16.

GALIANA MORENO, J.Mª. y GARCÍA ROMERO, B.

- « La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español », *RMTAS*, 2003, nº 43, p. 13.

GALLARDO MOYA, R.

- « Un nuevo tipo de convenios colectivos: los convenios colectivos de franja en la nueva Ley 11/1994 », in *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Coord. J. CRUZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 151.

GARCÍA BECEDAS, G.

- « El acuerdo Nacional sobre Empleo y cláusula de consolidación sindical », *REDT*, 1983, nº 13, p. 79.
- « Juicio crítico de la doctrina sentada en la STS de 20 de junio de 1983 (Ar/3024) », *RT*, 1984, nº 73, p. 51.

GARCÍA BLASCO, J.

- « El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el derecho español », *REDT*, 1981, nº 6, p. 209, note 72.
- « Constitución del órgano negociador de los convenios colectivos y adopción de los acuerdos: revisión de criterios jurisprudenciales », *TL*, 1987, nº 13, p. 41.
- « Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo », *AL*, 1988-II, p. 2223.
- « Los compromisos sobre empleo en la concertación social y el papel de la negociación colectiva », en *La concertación social tras la crisis*, Coord. A. Ojeda Avilés, Barcelona 1990.
- « El contenido del convenio colectivo », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1488.
- « La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva », *TL*, 2004, nº 76, p. 69.

GARCÍA MURCIA, J.

- « Los derechos colectivos del trabajador autónomo », *AL*, 2009, nº 9, p. 1015.
- « Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales », *AL*, 1988-I, p. 1289.
- « Representatividad sindical y formación de la comisión negociadora », *RL*, 1988-II, p. 472.
- « Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos », *AL*, 1992-II, p. 403.
- « La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral », *Cuaderno de Derecho Judicial*, 1993, nº 4, p. 9.

- « Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente », *RMTAS*, 2007, nº 68, p. 29.

- « Los acuerdos de empresa: marco general », in *Manual Jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 618.

GARCÍA MURCIA, J., GUTIÉRREZ PALACIOS, R. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.
« La incidencia de los criterios de representatividad en la configuración del sistema sindical español », in *Estudios sobre el funcionamiento del mercado de Trabajo español*, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Madrid, 1995, p. 245.

GARCÍA ORTEGA, J. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

« Excepciones al deber de negociar: un análisis jurisprudencial », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Estudios en Homenaje al profesor Sala Franco, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 297.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.

- « Nota a la STCo 58/85 de 30 de abril », *RL*, 1985-II, p. 480.

- « El artículo 86.3 ET y la distinción entre contenidos, normativo y obligacional, del convenio colectivo », *RL*, 1987-II, p. 761.

- « Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos », *DL*, 1988, nº 25, p. 27.

- « Comentarios a la sentencia de TCT de 4 noviembre de 1985 », *RL*, 1988-I, p. 610.

- « Norma estatal y convenio colectivo », in *Democracia representativa y parlamentarismo*, Dir. A. LÓPEZ PINA, Madrid, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, 1994, p. 127.

- « La reforma del artículo 84 del ET », in *Estructura de la negociación colectiva, VIII Jornadas de Estudio sobre Negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1996, p. 29

- « La impugnación de elecciones. ¿Ha de tramitarse por el procedimiento arbitral? », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. Mª.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 81.

- « Medidas de flexibilidad interna en la ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales », in *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 septiembre*, Dir. I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 166.

- « El « favor » por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva », in *La reforma de la negociación colectiva, Real Decreto-Ley 7/2011 de 10 de junio*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 195.

- « Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 233.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y DE LA VILLA GIL, L.E.

« La modificación del convenio colectivo durante su vigencia », *AL*, 1992-III, p. 564.

GARCÍA ROMERO, B. y GALIANA MORENO J.Mª.

« La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español », *RMTAS*, 2003, nº 43, p. 13.

GARCÍA RUBIO, M.A. y GOERLICH PESET, J.Mª.

« Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 585.

GARCÍA VIÑA, J.

« Los convenios colectivos extraestatutarios. Régimen jurídico y relación con los convenios colectivos estatutarios », *TS*, 2000, nº 118, p. 21.

GARRIDO PÉREZ, E.

- « Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 del ET) », *TL*, 2008, nº 95, p. 11.
- « La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales », *TL*, 2012, nº 115, p. 249.

GETE CASTRILLO, P.

- « La reforma del derecho de representación colectiva », in *La reforma del mercado de trabajo*, Coord. M.E. CASAS BAAMONDE et F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, La Ley, 1994, p. 499.

GOERLICH PESET, J.M^a.

- « Los pactos informales de empresa », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AAVV, Madrid, ACARL, 1989, p. 81.
- « El acuerdo Interconfederal sobre Negociación colectiva », in *La reforma laboral de 1997*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 103.
- « Concepto y eficacia del convenio colectivo (En torno al artículo 82) », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1446.
- « Los acuerdos de empresa », in *Convenios colectivo y acuerdos de empresa*, Valencia, CISS, 2007, p. 326.
- « El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo », *AS*, 2007, nº 13.
- « La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios », in *La reforma del sistema de negociación colectiva y análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Madrid, MTIN, 2008, p. 81.
- « Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad », in *La reforma de la negociación colectiva, Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 108.
- « El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general », in *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 15.
- « La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: La culminación de una larga evolución », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 291.

GOERLICH PESET, J.M^a. y GARCÍA RUBIO, M.A.

- « Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 585.

GOERLICH PESET, J.M^a. y SALA FRANCO, T.

- « La designación de los vocales laborales en la comisión negociadora de los convenios colectivos de empresa », *PJ*, 1987, nº 8, p. 167.
- « Sobre las relaciones entre reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos », *PJ*, 1988, nº 10, p. 187.
- « La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad », *REDT*, 1988, nº 35, p. 337.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.

- « La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo », *REDT*, 1995, nº 70, p. 234.
- « La reforma de la garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación y comisión negociadora », in *La Reforma de la negociación colectiva, RDL 7/2011 de 10 de junio, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 131.
- « Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 51.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T.

- « La cláusula de descuelgue o inaplicación salarial. El estado de la cuestión », *REDT*, 1999, nº 98, p. 889.

GONZÁLEZ DE LENA, F.

« La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio », *RL*, 2010-II, p. 307.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.

- « Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYME », in *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, Ministerio de Industria y Energía, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, 1982, p. 130.

- « El procedimiento de solución de conflictos colectivos de trabajo. Significación y contenido general », Madrid, ACARL, 1993, p. 5.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.

- « Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva », *REDT*, 1987, nº 30, p. 187.

- « La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », in *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 415.

- « La reforma de la negociación colectiva », in *La Reforma laboral de 1994*, Coord. M. ALARCON CARACUEL, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 367.

- « Contenido negocial y sucesión de convenios », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 112.

- « Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos », *TL*, 2004, nº 76, p. 140.

- « El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación », in *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 152.

- « Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 241.

- « La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral », *TL*, 2012, nº 115, p. 95.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CORREA CARRASCO, M.

« El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva » in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 249.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

- « Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, 1983, nº 137, p. 359.

- « Derecho legal y tutela colectiva en la ley 11/1994 », in *Estudios en homenaje a M. Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 31.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.

« Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010 », *AL*, 2011, nº 4, p. 409.

GUTIÉRREZ PALACIOS, R., GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.

« La incidencia de los criterios de representatividad en la configuración del sistema sindical español », in *Estudios sobre el funcionamiento del mercado de Trabajo español*, Madrid, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 1995, p. 245.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.

« Las causas del despido por razones empresariales », in *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Madrid, Reus, 2011, p. 159.

GUTIÉRREZ VERGARA, A.

« La Reforma laboral pactada del 97, un buen precedente para futuras reformas », *RDS*, 2000, nº 10, p. 230.

-H-

HERNANDO de LARRAMENDI SAMANIEGO, A.

« Vulneración del derecho a la negociación colectiva y adecuación del conflicto colectivo para impugnar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo vía « acuerdos individuales en masa » », *RL*, 2005-II, p. 895.

-I-

IGLESIAS CABERO, M.

« Algunas reflexiones en torno al deber de negociar », *AL*, 1989-I, p. 76.

-L-

LAHERA FORTEZA, J.

- « ¿Es posible la negociación colectiva de eficacia general en sectores sin representación unitaria? El caso taurino », *RL*, 1999-II, p. 847.

- « La legitimación negocial y el deber de negociar en los convenios colectivos de franja », *RL*, 2000, nº 15-16, p. 61.

- « La adopción de acuerdos por mayoría de componentes de cada representación en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos estatutarios supraempresariales », *RL*, 2003-II, p. 659.

- « Promoción electoral por los sindicatos más representativos en empresas o centros que cuenten entre 6 y 10 trabajadores (comentados a las STS 10 de marzo 2004 y STC 36/2004 de 8 de marzo) », *RL*, 2005-I, p. 643.

- « Prueba de la legitimación empresarial en la negociación colectiva sectorial de eficacia general (comentario a la STS 4ª de 7 de julio de 2004) », *RL*, 2005-I, p. 673.

- « Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales », in *La Reforma laboral de 2006, Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, Coord. J. CRUZ VILLALÓN*, 2006, Valladolid, Lex Nova, p. 41.

- « El acierto de la inaplicación de convenio colectivo (y no nulidad) en la solución de concurrencias conflictivas del art. 84 ET (Comentario a la STS du 21 déc. 2005) », *RL*, 2006-II, p. 661.

- « El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa », in *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ y Mª.L. MOLERO NARAÑÓN*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, p. 21.

- « El descuelgue salarial », in *La reforma del mercado de trabajo de 2010, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ*, Madrid, Reus, 2011, p. 343.

LAHERA FORTEZA, J. y ALARCÓN CARACUEL, M.R.

« La estructura de la negociación colectiva tras la sustitución de las ordenanzas laborales », in *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2004, p. 141.

LAHERA FORTEZA, J. y SALA FRANCO, T.

« La reforma de la negociación colectiva », in *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del prof. IGNACIO ALBIOL (dir. L. CAMPS, J.M. RAMÍREZ, T. SALA)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 531.

BAÑO LEÓN, J.Mª.

« La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española », *REDC*, 1988, nº 24, p. 156.

LLEÓ CASANOVA, B.

« La composición, la designación de componentes y la adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio colectivo », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en Homenaje al profesor Sala Franco, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 318.

LOPERA CASTILLEJO, Mª.J.

« Límites de aplicación del contenido normativo del convenio denunciado », *RL*, 1988-II, p. 196.

LÓPEZ AHUMADA, J.E.

« Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas empresariales: especial referencia al papel de la negociación colectiva », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 287.

LÓPEZ BULLA, J.L.

in A. BAYLOS GRAU y J.L. LÓPEZ BULLA, «Sobre el actual modelo de representación (una conversación particular) », *RDS*, 2003, nº 22, p. 227.

LÓPEZ GANDÍA, J. y LÓPEZ i MORA, F.

« Legislación negociada y concertación social », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor SALA FRANCO*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 88.

LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.

« Los acuerdos de empresa », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en Homenaje al profesor SALA FRANCO*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 652.

LÓPEZ TERRADA, E.

« La articulación de la negociación colectiva (diez años después) », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor SALA FRANCO*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 226.

LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L.E.

« La legitimación para negociar convenios colectivos de franja », *AL*, 2000-I, p. 1027.

LUJÁN ALCARAZ, J.

« Legitimación y capacidad para negociar convenios colectivos », *AS*, 1998, nº 2, p. 26.

LUJÁN ALACRAZ, J. y SEMPERE NAVARRO, A.V.

- « Límites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española », *RT*, 1990, nº 99, p. 59.

- « Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos », *RMTAS*, 2007, nº 68, p. 55.

LYON-CAEN, G.

- « Constitucionalización del Derecho del Trabajo », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 32.

-M-

MALPARTIDA MORANO, J.

« Modalidad procesal para las modificaciones sustanciales de condición de trabajo (sucinto análisis del artículo 138 LPL) », *AL*, 2003-I, p. 289.

MARÍN CORREA, J.M^a.

« Abandono de la comisión negociadora: efectos », *AL*, 2000-III, p. 4311.

MARTÍN JIMÉNEZ, J.

« Diez dudas acerca de la suspensión temporal del encadenamiento de contratos temporales », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2011, nº 828, p. 5.

MARTÍN PUEBLA, E.

- « La dimensión temporal del convenio colectivo », in *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 361.

- « La reforma de la formación profesional y de las políticas activas de empleo », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 197.

MARTÍN VALVERDE, A.

- « Concurrencia y articulación de normas laborales », *RPS*, 1978, nº 119, p. 11.
- « La Constitución como fuente del derecho del trabajo », *REDT*, 1988, nº 33, p. 55.
- « Régimen jurídico de la cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional », in *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional II jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, CCNCC, MTSS, 1990, p. 51.
- « Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo », in *Comentarios a las leyes laborales, Tomo XII-V*, 2º ed., Edersa, Madrid, 1995, p. 16.
- « Concertación social y diálogo social », *RL*, 1994-II, p. 336.
- « Concertación y diálogo social en 1996 », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 156.
- « Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos », in *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LOPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 46.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.

- « La vigencia del convenio colectivo estatutario », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1497.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.

- « Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido, calificación y régimen jurídico », in *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*, Madrid, MTSS, 1990, p. 60.
- « Las partes del convenio colectivo », in *Cuadernos de Derecho Judicial. La negociación colectiva*, CPGJ, Madrid, 1992, p. 64.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.

- « La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas », in *La negociación colectiva en los grupos de empresa: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Coord. J. MARTÍNEZ GIRÓN, Madrid, MTAS, 2003, p. 34.

MARTÍNEZ RIAZA, J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.

- « Sobre el deber de negociar el régimen de condiciones de trabajo aplicable a los trabajadores tras un proceso de subrogación empresarial », *RDS*, 2001, nº 13, p. 193.

MATÍA PRIM, J.

- « Las elecciones en la empresa », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores Coord. M.E. CASAS BAAMONDE et F. VALDÉS DAL-RE*, Madrid, La Ley, 1994, p. 221.

MELLA MÉNDEZ, L.

- « Artículo 85: contenido », in *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales, Tomo XII*, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, Ed. Revista de derecho privado, 2001, p. 144.
- « El nuevo artículo 44 núm. 4 del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa », *REDT*, 2002, nº 111, p. 359

MENDOZA NAVAS, N.

- « La reforma de la contratación temporal. Tendencias legales y convencionales », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 115.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.

- « A vueltas con las elecciones sindicales en centros de entre seis y diez trabajadores: prohibición de acumulación selectiva de centros para la constitución de un comité de empresa, a propósito de la STS de 20 de febrero de 2008 », *TS*, 2008, nº 216, p. 48.

MERINO SEGOVIA, A.

- « La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: Las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos », *RDS*, 2012, nº 57, p. 252.

MERCADER UGUINA, J.R.

- « La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable », *REDT*, 2002, nº 109, p. 25.
- « La estructura de la negociación colectiva », *TL*, 2004, nº 76, p. 126.

- « El difícil equilibrio entre lo judicial y lo extrajudicial en la interpretación del convenio colectivo », *Justicia Laboral*, 2005, nº 21, p. 47.
- « Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010 », in *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 septiembre*, Dir. I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 205.
- « Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el real decreto-ley 7/2011 », in *La reforma de la negociación colectiva, Real decreto-ley 7/2011 de 10 de junio*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 70.
- « La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 371.

MIGUÉLEZ, F.

« Presente y futuro del sindicalismo en España », in *Afiliación sindical en Europa*, Valencia, Alemania, p. 85.

Ministerio de Trabajo,

« Documento de reflexión del Ministerio de Trabajo para la Mesa de negociación colectiva », *RL*, 2001-II, p. 1133.

MOLERO MANGLANO, C.

« Los problemas de determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa por razón de su actividad », *AL*, 2004-I, p. 797.

MOLERO MARAÑÓN, M.

- « Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica », in *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Dir. F. VALDÉS DAL-REY y GONZÁLEZ-POSADA, Madrid, Reus, 2011, p. 319.
- « El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011 », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 166.

MOLINA NAVARRETE, C.

« El nuevo significado de la doctrina del equilibrio interno », *DL*, 1999, nº 59, p. 30.

MOLINER TAMBORERO, G.

« La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo », *REDT*, 2003, nº 117, p. 454.

MONEREO PÉREZ, J.L.

- « Ámbito subjetivo del derecho de reunión y de asamblea en la empresa », *AL*, 1992-III, p. 863.
- « El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012 », *TL*, 2012, nº 115, p. 315.

MONTOYA MELGAR, A.

- « La aplicación temporal de la LRL », *AD*, nº 1, 1977.
- « Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos en margen del Estatuto de los Trabajadores », in *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, p. 54.
- « El sindicato más representativo en la LOLS y la Sentencia del Tribunal constitucional 98/1985 », *AL*, 1986-I, p. 477.
- « El contenido de los convenios colectivos », *RL*, 1989-I, p. 101.
- « El contenido de los convenios colectivos », in *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, CCNCC, MTSS, 1990, p. 99.
- « La nueva configuración del poder de dirección del empresario », in *Estudios en homenaje a M. ALONSO GARCÍA*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 190.
- « Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral », *DL*, 1996, nº 49, p. 30.
- « El diálogo social en el Derecho del Trabajo », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 146.

- « Comentario al art. 3 ET », in *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, A. MONTROYA MELGAR, J.Mª GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO, B. RÍOS SALMERÓN, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 34.

- « Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador », *REDT*, 2002, nº 109, p. 7.

MORENO, F.

« La negociación colectiva y el diálogo social: perspectiva empresarial », *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 1996, nº 9, p. 166.

MORENO DE TORO, C.

« Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad », *RL*, 1996-I, p. 648.

MORENO VIDA, Mª.N.

- « La naturaleza jurídica de los pactos sociales », in *La concertación social tras la crisis*, Dir A. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990, p. 67.

- « Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia », *TL*, 2012, nº 115, p. 194.

MORÓN PRIETO, R.

« El papel de la negociación colectiva en la contratación laboral y el empleo », *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 2003, nº 1, p. 9.

MUGA ROBLEDO, A.

« El deber de negociar colectivamente. Supuestos de cambio de unidad de negociación », *RL*, 1992-II, p. 1232.

MUÑOZ RUIZ, A.B.

- « Propuestas, contrapropuestas y texto final de la reforma de la negociación colectiva de 2011 », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 391.

- « El debate sobre la reformulación del mecanismo de extensión de los convenios colectivos en el marco de la reforma de la negociación colectiva », *Información Laboral Jurisprudencia*, 2011, nº 3.

-N-

NAVARRO NIETO, F.

- « El sindicato más representativo a nivel estatal », *RL*, 1986-I, p. 368.

- « El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española », *RL*, 1987, nº 22, p. 32.

- « La representatividad por « irradiación » en la jurisprudencia », *RL*, 1992-I, p. 454.

- « Los despidos por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo », *AL*, 1996, nº 43.

- « La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia », *RL*, 1998-I, p. 459.

- « La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica », in *El empleador en el Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 224.

NICOLÁS FRANCO, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.

« Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva », *RMTAS*, nº 33, 2001, p. 125.

NIETO ROJAS, P.

« Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 62.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M.

« Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 307.

NORES TORRES, L.E. y LÓPEZ TERRADA, E.

« La legitimación para negociar convenios colectivos de franja », *AL*, 2000-I, p. 1027.

NORES TORRES, L.E. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.

« Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.Mª. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 111.

-O-

OJEDA AVILÉS, A.

- « El final de un principio: la estabilidad en el empleo », in *Estudios de derecho del trabajo en homenaje al prof. G. BAYÓN CHACÓN*, Madrid, Universidad Complutense, 1980.

- « El principio de condición más beneficiosa », *RPS*, 1982, nº 134, p. 13.

- « La doctrina del equilibrio interno del convenio », *REDT*, 1987, nº 31, p. 354.

- « El bilateralismo como repuesta (impropia) a la crisis de concertación », in *La concertación social tras la crisis*, Dir. A. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990, p. 175.

- « Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario », *RL*, 1994-I, p. 1377.

- « Delimitación de los acuerdos de empresa y pactos colectivos », *AL*, 1995-I, p. 264.

- « « Barrenado » de convenios y contenidos esencial del derecho a la negociación colectiva », in *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Madrid, Actualidad Editorial, 1995, p. 204.

- « Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 287.

- « Los convenios de franja sectoriales », *AL*, 2000-III, p. 782.

- « La representación unitaria: el « faux ami » », *RMTAS*, 2003, nº 58, p. 343.

- « El principio de condición más beneficiosa », in *Los principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LÓPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 171.

OTERO LUNA, M.

« Límites de la norma convencional en las PYMES: la ultraactividad », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 27.

-P-

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.

- « Conflictos y convenios colectivos », in *Relaciones de trabajo. Comentario al real Decreto Ley 17/1977*, Madrid, Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, 1977, p. 139.

- « La negociación colectiva en España 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, 1982, nº 135, p. 22.

- « El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo », in *La reforma del estatuto de los trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RE´ et Mª.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 248.

- « El comité de empresa y sus competencias (art. 63 et 64) », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1255.

- « El principio de favor en el Derecho del Trabajo », in *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LOPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 17.

- « La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional) », in *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores. Viejas y nuevas formas institucionales*, Universidad de Salamanca, 2006, p. 5.

- « La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral », in *La Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 30.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.

« Participación de los sindicatos representativos, no firmantes del AES, en las comisiones establecidas por el acuerdo », *RL*, 1985-I, p. 350.

PALOMO BALDA, E. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.

« La reforma del régimen de los salarios », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RE´ et Mª.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 13.

PEDRAJAS MORENO, A.

- « Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo », in *La reforma del mercado laboral de 1994*, Coord. F. VALDÉS DAL-RE, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 376.
- « La reforma del sistema español de negociación colectiva (consideraciones a la luz del denominado « Documento de reflexión » elaborado por el gobierno con fecha 26 de julio de 2001) », *RL*, 2001-II, p. 1125.
- « Nueva regulación de los derechos de información y consulta y del deber de sigilo de representantes de los trabajadores », *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, 2008, nº 20, p. 54.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.

- « La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión », *RL*, 2010-I, p. 495.

PEDRAJAS MORENO, A., ALFONSO MELLADO, C.L. y SALA FRANCO, T.

- « La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes del art. 91 ET », *AL*, 1995, nº 22.
- « Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico », *RL*, 1995-I, p. 1392.
- « La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios », *RL*, 1995-I, p. 1400.

PEÑA OBIOL, S.

- « Los cambios operados por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, en la garantías subjetivas de la negociación colectiva: requisitos de legitimación y quórum exigidos para la válida suscripción de los convenios de eficacia general », *TS*, 1995, nº 52, p. 50.

PÉREZ AMORÓS, F.

- « La designación de los componentes del «banco social» de la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa negociado por el comité de empresa », *RL*, 1988-I, p. 467.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

- « Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, ACARL, 1989, p. 18.
- « Los pactos de reorganización productiva », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AAVV, Madrid, ACARL, 1989, p. 145.
- « La flexibilidad y la doctrina, la extraña pareja », *RL*, 1991-I, p. 79.
- « La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa », *AL*, 1996-II p. 413.
- « Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo », *RL*, 1996, nº 26, p. 15.
- « Mecanismos legales de descuelgue salarial », *AL*, 1997-I, p. 192.
- « Aporías de la negociación colectiva europea », *RMTAS*, 2007, nº 68, p. 244.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.

- « Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales », *AL*, 1997, nº 46, p. 1117.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.

- « La reforma de la negociación colectiva », *RL*, 2010, nº 14.

PÉREZ PÉREZ, M.

- « La concertación social ante el Tribunal Constitucional: « ¿Una cuestión jurídica?» », in *La concertación social tras la crisis*, Dir. OJEDA AVILÉS, Barcelona, Ariel, 1990, p. 67.
- « La comisión negociadora del convenio colectivo », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1551.
- « La nueva regulación de la extensión del convenio colectivo », *TL*, 2000, nº 57, p. 71.

POLAVIEJA, J.G.

- « ¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada », *Revista española de investigaciones sociológicas*, 2006, nº 113, p. 77.

PRADAS MONTILLA, R.

- « Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores », *DL*, 2001, nº 65, p. 7.

PRADOS DE REYES, F.J.

- « La renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, 1980, nº 127, p. 59.
- « Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas », *RL*, 1991-II, p. 181.
- « Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva », *DL*, 2001, nº 64, p. 21.

PRADOS DE REYES, F.J. y VIDA SORIA, J.

« Artículo 129 », in *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo X, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL*, Madrid, Cortes Generales y Edersa, 1998, p. 95.

PURCALLA BONILLA, M.A. y VALLE MUÑOZ, F.A.

« El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico », *La nueva regulación de la relaciones laborales*, Coord. V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, Barcelona, FCJURV, 1995, p. 367.

-R-

RABANAL CARBAJO, P.

« Artículo 89. Tramitación », in *Comentarios a las leyes laborales, Tomo XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 2001, p. 273.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

- « Negociación colectiva en la empresa y secciones sindicales », *DL*, 1987, nº 22, p. 43.
- « La indisponibilidad de derechos », in *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, Vol. 2, Dir. E. BORRAJO DACRUZ*, Madrid, Edersa, 1994.
- « El deber de negociar », in *Los problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1994.
- « Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo », *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Coord. E. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ*, Madrid, MTAS, 1997, p. 59.
- « Autonomía individual y sistema de fuentes », in *Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ed. Quórum y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2002, p. 67.
- « La autonomía colectiva dentro del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo », in *Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ed. Quórum y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2002, p. 216.
- « Autonomía colectiva y autonomía individual (en torno a la STC 225/2001 de 26 noviembre) », in *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid, La Ley, 2003, p. 229.
- « La cuestión de la doble escala salarial: un análisis jurisprudencial », *AL*, 2007, nº 12, p. 1421.
- « La representatividad sindical en la LOLS: 25 años después », *RL*, 2011-I, p. 356.
- « La tutela de las unidades inferiores », Ejemplar fotocopiado/Exemplaire photocopié, sin año.
- « Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas de 2010 y 2011 », *AL*, 2012, nº 5, p. 8.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y ALFONSO MELLADO, C.L.

« La reforma del salario », *TS*, 1994, nº 43, p. 32.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y GARCÍA ORTEGA, J.

« Excepciones al deber de negociar: un análisis jurisprudencial », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en Homenaje al profesor Sala Franco, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 297.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.

- « ¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva? », *RT*, 1984, nº 73, p. 223.
- « Problemas jurídicos en la aplicación del AES », *AL*, 1985-I, p. 744.
- « Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral « sindical » », *AL*, 1987-I, p. 339.
- « Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex Art.86.3 del ET) », *AL*, 1987-I, p. 849.
- « El concepto de centro de trabajo: configuración legal », in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1990, p. 239.

- « Los niveles de negociación colectiva en España », in *Evolución Social en España 1993*, Madrid, Instituto Sindical de Estudios, 1993, p. 171.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A. y SALA FRANCO, T.

« La contratación temporal: un pacto posible », *AL*, 2001-I, p. 326.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M.

« Constitucionalización del derecho del trabajo » in *Los Trabajadores y la Constitución*, coord. RODRÍGUEZ-PIÑERO M., Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 218.

RIERA VAYREDA, C. y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

« Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales », *AL*, 1997, nº 46, p. 1117.

RIVERO LAMAS, J.

- « Modificación y revisión de los convenios colectivos », in *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, ACARL, 1984, p. 71.

- « La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales para negociar. La legitimación en los grupos de empresa », *RL*, 1992-II, p. 436.

- « La legitimación empresarial para la negociación colectiva », in *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, Madrid, MTSS, 1993, p. 86.

- « Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa) », *DL*, 1994, nº 43, p. 56.

- « Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET », in *La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Coord. L.E. De la VILLA GIL, Madrid, AEDTSS-Marcial Pons, 1995, p. 261.

- « Comentario al artículo 89 ET », in *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 1998, p. 971.

- « Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997 », *REDT*, 1998, nº 89, p. 385.

- « La garantía de los derechos y libertades constitucionales », in *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 2017.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L.

- « La reforma (por el momento fallida) de la normativa legal sobre negociación colectiva », in *Las reformas laborales del nuevo milenio*, Coord. E. ROJO TORRECILLA, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 181.

- « Diálogo social y negociación colectiva como métodos de regulación de las relaciones de trabajo en el ámbito de la Unión europea », in *La negociación colectiva europea*, Madrid, CGPJ, 2006, p. 24.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L. y MARTÍNEZ RIAZA, J.

« Sobre el deber de negociar el régimen de condiciones de trabajo aplicable a los trabajadores tras un proceso de subrogación empresarial », *RDS*, 2001, nº 13, p. 193.

RODRÍGUEZ HIDALGO, G. y ÁLVAREZ CUESTA, N.

« Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET », *TS*, 2003, nº 148, p. 46.

RODRÍGUEZ PASTOR, G.

« Toma de acuerdos en el seno de la Comisión negociadora », *RL*, 1994-II p. 478.

RODRÍGUEZ PASTOR, G. y NORES TORRES, L.E.

« Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 111.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

- « La libertad sindical en la Constitución », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 108.
- « Mayorías y minorías en la negociación colectiva », *RL*, 1985-II, p. 45.
- « Puntos claves de la ley de libertad sindical », in *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1986, p. 16.
- « La problemática estructura de la negociación colectiva », *RL*, 1986-I, p. 18.
- « La aplicación en el tiempo del convenio colectivo », *RL*, 1986-II, p. 20.
- « La doble cara de las « elecciones sindicales » », *RL*, 1986-II, p. 31.
- « Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado? », *RL*, 1987-I, p. 1.
- « El valor « cuasi legal » de los convenios colectivos », *RL*, 1987-I, p. 32.
- « Consenso social y concertación », *RL*, 1990-II, p. 10.
- « Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva », *RL*, 1991-I, p. 40.
- « Los límites constitucionales de la contratación colectiva », *RL*, 1992-I, p. 55.
- « La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional », *RL*, 1992-I, p. 50.
- « Derecho del Trabajo y empleo », *RL*, 1994-I, p. 81.
- « Legislación estatal y reforma del mercado del trabajo », in *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo*, Coord. J. CRÚZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 37.
- « Representantes unitarios electivos y tutela en amparo de la libertad sindical », *RL*, 1996-II, p. 33.
- « La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interprofesional para la Estabilidad del empleo », *RL*, 1997, nº 9, p. 2.
- « La contractualización del convenio colectivo », *RL*, 1998-I, p. 3.
- « El Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo y la nueva reforma del mercado del trabajo », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 17.
- « El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual », in *Los principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LÓPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros (CFE), 2003, p. 107.
- « La articulación de la negociación colectiva », in *La eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2003, p. 547.
- « Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional », *RL*, 2004-I, p. 68.
- « La extensión del convenio colectivo, el marco legal originario », *RL*, 2006, nº 1, p. 7.
- « Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo », *RL*, 2008, nº 2, p. 3.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y DEL REY GUANTER, S.

« El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley », in *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, Publicaciones del monte de piedad y caja de ahorros, 1983, p. 28.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.

- « Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores », *RPS*, 1983, nº 137, p. 359.
- « Derecho legal y tutela colectiva en la ley 11/1994 », in *Estudios en homenaje a M. Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 31.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M^a.E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.

- « Prólogo », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 11.
- « La reforma del mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad », *RL*, 2001-I, p. 87.
- « El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 », *RL*, 2002-II, p. 21.
- « Las reformas del Derecho del Trabajo español en el Gobierno Popular (1996 a 2002) », *Revista Trabajista*, 2003-II, p. 186.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.

- « La condición más beneficiosa », *DL*, 1991, nº 33, p. 59.
- « El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014 », *TL*, 2012, nº 115, p. 55.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y VALDÉS ALONSO, A.

« Concurrencia de convenios colectivos estatutarios », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 541.

RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J.

« Art. 67. Promoción de elecciones y mandato electoral », in *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 1998, p. 759.

RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.

- « La reforma del Título II del Estatuto de los trabajadores », *DL*, 1984, nº 14, p. 18.
- « Vigencia de los convenios colectivos de trabajo », in *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*, Tome XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, Madrid, Edersa, 1985, p. 130.
- « La legitimación para negociar convenios colectivos », in *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1985, p. 171.
- « La representatividad sindical », in *Comentarios a la ley de libertad sindical*, Coord. M. RODRIGUEZ-PIÑERO, Madrid, Tecnos, 1986, p. 189.
- « La intervención administrativa en el proceso de elección de los representantes de los trabajadores en los centros de trabajo », *TL*, 1987, nº 10-11, p. 153.
- « Vigencia de los convenios colectivos de trabajo », in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 113.
- « Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en despidos colectivos por causas económicas: sobre su integración en el derecho de libertad sindical y admisibilidad de su renuncia », in *Jurisprudencia constitucional, sobre trabajo y seguridad social*, Tomo XIV, Dir. M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, Madrid, Civitas, 1996, p. 299.
- « La legitimación para negociar colectivamente (en torno al artículo 87) », *REDT*, 2000, nº 100, p. 1535.
- « El comité de empresa, órgano de cooperación e instrumento de conflicto », in *El conflicto colectivo y la huelga*, *Estudios en homenaje al Profesor G. DIÉGUEZ*, Murcia, Laborum, 2008, p. 128.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. y GUTIÉRREZ PALACIOS, R.

« La incidencia de los criterios de representatividad en la configuración del sistema sindical español », in *Estudios sobre el funcionamiento del mercado de Trabajo español*, Madrid, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 1995, p. 245.

ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.

« Clasificación profesional y movilidad funcional », in *La reforma del mercado de trabajo*, Dir. F. VALDÉS, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 214.

ROMERO de BUSTILLO, S.

« La absorción y compensación », *DL*, 1996, nº 49, p. 59.

ROMERO RODENAS, M^a.J.

« El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo », in *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Coord. M^a.J. ROMERO RODENAS, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 87.

ROMERO SÁNCHEZ, I.

« Voluntad, transacción y renuncia de derechos. El valor liberatorio y extintivo del recibo de saldo y finiquito (Comentario a la STS 4ª de 13 de mayo de 2008) », *RL*, 2009-I, p. 627.

RON LATAS, R.P.

- « Artículo 87: legitimación », in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII, Dir. E. BORRAJO DACRUZ, Madrid, Edersa, 2001, p. 195.
- « La legitimación para negociar y las relaciones colectivas en el contenido de los convenios colectivos de grupos de empresas », in *La negociación colectiva en los grupos de empresa: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Coord. J. MARTÍNEZ GIRÓN, Madrid, MTAS, 2003, p. 47.

ROQUETA BUJ, R.

- « La legitimación negocial de las asociaciones empresariales », *AL*, 1993-I, p. 327.

RUIZ CASTILLO, M^a.M

- « El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo », in *Los protagonistas laborales tras la reforma del Mercado del Trabajo*, Coord. J. CRÚZ VILLALÓN, Madrid, CES, 1995, p. 315.
- « Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios », *TL*, 2009, nº 98, p. 175.

-S-

SÁEZ LARA, C.

- « Limitación al deber de negociar en los supuestos de cambio de unidad negocial », *RL*, 1993-I, p. 272.
- « Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico », *RL*, 1995-I, p. 551.
- « El control de legalidad del convenio colectivo », *TL*, 2004, nº 76, p. 369.
- « La representación colectiva de los trabajadores en la empresa », *RMTAS*, 2005, nº 58, p. 318.
- « Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo », *TL*, 2012, nº 115, p. 244.

SÁEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F.

- « Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo », *RL*, 1991-I, p. 390.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.

- « Apuntes breves sobre el Acuerdo Económico y Social (1985-1986) », *Papeles de Economía Española*, 1984, nº 21, p. 237.
- « La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada », *DL*, 1988, nº 24, p. 18.

SALA FRANCO, T.

- « El principio de condición más beneficiosa », *RPS*, 1977, nº 144, p. 64.
- « Comentarios al art. 82 », in *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980*, AA.VV., Madrid, Edersa, 1981, p. 555.
- « Las ordenanzas laborales y el derecho del trabajo postconstitucional », *RL*, 1984, p. 9.
- « El sindicato más representativo a nivel estatal. Funciones y competencia », *RL*, 1986-I, p. 367.
- « El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo », *Revista de Treball*, nº 7, 1988, p. 18.
- « Los convenios colectivos extraestatutarios », in *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, ACARL, 1989, p. 70.
- « La representación de los trabajadores en la empresa », *RL*, 1990-II, p. 156.
- « Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación: el deber de negociar », in *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*, Madrid, MTSS, 1992, p. 28.
- « La libertad sindical y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », in *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 105.
- « La funcionalidad del pacto individual como vehículo flexibilizador de las condiciones contractuales », *TS*, 1993, nº 36, p. 8.
- « Las relaciones colectivas en los grupos de empresa », in *Cuadernos de Derecho Judicial. Aspectos laborales de los grupos de empresa*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 50.
- « La suplencia o derogación de la reglamentaciones y ordenanzas del trabajo », in *Estudios en homenaje a M. Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 39.
- « Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 123.
- « La concertación y el diálogo social durante el periodo 1990-2007 », in *30 años de libertad sindical*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2007, p. 148.
- « La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio) », *AL*, 2011, nº 18, p. 2109.
- « La reforma de la negociación colectiva », in *La Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, AAVV, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 60.

SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A.

- « Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate », in *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva, El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Dir. T. SALA FRANCO, Madrid, MTAS, 2001, p. 15.

SALA FRANCO, T. y CAMPS RUIZ, L.M.

- « La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios », *PJ*, 1986, nº 4, p. 194.
- « Los convenios colectivos extraestatutarios: eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación », *DL*, 1987, nº 21, p. 140.

SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M^a.

- « La designación de los vocales laborales en la comisión negociadora de los convenios colectivos de empresa », *PJ*, 1987, nº 8, p. 167.
- « Sobre las relaciones entre reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos », *PJ*, 1988, nº 10, p. 187.
- « La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad », *REDT*, 1988, nº 35, p. 332.

SALA FRANCO, T. y LAHERA FORTEZA, J.

« La reforma de la negociación colectiva », in *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del prof. IGNACIO ALBIOL*, Dir. L. CAMPS, J.M. RAMÍREZ, T. SALA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 531.

SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.

« La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión », *RL*, 2010-I, p. 495.

SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

- « ¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva? », *RT*, 1984, nº 73, p. 223.
- « Problemas jurídicos en la aplicación del AES », *AL*, 1985-I, p. 744.
- « Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral « sindical », *AL*, 1987-I, p. 339.
- « Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex Art.86.3 del ET) », *AL*, 1987-I, p. 849.
- « El concepto de centro de trabajo: configuración legal », in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1990, p. 239.
- « Los niveles de negociación colectiva en España », in *Evolución Social en España 1993*, Madrid, Instituto Sindical de Estudios, 1993, p. 171.

SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C.L., PEDRAJAS MORENO, A.

- « La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes del art. 91 ET », *AL*, 1995, nº 22.
- « Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico », *RL*, 1995-I, p. 1392.
- « La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios », *RL*, 1995-I, p. 1400.

SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

« Constitucionalización del derecho del trabajo », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 218.

SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

« La contratación temporal: un pacto posible », *AL*, 2001-I, p. 326.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CRISTÓBAL RONCERO, M^a. del R.

« Comité intercentros: tendencias jurisprudenciales », *AL*, 2004-I, p. 675.

SANGUINETI RAYMOND, W.

« La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes », *RDS*, 2012, nº 57, p. 231.

SANTIAGO REDONDO, K.M.

« Acuerdo en la cumbre », in *Manual jurídico de la negociación colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RÉ, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2007, p. 901.

SEGALÉS FIDALGO, J.

« La legitimación del comité de empresa para interponer recurso de amparo en defensa de la libertad sindical », *RL*, 1996-II, p. 569.

SEMPERE NAVARRO, A.V.

« El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 9 de febrero 2010 », *Aranzadi Doctrinal*, 2010, nº 1, p. 9.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M^a.

« El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa », *RMTAS*, 2004, nº 48, p. 100.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALACRAZ, J.

- « Límites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española », *RT*, 1990, nº 99, p. 59.

- « Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos », *RMTAS*, 2007, nº 68, p. 55.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y NICOLÁS FRANCO, A.

« Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva », *RMTAS*, 2001, nº 33, p. 125.

SERRANO ARGÜELLO, N.

« A propósito del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 », *Información Laboral, Legislación y convenios colectivos*, 2005, nº 19, p. 2.

SERRANO GARCÍA, J.M.

« Los derechos de información y consulta afectados por la Ley 35/2010 y el RD 801/2011 », in *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Madrid, Cinca, 2012, p. 99.

SERRANO MARTÍNEZ, J.E.

« El convenio colectivo de franja en el ordenamiento español », in *Estudios de derecho del trabajo en homenaje al prof. G. BAYÓN CHACÓN*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, p. 109.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.

« Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes », *RGDTSS*, 2007, nº 15.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J.

« Garantías institucionales », in *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales, Vol. II*, Madrid, Civitas, 2001, p. 110.

-T-

THIBAUT ARANDA, J. y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

« La reforma de la negociación colectiva », *RL*, 2010, nº 14.

TOLOSA TRIBIÑO, C.

« La aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa », in *Los principios del Derecho del Trabajo*, Dir. L.E. DE LA VILLA GIL et L. LÓPEZ CUMBRE, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2003, p. 189.

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.

« Aspectos problemáticos de la representatividad de las asociaciones empresariales », *REDT*, 1990, nº 44, p. 763.

-V-

VALDÉS ALONSO, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.

« Concurrencia de convenios colectivos estatutarios », in *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Dir. F. VALDÉS DAL-RE, Coord. J. LAHERA FORTEZA, Madrid, La Ley, 2008, p. 541.

VALDÉS DAL-RE, F.

- « La regulación constitucional de la negociación colectiva », in *Los Trabajadores y la Constitución*, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Madrid, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, p. 252.
- « Representación y acción sindical en la empresa en el AMI », in *Comentarios al AMI sobre negociación colectiva*, Madrid, IES, 1980.
- « El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo », in *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, Ministerio de Industria y Energía, 1982, p. 135.
- « Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva », *RPS*, 1983, nº 137, p. 401.
- « Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general », *DL*, 1984, nº 12, p. 30.
- « Prólogo », in E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, *La compensación y absorción de salarios*, Madrid, MTSS, 1984, p. 14.
- « Sobre la prorroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos », *AL*, 1986, nº 2, p. 1371.
- « Representación y representatividad sindicales en España », *RL*, 1988-II, p. 154.
- « La reestructuración de la negociación colectiva en el sector de la construcción: una experiencia a imitar », *RL*, 1989-I, p. 56.
- « El derecho a la negociación colectiva laboral en la Jurisprudencia constitucional I y II », *RL*, 1990-I, p. 6.
- « El paradigma legal en la negociación colectiva », *RL*, 1990-I, p. 269.
- « El lugar del reglamento en el ordenamiento laboral », *RL*, 1990-II, p. 35.
- « Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador », in *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, p. 2.
- « Negociación colectiva y principio de unidad de empresa », in *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*, Madrid, MTSS, 1992, p. 66.
- « Negociación cooperativa, flexibilidad laboral y crisis económica », *RL*, 1993-II, p. 40.
- « Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva », in *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Coord. F. VALDÉS DAL-RE et M^a.E. CASAS BAAMONDE, Madrid, La Ley, 1994, p. 280.
- « Los despidos por causa económica », in *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 405.
- « La reforma de las reglas de legitimación negociadora », *RL*, 1994-I, p. 55.
- « Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva », in *La reforma de la negociación colectiva*, Coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL et S. DEL REY GUANTER, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 126.
- « Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva », *RL*, 1995-I, p. 266.
- « Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa », *RL*, 1996-I, p. 26.
- « El sistema español de relaciones laborales: una aproximación », *RL*, 1996-I, p. 135.
- « La legislación laboral negociada », *RMTAS*, 1997, nº 3, p. 173.
- « Legislación negociada y concertación social: una aproximación », *RL*, 1997-I, p. 12.
- « El acuerdo de cobertura de vacíos », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 313.
- « La flexibilidad del mercado de trabajo: Teoría e ideología », in *El trabajo del futuro*, Editorial Complutense, 1999, p. 119.
- « Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual », in *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Valladolid, Lex nova, 1999, p. 148.
- « Reforma de la estructura contractual y autonomía colectiva », *RL*, 1999-I, p. 35.
- « Mejoras voluntarias de la seguridad social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate », *RL*, 2000-I, p. 43.
- « Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual », *RDS*, 2001, nº 15, p. 78.
- « Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva », *RL*, 2001-II, p. 105.

- « Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva: una aproximación », in *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid, CCNCC, MTAS, 2004, p. 141.
- « Eficacia jurídica de los convenios colectivos », *TL*, 2004, nº 76, p. 51.
- « Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado », *RL*, 2005, nº 4, p. 10.
- « Eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales: la perspectiva constitucional (II) », *RL*, 2005, nº 23, p. 1.
- « El modelo español de negociación colectiva », in *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al Profesor Sala Franco*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M.^a GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p.43.
- « La legitimación negocial en los grupos de empresa: anomia legislativa e incertidumbre jurisprudencial », *RL*, 2007-II, p. 33.
- « El acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 », *RL*, 2007-I, p. 83.
- « La prórroga para el 2008 del Acuerdo Interconfederal par la Negociación colectiva 2007 », *RL*, 2008, nº 3, p. 27.
- « La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada », *RL*, 2008, nº 14, p. 3.
- « La desnaturalizada recepción por el Estatuto de los Trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del contenido del convenio colectivo », *RL*, 2008, nº 17, p. 3.
- « La recreación por la jurisprudencia del concepto de contenido normativo del convenio colectivo », *RL*, 2008, nº 19, p. 4.
- « Orientaciones para una reforma de la ordenación jurídica de negociación colectiva », in *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del prof. IGNACIO ALBIOL*, Dir. L. CAMPS, J.M. RAMÍREZ, T. SALA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 551.
- « Por una reforma de la disciplina estatutaria de la negociación colectiva », *RL*, 2010-I-, p. 10.
- « El acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011 y 2012) », *RL*, 2010, nº 10, p. 77.

VALDÉS DAL-RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M^a.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

- « Prólogo », in *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva, la reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 11.
- « La reforma del mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad », *RL*, 2001-I, p. 87.
- « El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 », *RL*, 2002-II, p. 21.
- « Las reformas del Derecho del Trabajo español en el Gobierno Popular (1996 a 2002) », *Revista Trabajista*, 2003-II, p. 186.

VALDÉS DE LA VEGA, B.

- « Promoción de elecciones sindicales: un punto negro en el proceso electoral », *RL*, 1992-I, p. 437.

VALLE MUÑOZ, F.A. y PURCALLA BONILLA, M.A.

- « El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico », *La nueva regulación de la relaciones laborales*, Coord. V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, Barcelona, FCJURV, 1995, p. 367.

VIDA SORIA, J.

- « La distinción entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses en la problemática general de los conflictos colectivos de Trabajo », in *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1968, p. 36.
- « Los acuerdos para la estabilidad del empleo y la negociación colectiva de 1997 en el marco de las reformas del sistema normativo para las relaciones de trabajo », *RL*, 1997-I, p. 600.
- « Génesis, significado y evolución des Estatuto de los Trabajadores (1980-2005) », in *Transformaciones laborales en España*, AA.VV, Madrid, MTAS, 2005, p. 186.

VIDA SORIA, J. y PRADOS DE REYES, F.J.

- « Artículo 129 », in *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo X*, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, Cortes Generales y Edersa, 1998, p. 95.

VIQUEIRA PÉREZ, C. y LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, F.

« Los acuerdos de empresa », in *El Régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en Homenaje al profesor SALA*, Coord. F. PÉREZ DE LOS COBOS y J.M^a. GOERLICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 652.

VIVERO SERRANO, J.B.

« La eficacia de los acuerdos de fin de huelga », in *La Eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2003, p. 973.

ZORRILLA RUIZ, M.M.

« Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación laboral », *RT*, 1982, n^o 67-68, p. 169.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Consejo Económico y Social

<http://www.ces.es/>

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y especialmente las publicaciones de la CCNCC

<http://www.empleo.gob.es/>

Bases de datos

Aranzadi: <http://www.westlaw.es/>

Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/>

Tirant lo Blanch: <http://www.tirantonline.com/>

LEYES PRINCIPALES

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del Mercado de Trabajo y el fomento de la Contratación Indefinida.

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS ET COURS

CARBONNIER, J.

- *Droit Civil, Introduction*, 22° ed., Paris, PUF, 1994 (ouvrage cité).
- *Droit Civil, Introduction*, 27° ed., Paris, PUF, 2002.

CHAPUS, R.

Droit Administratif Général, 14° ed., Paris, Monchrestien, 2000.

COUTURIER, G.

Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail, Tome II, Paris, PUF, 2001.

DESPAX, M.

- *Conventions collectives, Tome VII, Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1974.
- *Négociations, conventions et accords collectifs de travail, Traité de droit du travail*, 2°ed., Tome VII, Paris, Dalloz, 1989.

DOCKES, E.

Droit du travail, 3° ed., Paris, Dalloz Hypercours, 2008.

DOCKES, E., PESKINE, E. et WOLMARK, C.

Droit du travail, 5° ed., Paris, Dalloz Hypercours, 2010.

DURAND, P.

Traité de droit du travail, tome III, Paris, Dalloz, 1956.

FAVOREU, L.

Droit constitutionnel, 10° ed., Paris, Dalloz, 2007.

FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.L.

Droit constitutionnel, 15° ed., Paris, Dalloz, 2013.

GHESTIN, J.

Traité du droit civil, Formation du contrat, 3° ed., Paris, LGDJ, 1993.

GHESTIN, J. et GOUBEAUX, G. avec le concours de M. FABRE-MAGNAN

Traité de droit civil, Introduction générale, 3° ed., Paris, LGDJ, 1990.

JAVILLIER, J.C.

Droit du Travail, Paris, LGDJ, 1978.

JAVILLIER, J.C. et MOREAU, M.

Droit du Travail, 5° ed., Paris, LGDJ, 2001.

MAZEAUD, A.

Droit du Travail, 8° ed., Paris, Montchrestien, 2012.

PELISSIER, J., AUZERO, G. y DOCKÉS, E.

Droit du travail, 27° ed., Paris, Dalloz, 2013.

PELISSIER, J., SUPLOT, A., JEAMMAUD, A.

Droit du travail, 23° ed., Paris, Dalloz, 2006.

TEYSSIE, B.

- *Droit du travail. Relations collectives*, 6° ed., Paris, Litec, 2009 (ouvrage cité).
- *Droit du travail. Relations collectives*, 8° ed., Paris, Litec, 2012.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

-A-

ALIPRANTIS, N.

La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, Paris, LGDJ, 1980.

AMADIEU, J.F.

Les syndicats en miette, Paris, Ed. du Seuil, 1999.

AMADIEU, J. F. et BOISSARD, D.

La démocratie sociale en danger, Paris, Ed. Liaisons, 2001.

AMSELECK, P.

Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, LGDJ, 1962.

ANDOLFATTO, D.

Les Syndicats en France, Paris, La Documentation française, 2007.

ARSEGUEL, A.

La notion d'organisations syndicales plus représentatives, Thèse, Toulouse, 1976.

AUBERT, J.L. et FLOUR, J.

Les obligations. L'acte juridique, 8^o ed., Paris, Armand colin, 1998.

AUBERT, J.L., FLOUR, J. et SAVAUX, E.

Les obligations. L'acte juridique, 15^o ed., Paris, Sirey, 2012.

AURELLI, P. et GAUTIER, J.

Consolider le dialogue social, Paris, Conseil Economique et Social, 2006.

AUROUX, J.

Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, Paris, La Documentation Française, 1981.

-B-

BARBIER, M.

Organisations patronales en France et en Europe, Paris, Documents d'études de la Dares, n° 130, 2007.

BARREAU, J. (Dir.)

Quelle démocratie sociale dans le monde du travail?, PU de Rennes, 2003.

BELIER, G. et LEGRAND, H.J.

- *La négociation collective après la loi du 20 août 2008: nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Paris, Ed. Liaisons, 2009 (ouvrage cité).

- *La négociation collective après la loi du 20 août 2008 : nouveaux acteurs, nouveaux accords*, 3^o ed., Paris, Ed. Liaisons, 2011.

BENARD, E. et CORMIER-Le GOFF, A.

Les restructurations en droit du travail, 3^o ed., Paris, Collection Droit vivant, Ed. Liaisons, 2009.

BOCQUILLON, F.

La dérogation en droit du travail, Thèse, Strasbourg, 1999.

BOISSARD, D. et AMADIEU, J. F.

La démocratie sociale en danger, Paris, Ed. Liaisons, 2001.

BUNEL, J.

La transformation de la représentation patronale, Paris, La documentation Française, 1995.

-C-

CAMART, N.

La médiation, instrument de pacification des relations de travail, Thèse, Toulouse-I, 2007.

CANUT, F.

L'ordre public en droit du travail, Paris, LGDJ, 2007.

CHALARON, Y.

Négociations et accords collectifs d'entreprise, Paris, LITEC, 1990.

CHATRIOT, A.

La démocratie sociale à la française, Paris, La découverte, 2002.

CHAUCHARD, J.P.

La conception française de la négociation collective et de la convention collective, Thèse, Paris I, 1984.

CHERTIER, D.J.

Pour une modernisation du dialogue social, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation Française, 2006.

COLIN, N.

Conventions et accords collectifs de droit social à l'épreuve du temps, Paris, L'Harmattan, 2000.

COHEN, M.

Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, 9^eed., Paris, LGDJ, 2009.

Conseil d'Etat

Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public, Paris, La documentation française, 2008.

CORMIER-Le GOFF, A. et BENARD, E.

Les restructurations en droit du travail, 3^e ed., Paris, Collection Droit vivant, Ed. Liaisons, 2009.

CORNU, G. (Dir.)

Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, Paris, PUF, 2007.

COURTOIS, S. et LABBÉ, D.

Regards sur la crise du syndicalisme, Paris, L'Harmattan 2001.

-D-

DARES

- *Elections aux comités d'entreprise et délégations uniques du personnel, Cycle: 2005-2006*, Paris, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, 2008.

- *La négociation collective en 2007: bilans et rapports*, Paris, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, 2008.

DAUXERRE, L.

La représentativité syndicale, instrument du dialogue social, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 2005.

DAUXERRE, N.

Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 2005.

DAVID, R.

Les avatars d'un comparatiste, Paris, Economica, 1982

DAVID, R. et JAUFFRET-SPINOSI, C.

Les grands systèmes de droit contemporain, 11^eed., Paris, Dalloz, 2002.

DEBARD, T. et GUINCHARD, S.

Lexique des termes juridiques, 20^e ed., Paris, Dalloz, 2012.

DESBARATS, I.

L'entreprise à établissements multiples en droit du travail, Paris, LGDJ, 1996.

DE ROO, P., JACOT, H., TORTEL, L.

Territoires et dialogue social: Quelles initiatives pour quels acteurs ?, Lyon, Chronique sociale, 2005.

DIDRY, C.

Naissance de la convention collective, Paris, Ed. EHESS, 2002.

DOCKES, E., PELISSIER, J., LYON-CAEN, A. et JEAMMAUD, A.

Les grands arrêts du droit du travail, 4^e ed., Paris, Dalloz, 2008.

-F-

FLOUR, J. et AUBERT, J.L.

Les obligations. L'acte juridique, Paris, Armand colin, 1998.

FLOUR, J., AUBERT, J.L. et SAVAUX, E.

Les obligations. L'acte juridique, 15^e ed., Paris, Sirey, 2012.

FOURCADE, C.

L'autonomie collective des partenaires sociaux, Paris, LGDJ, 2006.

-G-

GAILLARD, E.

La notion de pouvoir en droit privé, Paris, Economica, 1985.

GARCIA, R.

Sortir du syndicalisme gaulois, Paris, Ed. Eyrolles, 2003.

GAUDU, F. et VATINET, R.

Les contrats de travail, Traité des contrats, Paris, LGDJ, 2001.

GAUTIER, J. et AURELLI, P.

Consolider le dialogue social, Paris, Avis du Conseil Economique et Social, 2006.

GRUMBACH, T. et PINA, L. (Dir.)

35 heures. Négocier les conditions de travail, Ivry-sur-Seine, Les éditions de l'atelier, 2000.

GUINCHARD, S. et MONTAGNIER, G.

Lexique des termes juridiques, 15^e ed., Paris, Dalloz, 2005.

GUINCHARD, S. et DEBARD, T.

Lexique des termes juridiques, 20^e ed., Paris, Dalloz, 2012.

-H-

HADAS-LEBEL, R.

Pour un dialogue social efficace et légitime: représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation Française, 2006.

HAYEK, F-A.

Droit, législation et liberté ; Le mirage de la justice sociale ; L'ordre politique d'un peuple libre ; Traduction de R. AUDOUIN, Paris, PUF, 1995.

HENOT, F.

La renonciation du salarié, Thèse, Université de Picardie, 1996.

-J-

JAUFFRET-SPINOSI, C. et DAVID, R.

Les grands systèmes de droit contemporain, 11^eed., Paris, Dalloz, 2002.

JACOT, H., DE ROO, P., TORTEL, L.

Territoires et dialogue social: Quelles initiatives pour quels acteurs ?, Lyon, Chronique sociale, 2005.

JEAMMAUD, A. et LYON-CAEN, A.

Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique, Arles, Actes Sud, 1986.

JEAMMAUD, A., PELISSIER, J., LYON-CAEN, A. et DOCKES, E.

Les grands arrêts du droit du travail, 4^e ed., Paris, Dalloz, 2008.

JEANSEN, E.

L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail, Paris, Economica, 2008.

JOBERT, A. (Coord.)

Les nouveaux cadres du dialogue social: l'espace européen et les territoires, Paris, Rapport final pour le Commissariat général du Plan, septembre 2005.

JOBERT, A. et SAGLIO, J.

La mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche, Paris, La documentation Française, 2005.

-K-

KATZ, T.

La négociation collective et l'emploi, Paris, LGDJ, 2007.

KELSEN, H.

Théorie pure du droit, Traduction de Ch. EISENMANN, Paris, LGDJ, 1999.

KERBOURC'H, J.Y., MERIAUX, O. et SEILER, C.

Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises, Paris, DARES Document d'études, n° 140, 2008.

-L-

LABBÉ, D. et LANDIER, H.

Les organisations syndicales en France, Paris, Ed. Liaisons, 2004.

LABBÉ, D. et COURTOIS, S.

Regards sur la crise du syndicalisme, Paris, L'Harmattan 2001.

LE GOFF, J.

Du silence à la parole, une histoire du Droit du Travail des années 1830 à nos jours, PU de Rennes, 2004.

LEGRAND, H.J. et BELIER, G.

- *La négociation collective après la loi du 20 août 2008 : nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Paris, Ed. Liaisons, 2009 (ouvrage cité).

- *La négociation collective après la loi du 20 août 2008 : nouveaux acteurs, nouveaux accords*, 3^e ed., Paris, Ed. Liaisons, 2011.

LEROY, M.

La coutume ouvrière, Paris, Girard et Brière, 1913.

LYON-CAEN, A. et JEAMMAUD, A.

Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique, Arles, Actes Sud, 1986.

LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A., DOCKES, E. et PELISSIER, J.

Les grands arrêts du droit du travail, 4^e ed., Paris, Dalloz, 2008.

LYON-CAEN, G., PELISSIER, J.

Les grands arrêts du droit du travail, Paris, Sirey, 1978.

-M-

MARTIN, Ph. (Dir.)

Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, PU de Bordeaux, 2007.

MASQUEFA, C.

La restructuration, Paris, LGDJ, 2000.

MERIAUX, O., KERBOURC'H, J.Y. et SEILER, C.

Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises, Paris, DARES Document d'études n° 140, 2008.

MEYER, N.

L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, Paris, LGDJ, 2006.

MINE, M.

- *Négocier la réduction du temps du travail*, Ivry sur Seine, Les éditions de l'atelier, 1998.

- *Droit du temps de travail*, Paris, LGDJ, 2004.

MONTAGNIER, G. et GUINCHARD, S.

Lexique des termes juridiques, 15^e ed., Paris, Dalloz, 2005.

MOREAU, M.

La grève, Paris, Economica, 1998.

MORIN, M.L.

Le Droit des salariés à la négociation collective, Principe Général du Droit, Paris, LGDJ, 1994.

MORIN, M.L., PECAUT- RIVOLIER, L. et STRUILLOU, Y.

Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Paris, Dalloz, 2009.

-N-

NADAL, S.

- *La profession et la branche: leur rôle dans la conception française de la convention collective*, Villeneuve d'Ascq, P.U. du Septentrion, 1996.

- *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective*, Répertoire Travail, Paris, Encyclopédie Dalloz, 2008.

NERON, S.

L'obligation de paix sociale aux Etats-Unis et en France : étude de droit du travail comparé, Thèse, Toulouse-I, 2008.

-O-

OGIER-BERNAUD, V.

Les droits constitutionnels des travailleurs, Paris, Economica, PU Aix-Marseille, 2003.

-P-

PALLI, B.

La modification et la dénonciation des conventions collectives de travail, Thèse, Strasbourg III, 2006.

PECAUT- RIVOLIER, L., MORIN, M.L. et STRUILLOU, Y.

Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Paris, Dalloz, 2009.

PELISSIER, J. et LYON-CAEN, G.

Les grands arrêts du droit du travail, Paris, Sirey, 1978.

PELISSIER, J., LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A., DOCKES, E.

Les grands arrêts du droit du travail, 4^e ed., Paris, Dalloz, 2008.

PERES-DOURDOU, C.

La règle supplétive, Paris, LGDJ, 2004.

PETIT, F.

La notion de représentation dans les relations collectives du travail, Paris, LGDJ, 2000.

POISSON, J.F.

Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation française, 2009.

-R-

RODIERE, P.

La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, Paris, Litec, 1987.

ROMANO, S.

L'ordre juridique, Paris, Dalloz, 1975.

ROSANVALLON, P.

La question syndicale, Paris, Calmann Lévy, 1988.

SOURIAC-ROTSCHILD, M.A.

Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, Thèse, Paris I, 1986.

-S-

SAGLIO, J. et JOBERT, A.

La mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche, Paris, La documentation Française, 2005.

SAVATIER, J.

L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise, Paris, Ed. Liaisons, 1992.

SAVAUX, E., FLOUR, J. et AUBERT, J.L.
Les obligations. L'acte juridique, 15^e ed., Paris, Sirey, 2012.

SCHMITT, M.
Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire, PU Aix-Marseille, 2009.

SEILER, C., KERBOURC'H, J.Y. et MERIAUX, O.
Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises, Documents d'études, n° 140, Paris, Dares, 2008.

SOUBIRAN-PAILLET, F.
L'invention du syndicat, Paris, LGDJ, 1999.

STRUILLOU, Y., MORIN, M.L. et PECAUT- RIVOLIER, L.
Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Paris, Dalloz, 2009.

SUPIOT, A.
Critique du droit du travail, 2^e ed., Paris, PUF Quadrige, 2007.

SUPIOT, A. (Dir.)
Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport pour la Commission européenne, Paris, Flammarion, 1999.

-T-

TEISSIER, A.
La loyauté dans les relations individuelles de travail, Thèse, Paris-II, 1997.

TORTEL, L., DE ROO, P., JACOT, H.
Territoires et dialogue social: Quelles initiatives pour quels acteurs ?, Lyon, Chronique sociale, 2005.

THUDEROZ, C.
L'emploi et sa négociation dans l'entreprise, Paris, Rapport de recherche pour le Commissariat général du plan, 1996.

-V-

VATINET, R. et GAUDU, F.
Les contrats de travail, Traité des contrats, Paris, LGDJ, 2001.

VERDIER, J.M.
Syndicats et droit syndical. Traité de droit du travail, 2^eed., vol. I, Paris, Dalloz, 1987.

VIRVILLE, M. de
Pour un code du travail plus efficace, Paris, Rapport au Ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004.

-W-

WALTER, J.L.
Réalité et avenir du dialogue social territorial, Paris, Rapport Conseil Economique, Social et Environnemental, 2009.

WAQUET, Ph. (Dir.)
Les lieux du droit du travail, SSL, 2003, suppl. n° 1140.

-Y-

YANNAKOUROU, S.

L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur, Paris, LGDJ, 1995.

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

-A-

ADAM, P.

« La CFE-CGC peut-elle signer un accord d'entreprise intercatégoriel? », *SSL*, 2009, n° 1424, p. 6.

ALIPRANTIS, N.

« Conflits entre conventions collectives de niveaux différents: étude comparative », *Revue internationale de droit comparé*, 1987-1, p. 8.

AMAUGER-LATTES, M.C. et DESBARATS, I.

« Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », *Dr. soc.*, 2003, p. 365.

ANTONMATTEI, P.H.

- « Conservation des avantages individuels acquis », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 122.

- « A propos du développement de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 167.

- « Négociation annuelle obligatoire », *Dr. soc.*, 2001, p. 252.

- « Négociation collective, brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. Soc.*, 2003 (a), p. 88.

- « La censure jurisprudentielle de la clause d'option contenue dans une convention collective de branche », *Dr. soc.*, 2003 (b), p. 183.

- « Licenciements économiques et négociation collective: un nouvel accord collectif de travail est né », *Dr. soc.*, 2003 (c), p. 486.

- « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe: satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 601.

- « Accord de méthode, génération 2005: la « positive attitude » », *Dr. soc.*, 2005, p. 399.

- « Négociation collective et CPE: le jour d'après », *Dr. soc.*, 2006, p. 650.

- « GPEC et licenciement pour motif économique: le temps des confusions judiciaires », *Dr. soc.*, 2007 (a), p. 289.

- « Négociation collective: un bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. soc.*, 2007 (b), p. 459.

- « Négociation collective: moisson jurisprudentielle d'automne », *Dr. soc.*, 2008 (a), p. 185.

- « Les critères de représentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.*, 2008 (b), p. 771.

- « Accord national interprofessionnel et loi: un conflit de normes inattendu et inopportun », *Dr. soc.*, 2009 (a), p. 528.

- « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2009 (b), p. 883.

- « Négociation collective et syndicats catégoriels: le début des ennuis », *Dr. soc.*, 2011, p. 89.

- « Brèves observations sur la jurisprudence relative au titre I de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », in *Les rencontres de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Mars 2011*, Paris, Dalloz, 2011, p. 157.

- « Accord collectif et contrat de travail: réponse du berger à la bergère! », *Dr. soc.*, 2012, p. 672.

ANTONMATTEI, P.H. et DESTOURS, S.

« Convention collective et droit de la concurrence: nouvelle rencontre », *Dr. soc.*, 2003, p. 999.

ARSEGUEL, A.

- « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président MICHEL DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002 (a), p. 401.

- « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, Dir. B. LARDY PELISSIER et J. PELISSIER, Paris, Dalloz, 2002 (b), p. 7.

- « Réformer sans bouleverser », *RDT*, 2006, p. 288.

ARTERO, V.G. et BEAL, S.

« Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels? », *RDT*, 2010, p. 556

AUBREE, Y.

« Le concept légal d'« avantage individuel acquis » », *RJS*, 11/2000, p. 699.

AMAUGER-LATTES, M.C. et DESBARATS, I.

« Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », *Dr. soc.*, 2003, p. 365.

AUZERO, G.

- « Le dispositif d'allègement des cotisations sociales », *Dr. soc.*, 1999, p. 1026.

- « La vie des conventions et accords collectifs de travail », *RDT*, 2006, p. 230.

- « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail: l'ébauche d'une « flexisécurité à la française » », *RDT*, 2008, p. 152.

-B-

BARBEROT, C.

- « Les modalités du scrutin des élections au comité central d'entreprise », *RJS*, 7/1998, p. 529.

- « Les acteurs de la négociation collective, leur représentativité », *Dr. ouv.*, 1998, p. 332.

- « Accord préélectoral, organisations syndicales à inviter à la négociation », *RJS*, 2002, p. 807.

BARTHELEMY, J.

- « La négociation collective, rapport général », *Dr. soc.*, 1986, p. 587.

- « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme? », *Dr. soc.*, 1988 (a), p. 402.

- « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. soc.*, 1988 (b), p. 556.

- « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.*, 1992, p. 450.

- « Le référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1993, p. 89.

- « Durée du travail », *J. Cl. Travail*, 1995, Fasc. 21-10, n° 1, p. 3.

- « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *SSL*, 2001, n° 1047, p. 6.

- « Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », *Dr. soc.*, 2003, p. 832.

- « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.*, 2008, p. 566.

- « Évitez les mauvais procès », in *Controverse : étendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ?*, *RDT*, 2008, p. 426.

- « La révolution annoncée n'aura pas lieu », *SSL*, 2008, n° 1360.

- « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2009, p. 907.

- « Modulation des horaires et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 151.

BATEMAN, L.

« Un décollage difficile pour MARS », *SSL*, 2010, n° 1455, p. 14

BEAL, S.

« Représentativité et syndicat catégoriel », *SSL*, 2010, n° 1455, p. 11.

BEAL, S. et ARTERO, V.G.

« Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », *RDT*, 2010, p. 556

BEAL, S. et ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, M.N.

« La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP S*, 2006, p. 1002.

BELIER, G.

- « Le double niveau de négociation une chance pour la politique contractuelle », *Dr. soc.*, 1983, p. 74.

- « Les dérogations en droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexion critique à propos de quelques projets récents », *Dr. soc.*, 1986, p. 49.

- « Les novations dans le droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1999, p. 1014.

BELIER, G. et GUEDES DA COSTA, S.

« GPEC/PSE : deux dispositifs autonomes », *SSL*, 2007, n° 1291, p. 8.

BEVORT, A.

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

BLANC-JOUVAN, G.

« L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 68.

BOCQUILLON, M.

- « Que reste-t-il du principe de faveur », *Dr. soc.* 2001, p. 255.

- « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail) », in *Droit social-droit comparé*, PU de Strasbourg, 2003, p. 36.

- « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.*, 2005, chron., p. 803.

BONNARD-PLANCKE, L.

« Convention collective et collectivité de travail: Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.*, 2005, p. 867.

BONNECHERE, M.

- « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouv.*, 1988, p. 172.

- « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 40.

- « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouv.*, 2001, p. 415.

- « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouv.*, 2008, p. 11.

BONNIN, V.

« Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouv.*, 1998, p. 345.

BORENFREUND, G.

- « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 1988, p. 476.

- « La résistance des salariés à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.*, 1990, p. 627.

- « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.*, 1991, p. 687.

- « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.*, 1992, p. 893.

- « Délégué syndical central, représentativité syndicale : observations sur un arrêt d'allure modeste », *Dr. soc.*, 1993, p. 282.

- « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.*, 1996, p. 467.

- « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 1006.

- « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouv.*, 1997, p. 514.

- « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. soc.*, 2001, p. 821.

- « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presse de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 431.

- « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in *Mélanges J.PELISSIER*, Paris, Dalloz, 2004, p. 93.

- « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2004, p. 609.

- « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 16.

- « Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 106.

- « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT*, 2008 (a), p. 360.

- « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008 (b), p. 712.

- « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 706.

- « Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale », *SSL*, 2009, n° 1412, p. 7.

BORENFREUND, G. et SOURIAU, M.A.

- « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2001, p. 221.

- « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 77.

BOUBLI, B.

- « Les avantages acquis », *SSL*, 2001, suppl. n° 1030.

- « Retour sur l'arrêt Adecco : un tour d'horizon nécessaire », *SSL*, 2007, n° 1302, p. 5

- « Etude limitée à la représentativité et à ses attributs (hors négociation collective) », *SSL*, 2008, n° 1370, p. 18.

BOULMIER, D.

« Le reçu pour solde de tout compte : un acte de tous les dangers pour le salarié », *Dr. soc.*, 1996, p. 927.

BRUN, A.

« L'extension des conventions collectives en jurisprudence », *Dr. soc.*, 1960, p. 644.

BUNEL, J.

« Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, 1997, n° 70, p. 7.

-C-

CAMERLYNCK, G.H.

« La renonciation du salarié », *Dr. soc.*, 1960, p. 629.

CANUT, F.

« Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.*, 2010, p. 385.

CESARO, J.F.

- « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S*, 2007, n° 8, p. 117.

- « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2009, p. 661.

- « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 780.

CHALARON, Y.

- « La sanction pénale du droit conventionnel », *Dr. soc.*, 1984, p. 505.

- « L'application de la disposition plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 246.

- « La conduite de la négociation », *Dr. soc.*, 1990, p. 584.

- « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.*, 1998, p. 360.

- « Négociation, conventions et accords collectifs, Qualification et nature juridique », *Jurisclasseur Travail Traité*, 2000, fsc. 1-36, n° 54.

- « Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 477.

- « A propos de l'établissement », in *Etudes offertes à Jean Pelissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 153.

CHAMPEAUX, F.

- « La délicate question du vote de l'employeur », *SSL*, 2006, n° 1251, p. 10.

- « Le tonnerre de Brest a-t-il fait long feu », *SSL*, 2010, n° 1442, p. 10.

CHAUCHARD, J.P.

- « Les accords de fin de conflit », *Dr. soc.*, 1982, p. 678.

- « Négociation collective et restructurations d'entreprise », *Dr. soc.*, 1995, p. 378.

CHAUMETTE, P.

« Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.*, 2008, p. 210.

CHAUVEL, P.

« Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénal du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 684.

CHEROT, J.Y.

« Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 3-5 juill. 1993, p. 2.

CHEVILLARD, A.

- La notion de disposition plus favorable, *Dr. soc.*, 1993, p. 363.

- « Les conflits de normes », *SSL*, 2008, n° 1361, p. 25.

- « Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes », *Dr. soc.*, 2009, p. 923.

CHOURAQUI, A. et GAUTIER, A.M.

« Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 145.

COIN, G.

« L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle », *Dr. soc.*, 1996, p. 3.

COHEN, M.

- « L'application des nouvelles dispositions relatives à la représentation du personnel », *Dr. soc.*, 1994, p. 147.

- « La réduction « négociée » des avantages des salariés », *Dr. soc.*, 1996, p. 18.

- « Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005 », *Dr. soc.*, 2005, p. 394.

- « La raréfaction organisée des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.*, 2005, p. 1157.

COMBREXELLE, J.D.

- « Loi du 4 mai 2004 : Quel bilan ? Quelles perspectives ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 20.

- « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », *Dr. soc.*, 2010, p. 504.

COMBREXELLE, J.D. et LANOUZIERE, H.

« Les enjeux de la recodification du Code du Travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 517.

COUTURIER, G.

- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1978, p. 95.

- « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Dr. soc.*, 1983, p. 26.

- « Les clauses « couperet », encore... », *Dr. soc.*, 1995, p. 231.

- « La méconnaissance d'un engagement de maintien d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 378.

- « Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise ? », in *Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 25.

- « Nouveaux contrats: conventions et accords de groupe », in *Le nouveau Droit de la négociation collective (Loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. TEYSSIE B., Paris, Ed Panthéon-Assas, 2004, p. 86.

- « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.*, 2008, p. 927.

-D-

DAUXERRE, L.

« Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S*, n° 30 du 25 juillet 2006, p. 1609.

DEJOURS, C., MAZARS, M.F. et LAULOM, S.

« Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, Santé et validité des forfaits en jours », *RDT*, 2011, p. 481.

DE LESTANG, R.

« La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.*, 1979, p. 5.

DEL SOL, M.

« La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.*, 1995, p. 153.

DEPREZ, J.

- « Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1986, p. 906.

- « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés », *RJS*, 1992, p. 451.

De QUENAUDON, R.

« Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise », in, *Le Droit collectif du Travail, Etudes en Hommage Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 266.

DESBARATS, I. et AMAUGER-LATTES, M.C.

« Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », *Dr. soc.*, 2003, p. 365.

DESPAX, M.

- « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.*, 1971, p. 530.

- « Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives ; à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 23 novembre 1978 », *Dr. ouv.*, 1979, p. 259.

- « De l'accord à la loi », *Dr. soc.*, 1987, p. 84.

- « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.*, 1988, p. 12.

- « Négociation annuelle obligatoire, choix du niveau de négociation dans les entreprises à établissements multiples », *RJS*, 6/1988, p. 275.

- « Conditions et effets de la révision d'une convention collective par voie d'avenant, lorsque cet avenant est signé par certains seulement des signataires initiaux », *Dr. soc.*, 1989, p. 633.

- « Les paradoxes de la négociation collective d'entreprise », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 267.

- « Dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération », *Dr. soc.*, 1990, p. 161.

- « Dénonciation des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 50.

DESPLATS, J.

« La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.*, 1945, p. 270.

DESTOURS, S. et ANTONMATTEI, P.H.

« Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », *Dr. soc.*, 2003, p. 999.

DIDRY, C.

« La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire et Sciences Sociales*, 2001, n° 6, p. 1253.

DOCKES, E.

- « L'avantage individuel acquis », *Dr. soc.*, 1993, p. 826.

- « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227.

- « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Dr. ouv.*, 1997, p. 505.

- « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 620.

- « Elargir le champ et la force du contrat », *RDT*, 2007, p. 149.

- « L'Europe antisociale », *RDT*, 2009, p. 148.

DUPLAT, M.

« Cumul ou non cumul des jours de congés annuels et des jours de réduction du temps de travail en cas de concours de conventions collectives ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 40.

DUQUESNE, F.

« Un délégué syndical en devenir: le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr. soc.*, 2008, p. 1085.

DURAND, P.

- « Le dualisme de la convention collective », *RTDciv.*, 1939, p. 353.
- « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.*, 1945, p. 298.
- « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives », *Dr. soc.*, 1956, p. 24.

DUVERGER, M.

- « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », *Dr. soc.*, 1944, p.276.

-E-

EL AOUGRI, N. et GRANGE, J.

- « La négociation de groupe », *SSL*, 2003, n° 1144, p. 5.

EUZEBY, A.

- « L'allégement des cotisations sociales patronales : quels espoirs pour l'emploi ? », *Dr. soc.*, 2000, p. 368.

-F-

FAVENNEC-HERY, F.

- « L'organisation du temps de travail au service de l'emploi (commentaire de l'ANI sur l'emploi du 31 octobre 1995) », *Dr. soc.*, 1996, p. 20.
- « Restructurations : le rôle de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2004, p. 279.
- « Nouvelles légitimités : la référence majoritaire », in *Le nouveau droit de la négociation collective*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 26.
- « Conserver la durée légale, mais simplifier son adaptation », *RDT*, 2008, p. 282.
- « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », *Dr. soc.*, 2009, p. 253.
- « La représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 2009, p. 630.
- « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL*, 2010, n° 1464, p. 10.
- « L'article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *SSL*, 2012, n° 1534, p. 4.

FAVOREU, L.

- « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in *La République en droit français*, Dir. P. Avril et M. Verpeaux, Paris Economica, 1996, p. 231.

FLAMENT, L.

- « 2009, année noire de la négociation collective », *JCP S*, 2008, p. 1667.
- « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.*, 2009, p. 438.
- « A propos de la conclusion d'accords de groupe pendant la période transitoire », *JCP S*, 2009 (a), p. 1265.
- « La représentativité après la loi du 20 août 2008 : nouvelles questions », *JCP S*, 2009 (b), p. 1386.
- « La validité d'un accord inter-catégoriel signé par un syndicat catégoriel » (CA Paris, pôle 6, ch. 2, 14 janv. 2010) », *JCP S*, 2010, p. 1152.
- « 2011, nouvelle année noire de la négociation dérogatoire ? » *JCP S*, 2011, p. 1040.
- « A propos de l'impact de la loi du 20 août 2008 sur la révision des accords collectifs », *RJS*, 4/11, p. 257.

FLANDERS, A.

- « Eléments pour une théorie de la négociation collective », *Sociologie du Travail*, 1968, n°1, p. 19.

FOMBEUR, P.

- « Conclusions du commissaire du Gouvernement. Sur représentativité du MEDEF dans le secteur de l'artisanat », *Dr. soc.*, 2003, p. 1112.

FREYRIA, C.

- « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.*, 1988, p. 46.

FROSSARD, S.

- « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.*, 2000, p. 618.
- « Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination », *Dr. soc.*, 2006, p. 17.
- « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 83.

FROUIN, J.Y.

- « L'envers du problème Basirico », *Dr. soc.*, 1996, p. 608.
- « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS*, 3/1996, p. 137.

-G-

GAUDU, F.

- « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.*, 1987, p. 414.
- « L'exécution de la convention d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 613.
- « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.*, 1996, p. 570.
- « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 369.
- « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, p. 367.
- « Les accords de méthode », *Dr. soc.*, 2008, p. 915.

GAURIAU, B.

- « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.*, 1998, p. 340.
- « Le référendum : un traitement démocratique... aux effets indésirables ? », *Liaisons Sociales Magazine*, déc. 1999, p. 69.
- « Le référendum et les accords « Aubry II » », *Dr. soc.*, 2000, p. 311.
- « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.*, 2003, p. 737.
- « Lecture française et synthétique du statut des travailleurs en droit espagnol », *Dr. soc.*, 2006, p. 913.
- « Du renouveau sur la reconnaissance des établissements distincts pour la mise en place des délégués du personnel », *JCP S*, 2006, p. 1001.
- « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », *Dr. soc.*, 2008, p. 1065.
- « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S*, 2008 (a), n° 16, p. 3.
- « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S*, 2008 (b), p. 1148.
- « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 643.

GAUTIER, A.M. et CHOURAQUI, A.

- « Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 145.

GELINEAU-LARRIVET, G.

- « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 380.

GRANGE, J. et EL AOUGRI, N.

- « La négociation de groupe », *SSL*, 2003, n° 1144, p. 5.

GRIMALDI d'ESDRA, J.

- « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 397.

GRUMBACH, T.

- « Le nouveau Code du travail dans le contexte de la contre réforme », *Dr. ouv.*, 2009, p. 165.

GUEDES DA COSTA, S. et BELIER, G.

- « GPEC/PSE : deux dispositifs autonomes », *SSL*, 2007, n° 1291, p. 8.

GUIBAL, C.

- « Point de vue : plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 1986, p. 602.

GUILLOIN, C.

- « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL*, 2009, n° 1401, p. 12.

GUILLOUET, D.

« La représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008, premières difficultés d'application », *JCP S*, 2008, n° 46, p. 21.

-H-

HEAS, F.

« Observations sur les processus normatifs en matière relations professionnelles », *Dr. ouv.*, 2007, p. 307.

HERVIEU, N.

« La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, p. 290.

HUMBERT, F.

« La mise en oeuvre des dispositions de la loi du 13 novembre 1982 relatives à l'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. soc.*, 1984, p. 628.

-J-

JAVILLIER, J.C.

- « La partie « obligatoire » de la convention collective », *Dr. soc.*, 1971, p. 258.

- « Le contenu des accords d'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 695.

- « Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales », *Dr. soc.*, 1986, p. 56.

- « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. soc.*, 1988, p. 76.

- « Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offerts à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 193.

- « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (le cas des représentants des salariés dans l'entreprise) », in *Le droit collectif du travail, Etudes en Hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 219.

JEAMMAUD, A.

- « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.*, 1982, p. 621.

- « Les lois Auroux, plus de droit ou un autre droit », *Critique de l'économie politique*, 1983, n° 23/24.

- « Droit du travail en 1988 : des retournements, plus qu'une crise », *Dr. soc.*, 1988, p. 585.

- « Les polyvalences du contrat de travail », *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 300.

- « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p. 199.

- « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA*, 1991, p. 612.

- « La place du salarié individu dans le droit français du travail », in *Le Droit collectif du Travail, Etudes en Hommage Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 349.

- « La renonciation du salarié », *Dr. ouv.*, 1997, p. 537.

- « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.*, 1998, p. 214.

- « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.*, 1999, p. 115.

- « Avant-propos, Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union Européenne », *Dr. soc.*, 2005, p. 492.

JEAMMAUD, A., LE FRIANT, M. et LYON-CAEN, A.

« L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, chron., p. 360.

JEAMMAUD, A. et MASSE DESSEN, H.

« Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », *SSL*, 2006, n° 1257, p. 8.

JOBERT, A.

- « Quelles dynamiques pour la négociation collective de branche », *Travail et emploi*, 2003, n° 95, p. 5.

- « Légitimité de la branche et diversités de ses usages », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 80.

- « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.*, 2010, p. 367.

JULLIOT, S.

« Les turbulences au sein du double canal de représentation en France », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, PU de Saint Etienne, 2005, p. 163.

-K-

KAFMAN, O.

« L'actualité du droit social comparé », in *Le droit social - le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, PU Strasbourg, 2003, p. 186.

KELLER, M.

« L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ces prérogatives économiques », *Dr. soc.*, 2006, p. 861.

KELLER, R.

« Modification du contrat de travail ou simple changement des conditions de travail ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 419.

KESSOUS, R.

- « Incidences de la disparition des organismes signataires d'une convention collective », *Dr. soc.*, 1995, p. 370.

- « Dénonciation partielle des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 65.

KERBOURC'H, J.Y.

« Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.*, 2008, p. 834.

KRAMARZ, F.

« Un accord historique ? », *Controverse, RDT*, 2008, p. 146.

-L-

LABETOULLE, D.

« Le nouveau Code du travail devant le Conseil constitutionnel », *Actualité Juridique*, ed.dr. adm., n° 16, 2008, p. 851.

LABORDE, J.P.

« Le droit social comparé : pourquoi et comment ? », *Bull. de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC)*, 1994, p. 4.

LAGESSE, P.

« Sur les conventions et accords de groupe », in *Le nouveau Droit de la négociation collective (Loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. TEYSSIE B., Paris, Ed Panthéon-Assas, 2004, p. 97.

LANGLOIS, Ph.

- « La technique juridique et la réforme des conventions collectives », *Dr. soc.*, 1982, p. 284.

- « La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1990, p. 603.

- « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1991, p. 934.

- « Europe Sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.*, 1993, p. 201.

- « La pluralité des conventions collectives applicables à un même contrat de travail », in *Le Droit collectif du travail, études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 24.

- « La réduction du temps du travail et la rémunération », *Dr. soc.*, 1998, p. 785.

- « Dialogue social. Approche critique des principales dispositions du projet de loi (I) », *SSL*, 2004, n°1152, p. 7.

- « Dialogue social. Approche critiques des principales dispositions du projet de loi (II) », *SSL*, 2004, n° 1153.

- « Qu'est-ce-que l'interprofession ? », *Dr. soc.*, 2005, p. 640.
- « Une loi négociée », *Dr. soc.*, 2008, p. 347.
- « L'institution par accord collectif étendu d'une contribution destinée à financer le dialogue social », *Dr. soc.*, 2008, p. 460.

LANGLOIS, Ph. et SOURIAC, M.A.

- « Que penser du rapport Chertier ? », *RDT*, 2006, p. 216.

LANGLOIS, Ph. et VERDIER, J.M.

- « Aux confins de la théorie des sources, une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, 1972, chron., p. 253.

LANOUZIERE, H. et COMBREXELLE, J.D.

- « Les enjeux de la recodification du Code du Travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 517.

LANQUETIN, P.

- « La révision des conventions collectives : le sens d'une réforme », *Le Droit collectif du travail, études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 35.

LAULOM, S.

- « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens », *RDT*, 2011, p. 298.

LAULOM, S. et VIGNEAU, C.

- « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.*, 2005, p. 528.

LAULOM, S., MAZARS, M.F. et DEJOURS, C.

- « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, Santé et validité des forfaits en jours », *RDT*, 2011, p. 481.

LE FRIANT, M.

- « La comparaison entre dispositions conventionnelles : la position de la Cour de cassation ne fait pas école Outre-Rhin », *Dr. soc.*, 1999, p. 904.

LE FRIANT, M., JEAMMAUD, A. et LYON-CAEN, A.

- « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, chron., p. 360.

Le GAC-PECH, S.

- « La figure contractuelle en droit du travail », *D.*, 2005, chron. n° 33, p. 2250.

LE GOFF, J.

- « La naissance des conventions collectives », *Droits*, n°12, 1990, p. 67.
- « Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. soc.*, 2003, p. 703.

LEGRAND, H.J.

- « A règle automatique, justification indiscutable ? », Controverse : La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question », *RDT*, 2008, p. 10.
- « Accords collectifs de groupe et d'unité économique et sociale, une clarification inachevée », *Dr. soc.*, 2008, p. 60.

LETOMBE, E.

- « La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale », *JCP S*, 2008, n° 25, p. 5.

LHERNOULD, J.Ph.

- « La négociation collective communautaire », *Dr. soc.*, 2008, p. 36.

LYON-CAEN, A.

- « Le comité d'entreprise, institution et représentation du personnel », *Dr. ouv.*, 1986, p. 355.
- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68.
- « Droit social et droit de la concurrence », *Ecrits en l'honneur de J. SAVATIER*, PUF, 1992, p. 331.

- « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, Paris, Cereq, 1993, Etudes n° 65, p. 57.
- « Le maintien de l'emploi », *Dr. soc.*, 1996, p. 655.
- « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr. soc.*, 1997, p. 68.
- « La négociation collective : Nouveaux horizons ; Nouveaux problèmes ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1005.
- « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 316.
- « Réduction du temps de travail, rémunération ou les ombres nécessaires de la loi du 13 juin 1998 », *Revue des barreaux*, 6-7/1998, p. 93.
- « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.*, 2004, p. 285.
- « La révision du droit de la négociation collective. Observations de méthode », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 2.
- « Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, quelques observations », *Dr. soc.*, 2005, p. 505.
- « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in *Syndicats et droit du travail*, Dir. G. BORENFREUND et M.A. SOURIAU, Paris, Dalloz, 2008, p. 69.
- « Un modeste compromis ? », Controverse, *RDT*, 2008, p. 146.

LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A. et LE FRIANT, M.

« L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, chron., p. 367.

LYON-CAEN, G.

- « La convention sociale d'E.D.F et le système français des relations professionnelles », *Dr. soc.*, 1970, p. 166.
- « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », in *Hommage à P. Horion*, Faculté de Droit de Liège, 1972, p. 173.
- « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.*, 1973, p. 90.
- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, première approche », *RTDciv.*, 1974, p. 229.
- « Les principes généraux du droit du travail » in *Les tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLINCK*, Paris, Dalloz, 1978, p. 35.
- « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p. 344.
- « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.*, 1984, p. 7.
- « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 801.
- « Corporation, corporatisme, néo-corporatisme », *Dr. soc.*, 1986, p. 742.
- « La légitimité de l'action syndicale », *Dr. ouv.*, 1988, p. 147.
- « Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », *Dr. soc.*, 1988 (a), p. 551.
- « Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 709.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.*, 1989, chron. XLV, p. 293.
- « Droit du travail et droit de la concurrence », *Dr. ouv.*, 1993, p. 313.
- « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.*, 1993, chron., p. 149.
- « La Constitution française et la négociation collective », *Dr. ouv.*, 1996, p. 479.
- « Considérations intempestives sur le temps », *Dr. soc.*, 2000, p. 237.
- « A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du Travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 81.
- « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouv.*, 2001, p. 1
- « L'état des sources du Droit du Travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.*, 2001, p. 1031.
- « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2003, p. 355.
- « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouv.*, 2004, p. 50.

-M-

MAGGI-GERMAIN, N.

« Sur le dialogue social », *Dr. soc.*, 2007, p. 798.

MASSE DESSEN, H. et JEAMMAUD, A.

« Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », *SSL*, 2006, n° 1257, p. 8.

MASSON, Ph.

- « Simplifier, disaient-ils... (propos syndicaux sur la recodification du Code du travail) », *Dr. ouv.*, 2007, p. 409.
- « Un brèche est ouverte », *SSL*, 2008, n°1370, p. 25.
- « Entreprise et établissements : quelle mesure de représentativité ? », *SSL*, 2010, n° 1455, p. 7.

MATHIEU, B.

- « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective, à propos de la décision du Conseil Constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.*, 1997, chron., p. 152.
- « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », *D.*, 2003, chron., p. 638.

MAZARS, M.F.

- « Le juge qui s'invite à la négociation », *Dr. ouv.*, 2008, p. 282.

MAZARS, M.F., LAULOM, S., DEJOURS, C.

- « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011, Santé et validité des forfaits en jours », *RDT*, 2011, p. 481.

MAZEAUD, A.

- « *Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001* », *Dr. soc.*, 2003, p. 362.
- « La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert », *Dr. soc.*, 2004, p. 293.
- « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. soc.*, 2009, p. 670.

MAZUYER, E.

- « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.*, 2007, p. 477.

MERLE, M.

- « De la négociation », *Pouvoirs*, 1980, n° 15.

MICHEL, S.

- « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L.133-2 du Code du Travail », *Dr. Ouv* 2003, p. 133.

MINE, M.

- « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, 2000, n° 84, p. 49.

MOIZARD, N.

- « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public en droit français », *Dr. soc.*, 1999, p. 916.

MOLLION, G.

- « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005, n° 62, p. 258.

MORAND, M.

- « Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise : le préalable de l'accord de branche », *TPS*, janvier 1997, p. 7.
- « Dialogue social : réflexions autour de la loi du 4 mai 2004 », *SSL*, 2005, n° 1197, p. 7.
- « Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif », *RDT*, 2007, p. 145.
- « Une réforme inachevée », *SSL*, 2008, n° 1364, p. 6.
- « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *RJS*, 12/2008, p. 958.
- « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 900.

MOREAU, M.

- « L'interprétation des conventions collectives, à qui profite le doute ? », *Dr. soc.*, 1995, p. 162.
- « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Dr. soc.*, 1995, p. 360.

- « Autorité des avis des commissions paritaires d'interprétation des conventions collectives », *D.*, 1996, chron., p. 70.
- « Les règlements de fin de conflit », *Dr. soc.*, 2001, p. 139.

MOREAU, M.A.

- « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillards à Maastricht », *Dr. soc.*, 1994, p. 81.
- « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.*, 2001, p. 967.

MOREL, R.

- « Convention collective de travail et loi du 25 mars 1919 », *RTDciv.*, 1919, p. 417.

MORIN, M.L.

- « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1988, p. 13.
- « La signature des accords collectifs : à propos de la réforme de la procédure de révision », *RJS*, 2/1993, p. 74.
- « Le dualisme de la convention collective de branche : aperçu historique », in, *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau*, Paris, Cereq, 1993, Etudes n° 65, p. 137.
- « Droit imposé, droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires St. Louis, 1996, p. 643.
- « Le Conseil Constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 29.
- « La Loi et la négociation collective: concurrence ou complémentarité », *Dr. soc.*, 1998, p. 419.
- « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale », *Dr. soc.*, 1999, p. 681.
- « Autonomie de négociation collective et ordre public social », in *La négociation Sociale*, Dir. Christian Thuderoz et Annie Giraud-Héraud, Paris, Editions du CNRS, 2000, p. 81.
- « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.*, 2000, p. 1080.
- « Pluralisme syndical et révision des accords collectifs », *Dr. soc.*, 2002, p. 617.
- « Les accords collectifs de groupe, une variété d'accords collectifs de droit commun », *RJS*, 10/2003, p. 743.
- « La révision des conventions et accords collectifs après la loi du 4 mai 2004 », *RJS*, 2/2005, p. 87.
- « L'affaire Crédit Agricole », *SSL*, 2006, n° 1280, p. 5
- « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes: validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc.*, 2008, p. 29.
- « La notion de « mise en cause » du statut collectif d'entreprise dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Controverse : La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question », *RDT*, 2008, p. 10.
- « La loi 2009-789 du 20 août 2009 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical », *Dr. soc.*, 2009, p. 954.
- « La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 », *Dr. soc.*, 2010, p. 548.

MORVAN, P.

- « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : de la « théorie des flaques d'eau » », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 50.
- « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.*, 2009, p. 680.

MOULY, J.

- « La clause de non-concurrence imposée par une convention collective après l'embauche du salarié: les embarras de la Cour de cassation », *D.*, 2001, p. 2061.

MÜCKENBERGER, U. et SUPIOT, A.

- « Ordre public social et communauté », in *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et l'Allemagne*, Dir. C. DIDRY, 1999, Paris, MSH, p. 81.

MURCIER, J.P.

- « Procédure et structure de la négociation collective au niveau de l'entreprise et de l'établissement », *Dr. soc.*, 1985, p. 107.

-N-

NADAL, S.

- « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives », *Dr.Ouv.*, 2002, p. 423.
- « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *SSL*, 2004, n° 1183, p. 49.
- « Le destin de la négociation de branche », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 66.
- « Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du Travail », *Dr. ouv.*, 2005, p. 303.
- « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT*, 2008, p. 437
- « La résolution des conflits de conventions collectives », *RDT*, 2009, p. 114.

NADAL, S et SOURIAU, M.A.

« Le droit de grève dans les services publics de transports, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective », *RDT*, 2007, p. 738.

NEAU-LEDUC, C.

« Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. Soc.*, 2009, p. 912.

NERON, S.

« Des errements suscités par la loi du 20 août 2008 : à propos des syndicats catégoriels et du représentant de la section syndicale », *JCP S*, 2010, n° 44, p. 1451.

-O-

OGIER-BERNAUD, V.

- « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *SSL*, 2003, n° 1111, p. 6.
- « La « nature particulière » du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie », *Dr. soc.*, 2007, p. 1221.

OLIVIER, J.M.

- « Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Dir. B. TEYSSIE, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 65.
- « L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 747.

-P-

PAGNERRE, Y.

- « Le représentant de la section syndicale », *JCP S*, 2009, n° 15, p. 19.
- « Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale » », *JCP S*, 2009, p. 1050.

PALLI, B.

« La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », *RDT*, 2010, p. 156.

PATAUT, E. et ROBIN-OLIVIER, S.

« Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *RDT*, 2008, p. 86.

PECAUT-RIVOLIER, L.

- « Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008 », *SSL*, 2009, n° 1408.
- « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens, Cass. Soc. 14 avril 2010 », *Dr. soc.*, 2010, p. 648.
- « La loi du 20 août 2008 reformant la démocratie sociale, deuxième présentation », *Les rencontres de la Chambre Sociale de la Cour de cassation. Mars 2011*, Paris, Dalloz, 2011, p. 162.

PECAUT-RIVOLIER, L. et PETIT, F.

« Le redéploiement des forces syndicales », *Dr. soc.*, 2010, p. 1172.

PECAUT-RIVOLIER, L. et STRUILLOU, Y.

« La loi du 20 août 2008, premières réponses du juge du fond », *SSL*, 2009, n° 1393, p. 4.

PELISSIER, J.

- « La négociation sur les salaires. Problèmes juridiques », *Dr. soc.*, 1984, p. 681.
- « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », *D.*, 1992, chron. 30.
- « La loyauté dans la négociation », *Dr. ouv.*, 1997, p. 497.
- « La loi dite « des 35 heures » : constats et perspectives », *Dr. soc.*, 1998, p. 793.
- « Conventions collectives applicables après une restructuration », *RJS*, 91/2001, p. 3.
- « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 101.
- « Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 103.
- « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail? », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 389.
- « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS*, 1/2004.
- « La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouv.*, 2005, p. 92.

PETIT, F.

- « Sur les clauses de garanties d'emploi », *Dr. soc.*, 2000, p. 88.
- « Le salarié mandaté...licencié... puis réintégré », *Dr. soc.*, 2007, p. 564.
- « L'ordre public dérogoire », *RJS*, 5/2007, p. 391.
- « Représentation syndicale et représentations élues des personnels de l'entreprise depuis la loi du 20 août 2008 », *Dr. ouv.*, 2009, p. 26.
- « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », *Dr. soc.*, 2010, p. 636.

PETIT, F. et PECAUT-RIVOLIER, L.

« Le redéploiement des forces syndicales », *Dr. soc.*, 2010, p. 1172.

FIGNARRE, G.

« Faux conflits et vraies distinctions : les rapports entre contrat de travail et accord collectif postérieur réglés par référence au principe de l'intangibilité contractuelle », *RDT*, 2008, p. 31.

POIRIER, M.

« La clause dérogoire in pejus », *Dr. soc.*, 1995, p.894.

POUSSON, A.

- « La modification du contrat de travail et des conditions de travail en droit français », *Revue des Sciences Juridiques Economiques et de Gestion de Sousse*, 1997-I, n°1, p. 13.
- « Les tendances actuelles du droit français du travail », *Revue des Sciences Juridiques Economiques et de Gestion de Sousse*, 1998-II, n°3, p. 11.

PRETOT, X.

- « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.*, 1989, p. 701
- « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.*, 1991, p. 194.
- « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *Travail et protection sociale*, 1997, p. 4.
- « Les Sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du Droit du Travail, Dir. B. TEYSSIE*, Paris, PUF, 1998, p. 161.
- « Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures », *Dr. soc.*, 2000, p. 257.
- « Le Conseil Constitutionnel et les sources du droit du travail », *Dr. soc.*, 2003, p. 260.

PUECH, M.

« L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1984, p. 51

-R-

RADE, C.

- « Exercice du droit de grève et négociation collective », *Dr. soc.*, 1996, p. 37.
- « Smic et réduction du temps de travail : la politique des petits pas », *Dr. soc.*, 1999, p. 986.
- « L'autonomie du droit au licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. soc.*, 2000, p. 178.
- « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.*, 2000, p. 381.
- « Les limites du « tout contractuel » (Cass. Soc. 27 juin 2000, Crochard et autres c/ Sté. Air-France) », *Dr. soc.*, 2000, p. 828.
- « Haro sur le contrat : à propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 514.
- « Recodifier le Code du travail », *Dr. soc.*, 2006, p. 483.
- « Le nouveau code du travail et la doctrine : l'art et la matière », *Dr. soc.*, 2007, p. 513.
- « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.*, 2010, p. 284.
- « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, 2010, p. 823.

RAY, J.E.

- « Les accords sur le temps de travail », *Dr. soc.*, 1988, p. 99.
- « Restructurations et statut collectif », *Dr. soc.*, 1989, p. 64.
- « Mutation économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 23.
- « De l'ANI du 31 oct. 1995 à la loi Aubry de 1998 », *Dr. soc.*, 1998, p. 314.
- « Du collectif à l'individuel », *Dr. soc.*, 1998, p. 347.
- « Quelques questions autour de la loi Aubry I », *Dr. soc.*, 1998, p. 766.
- « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. Soc.* 1999, p. 459.
- « Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1999, p. 1024.
- « De temps...en temps », *Dr. soc.*, 2000, p. 241.
- « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.*, 2004, p. 591.
- « De la hiérarchie à l'articulation des sources du droit du travail », *Liaisons Sociales Magazines*, mai 2004, p. 56.
- « 4 mai 2004 – mai 2008 : Le droit de la négociation collective entre deux lois. À propos du rapport Chertier », *Dr. soc.*, 2006, p. 1.
- « A propos d'une modeste loi censée assurer « la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs » », *Dr. soc.*, 2007, p. 1205.
- « Quel droit pour la négociation collective de demain », *Dr. soc.*, 2008, p. 6.
- « A propos de l'audience électorale », *Liaisons soc. Magazine*, sept. 2008, p. 60.
- « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.*, 2009, p. 887.
- « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.*, 2010, p. 496.

REMY, P.

« Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 1999, p. 269.

RENNES, P.

- « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du Travail) », *Dr. ouv.*, 2005, p. 311.
- « Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », *Dr. ouv.*, 2008, p. 113.

REVET, T.

« L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 44.

RIVERO, J.

« Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, chron., p. 265.

RIVERO, J. et VEDEL, G.

« Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le Préambule », *Pages de doctrine*, Tome I, LGDJ, 1980, , p. 122.

ROBIN-OLIVIER, S. et PATAUT, E.

« Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *RDT*, 2008, p. 86.

ROCHE, J.

« La paralysie minoritaire », *Dr. soc.*, 1992, p. 860.

RODIERE, P.

- « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée », *Dr. soc.*, 1982, p. 715.

- « Sur la révision des conventions collectives : quelques observations sur la loi du 31 déc. 1992 », *SSL*, 1993, n° 655, p. 2.

- « Pour une autorité mesurée de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise », *SSL*, 2002, n° 1084, p. 15.

- « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social », *SSL*, 2003, n° 1148, p. 4

- « Sur quelques distorsions de la négociation de branche », *SSL*, 2006, n° 1273, p. 6.

- « Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme », *SSL*, 2008, n° 1370, p. 11.

- « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) », *Dr. soc.*, 2010, p. 573.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.

« La réforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012 », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/1, p. 1.

ROMAGNOLI, U.

« La déréglementation et les sources du droit », *RIDC*, 1990, n° 1, p. 9.

RONZIER-JOLY, A.

« La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du Code du Travail », *JCP S*, 2006, p. 1664.

ROULAND, N.

« A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et cultures*, n° 36, 1998, p. 217.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, M.N. et BEAL, S.

« La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP S*, 2006, p. 1002.

-S-

SAGLIO, J.

« La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles », *Travail et emploi*, 1991- I, n° 47, p. 26.

SARAMITO, F.

- « Le droit du travail en question », *Dr. ouv.*, 1986, p. 39.

- « Les accords dérogatoires », *Dr. ouv.*, 1990, p. 253.

- « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2000, p. 428.

SAUVE, J.M.

« La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.*, 2010, p. 491.

SAVATIER, J.

- « Les accords d'entreprises atypiques », *Dr. soc.*, 1985, p. 188.

- « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », *Dr. soc.*, 1986, p. 11.

- « Vote du Président et pouvoirs de la majorité dans les délibérations du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 206.
- « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, p. 183.
- « L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 154
- « L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise », *Dr. soc.*, 1995, p. 43.
- « L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation », *Dr. soc.*, 1995, p. 179.
- « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Dr. soc.*, 1996, p. 687.
- « Les contrats collectifs conclus par les salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », *Dr. soc.*, 1998, p. 330.
- « La création et la préservation d'emplois, condition de l'allègement des cotisations sociales dans la loi du 19 janvier 2000 », *Dr. soc.*, 2000, p. 478.
- « Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », in *Mélanges dédiés à M. DESPAX*, PU Toulouse, 2002, p. 61.
- « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 944.
- « Le contentieux de la reconnaissance d'une unité économique et sociale », *Dr. soc.*, 2007, p. 1248.

SCELLE, G.

« La notion d'organisation syndicale la plus représentative » *Rev. Fr. Tr.*, 1947, p. 536.

SILHOL, B.

Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, p. 932.

SOUBIE, R.

« La négociation collective : chances et risques de la réforme », *Dr. soc.*, 1982, p. 282.

« L'obligation de négocier et sa sanction », *Dr. soc.*, 1983, p. 58.

« Quelques observations sur les accords « donnant-donnant » », *Dr. soc.*, 1985, p. 614.

SOURIAC, M.A.

- « Le droit à la négociation collective et sa sanction », *Dr. soc.*, 1982, p. 732.

- « Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise », *Dr. soc.*, 1988, p. 737.

- « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 493.

- « Autonomie de la négociation d'entreprise », in *Convention collective de branche : déclin ou renouveau ?*, Paris, Cereq, 1993, Etude n° 65, p. 183.

- « Regards sur le référendum », *Liaisons Sociales Magazine*, déc. 1993, p. 88.

- « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.*, 1996, p. 399.

- « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1061.

- « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects » *Dr. soc.*, 2001, p. 706.

- « Pouvoir et convention collective », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Paris, Dalloz, 2002, p. 53.

- « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, p. 579.

- « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in *Etudes offertes à J. PELISSIER*, Paris, Dalloz, 2004, p. 490.

- « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 97.

- « Règle de faveur, l'ombre d'un doute », *RDT*, 2008, p. 399.

- « Les réformes de la négociation collective », *RDT*, 2009, p. 14.

SOURIAC, M.A. et BORENFREUND, G.

- « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Mélanges en l'honneur de J.M. VERDIER, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2001, p. 182.

- « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 77.

SOURIAC, M.A. et LANGLOIS, Ph.

« Que penser du rapport Chertier ? », *RDT*, 2006, p. 216.

SOURIAC, M.A. et NADAL, S.

« Le droit de grève dans les services publics de transports, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective », *RDT*, 2007, p. 738.

STAHL, J.H.

« La question de la représentativité de l'UNSA », *Dr. soc.*, 2004, p. 1099.

STRUILLOU, Y. et PECAUT-RIVOLIER, L.

« La loi du 20 août 2008, premières réponses du juge du fond », *SSL*, 2009, n° 1393, p. 4.

SUPIOT, A.

- « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 63.
- « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.*, 1984, p. 303.
- « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.*, 1988, p. 115.
- « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195.
- « Pourquoi un droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.
- « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 200
- « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 382.
- « Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives du travail », in *Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 66.
- « La loi dévorée par la convention », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications de Facultés Universitaires St Louis, 1996, p. 638.
- « Malaise dans le social », *Dr. soc.*, 1996, p. 120.
- « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1997, p. 229.
- « Conclusions du Rapport SUPIOT : Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », *Dr. soc.*, 1999, p. 435.
- « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. soc.*, 2001, p. 687.
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.*, 2003, p. 62.
- « Voilà « l'économie communiste de marché » », *Le Monde*, 25 janvier 2008.
- « La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.*, 2010, p. 525.

SUPIOT, A. et MÜCKENBERGER, U.

« Ordre public social et communauté », in *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et l'Allemagne*, dir. C. DIDRY et autres, 1999, MSH, Paris, p. 81.

-T-

TEYSSIE, B.

- « La négociation collective, loi n°82957 du 13 novembre 1982 », *JCP E*, 1983, II, 14065.
- « Les aspects juridiques de la négociation collective d'entreprise », *JCP E*, 1985, n° 8, p. 17.
- « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 576.
- « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *JCP E*, 1994, p. 216.
- « Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 75.
- « L'implication des travailleurs dans la société européenne (Directive n°2001/86/CE du 8 octobre 2001) », *JCP E*, 2002, 1728.
- « Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles », *JCP E*, 2004, n° 43, p. 1670.
- « Sur le nouveau droit de la négociation collective », in *Le nouveau droit de la négociation collective*, Dir. B. TEYSSIE, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 7.
- « Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », *D.*, 2004, chron., p. 2383.
- « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 643.
- « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, 2009, p. 627.

TEISSIER, A.

« L'implication des travailleurs dans la société européenne : la constitution du groupe spécial de négociation, approche de droit comparé », *JCP S*, 2006, n° 5, p. 19.

TISSANDIER, H.

- « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.*, 1997, p. 1045.
- « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *SSL*, 2004, n° 1183, p. 57.
- « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 111.

-V-

VACARIE, I.

- « La renonciation du salarié », *Dr. soc.*, 1990, p. 757.

VACHET, G.

- « Les accords atypiques », *Dr. soc.*, 1990, p. 620.
- « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E*, 1992, p. 186.
- « La révision des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.*, 1993, p. 134.
- « La liberté du travail et l'obligation de non-concurrence du salarié », in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, PU Aix-Marseille, 1994, p. 61.
- « Révision des conventions et accords collectifs de travail », in *Revision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Litec, 1996, p. 73.
- « La réforme de la négociation collective, L. n°2004-391, 4 mai 2004 », *JCP E*, 2004, p. 1335.
- « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 896.

VATINET, R.

- « La négociation au sein du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 675.
- « Un nouveau droit des conflits collectifs ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 671.

VEDEL, G et RIVERO, J.

- « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le Préambule », *Pages de doctrine*, Tome I, LGDJ, 1980, p. 122.

VERDIER, J.M.

- « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes du droit du travail offertes à André BRUN*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571.
- « Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise : Réflexions relatives au « monopole » de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles dans les entreprises, reconnu aux syndicats représentatifs », in *Tendances du Droit du Travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Paris, Dalloz, 1978, p. 263.
- « Négociation collective et représentativité syndicale, du pluralisme syndical au pluralisme tempéré », in *Mélanges WEIL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 569.
- « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.*, 1991, p. 5.
- « Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 866.
- « Négocier la représentation, quels agents, quels pouvoirs, quels statuts ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1040.
- « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS, Droit et justice*, Paris, Ed. Pedone, 1999, p. 607.
- « Critères de la représentativité syndicale, recomposition et contrôle du juge de cassation? (Cass. Soc. 3 dec. 2002. Syndicat Sud Caisse d'Epargne) », *Dr. soc.*, 2003, p. 299.
- « Des propositions de grand intérêt », *RDT*, 2006, p. 285.

VERDIER, J.M. et LANGLOIS, Ph.

- « Aux confins de la théorie des sources, une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, 1972, chron., p. 253.

VERICEL, M.

- « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », *RDT*, 2008, p. 575.

VERKINDT, P.Y

- « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.*, 2006, p. 729.
- « Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles=carence. A propos de l'arrêt Adecco », *Dr. soc.*, 2007, p. 454.
- « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 649.
- « Les conventions de forfait », *Dr. soc.*, 2010 (a), p. 387.
- « L'article L. 1 du Code du Travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, 2010 (b), p. 519.
- « Le temps de travail et l'articulation des sources », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation mars 2011*, Paris, Dalloz, 2011, p. 21.

VIGNEAU, C.

« Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTDE*, 2002, p. 653.

VIGNEAU, C. et LAULOM, S.

« Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.*, 2005, p. 528.

-W-

WAQUET, Ph.

- « La mise en cause d'une convention collective fait-elle jouer un délai de préavis ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 661.
- « Un syndicaliste non salarié peut-il faire partie de la délégation syndicale à la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise ? Cour de cassation, Chambre sociale, 19 oct. 1994, Rapport du Conseiller », *Dr. soc.*, 1994, p. 963.
- « Contrat de travail et statut collectif », *RJS*, 6/1994, p. 399.
- « La modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », *RJS*, 12/1996, p. 798.
- « Le renouveau du contrat de travail », *RJS*, 5/1999, p. 383.
- « En marge de l'arrêt Air France (Cour Cass. Ch. Soc. 27 juin 2000) », *Dr. soc.*, 2000, p. 1007.

IV. NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

Conseil Constitutionnel

HAMON, L.

- note sous DC n° 63-5 du 11 juin 1963, *D.*, 1964, Jur., p. 109.
- note sous DC n° 77-79 du 5 juill. 1977, *D.*, 1979, Jur., p. 41.
- note sous DC n° 77-83 du 20 juill. 1977, *D.*, 1979, Jur., p. 297.

PRETOT, X.

note sous DC n° 93-328 du 16 déc. 1993, *Dr. soc.*, 1994, p. 139.

ZARKA, J.C.

note sous DC n° 2005-512 du 21 avril 2005, *D.*, 2005, Jur., p. 1372.

Conseil d'Etat

AUFRERE PHILBERT

obs. sous Cons. Etat 26 oct. 1988, *Dr. soc.*, 1989, p. 237.

BOCQUILLON, F.

note sous Cons. Etat, 21 juill. 2001, *RJS*, 1/02, n° 107, p. 9.

CHELLE, D. et PRETOT, X.

note sous Cons. Etat 30 juin 2003, *D.*, 2004, somm. comm., p. 1701.

MODERNE, F.

note sous Cons. Etat, 26 oct. 1973, *Dr. soc.*, 1975, p. 40.

NICOLAY, M.

concl. sous Cons. Etat, 4 mars 1960, *Dr. soc.*, 1960, p. 274.

PRETOT, X.

note sous Cons. Etat, 8 juill. 1994, *RJS*, 12/94, n°1386, p. 819.

PRETOT, X. et CHELLE, D.

note sous Cons. Etat 30 juin 2003, *D.*, 2004, somm. comm., p. 1701.

QUESTIAUX, N.

note sous concl. Cons. Etat, 29 juin 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 42.

SARAMITO, F. et de SENGA, A.

note sous Cons. Etat, 21 juill. 2001, *Dr. ouv.*, 2002, p. 211.

VENEZIA, J.C.

note sous Cons. Etat, 21 juill. 1970, *Dr. soc.*, 1971, p. 112.

VERDIER, J.M.

note sous Cons. Etat 13 juill. 1966, *JCP*, 1966, II, 14900.

Cour de Cassation, Chambres réunies

MESTRE, A.

note sous Cass. Chambres Réunies, 5 avril 1913, *Sirey*, 1920.I.49.

Cour de Cassation, Assemblée plénière

BALLET, S.

note sous Cass. Ass. Plén., 18 mars 1988, *Dr. ouv.*, 1988, p. 518.

CABANNES, J.

concl. sous Cass. Ass. Plén. 15 mars 1985, *D.*, 1985, juris., p. 573.

CHAUCHARD, J.P.

note sous Cass. Ass. Plén., 18 mars 1988, *D.*, 1989, p. 221.

SAVATIER, J.

- obs. sous Cass. Ass. Plén. 6 fev. 1976, *Dr. soc.*, 1976, p. 472.

- obs. sous Cass. Ass. Plén. 6 nov. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 94.

TRICOT, D.

rapp. sous Cass. Ass. Plén. 20 mars 1992, *Dr. soc.*, 1992, p. 360, « Le nouvel arrêt Basirico ».

VERDIER, J.M.

note sous Cass. Ass. Plén. 15 mars 1985, *D.*, 1985, juris., p. 573.

Cour de Cassation, Chambre civile

MESTRE, J.

obs. sous Cass. Civ. du 3 juill. 1996, *RTDciv.*, 1996, p. 901.

REIGNE, Ph.

note sous Cass. Civ. du 3 juill. 1996, *D.*, 1997, Juris., p. 500.

Cour de Cassation, Chambre criminelle

COHEN, M.

obs. sous Cass. Crim., 18 nov. 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 409.

SAVATIER, J.

note sous Cass. Crim. 24 mai 1973, *D.*, 1973, p. 599.

SOURIAC, M.A.

note sous Cass. Crim. 18 nov. 1997, *D.*, 1998, somm. comm., p. 260.

Cour de cassation, Chambre sociale

BARTHELEMY, J.

- obs. sous Cass. Soc. 17 janv. 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 642.

- obs. sous Cass. Soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 104.

BELIER, G.

- note sous Cass. Soc. 2 déc. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 200.

- obs. sous Cass. Soc. 19 oct. 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 229.

BLAISE, H.

- obs. sous Cass. Soc. 27 mars 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 741.

- obs. sous Cass. Soc. 10 juill. 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 976.

BORENFREUND, G.

- note sous Cass. Soc. 29 avril 1985, *D.*, 1988, somm. comm., p. 232.

- obs. sous Cass. Soc. 24 janv. 1990, *D.*, 1992, somm. comm., p. 296.

- obs. sous Cass. Soc. 9 fév. 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 382.

- obs. sous Cass. Soc. 4 mai 1994, *Dr. soc.*, 1994, p. 688.

- obs. sous Cass. Soc. 19 oct. 1994, *D.*, 1995, somm. comm., p. 370.

- obs. sous Cass. Soc. 25 janv. 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 274.

- obs. sous Cass. Soc. 10 fév. 1999, *Dr. Soc.* 1999, p. 422.

- obs. sous Cass. Soc. 13 avril 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 644.

BOSSU, B.

note sous Cass. Soc. 14 nov. 2007, *JCP S*, 2008, p. 1097.

CHAUCHARD, J.P.

obs. sous Cass. Soc. 22 fév. 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 395.

COHEN, M.

- obs. sous Cass. Soc. 8 nov. 1994, *Dr. soc.*, 1995, p. 68.

- obs. sous Cass. Soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.*, 2001, p. 29.

- obs. sous Cass. Soc. 8 juill. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 982.

- note sous Cass. Soc. 18 déc. 2007, *Dr. soc.*, 2008, p. 395.

COURSIER, Ph.

note sous Cass. Soc. 28 mai 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 874.

COUTURIER, G.

- obs. sous Cass. Soc. 10 déc. 1996, *Dr. soc.*, 1997, p. 200.

- obs. sous Cass. Soc. 8 janv. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 323.

- obs. sous Cass. Soc. 19 fév. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 432.

- note sous Cass. Soc. 18 mars 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 544.

- obs. sous Cass. Soc. 21 mai 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 745.

- obs. sous Cass. Soc. 19 nov. 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 89.

- obs. sous Cass. Soc. 19 mai 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 885.

- obs. sous Cass. Soc. 30 mai 2000, *Dr. soc.*, 2000, p. 803.

DARMAISIN, Ph.

obs. sous Cass. Soc. 17 sept. 2003, *JCP E*, 2004, p. 566.

DECOOPMAN, N.

note sous Cass. Soc. 14 mai 1992, *D.*, 1993, p. 67.

DESJARDINS, J.M.

rapp. sous Cass. Soc. 29 mars 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 454.

DESBARATS, I.

obs. sous Cass. Soc. 29 janv. 2003 *D.*, 2004, somm. comm. p. 99.

DESPAX, M.

obs. sous Cass. Soc. 7 nov. 1990, *Dr. soc.*, 1991, p. 294.

DOCKES, E.

- note sous Cass. Soc. 1^{er} déc. 1993, *D.*, 1994, p. 334.
- obs. sous Cass. Soc. 16 mars 1995, *D.*, 1995, somm. comm., p. 369.
- note sous Cass. Soc. 13 mars 2001, *Dr. ouv.*, 2001, p. 261.

DUQUESNE, F.

note sous Cass. Soc. 26 sept. 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 1080.

FAVENNEC-HERY, F.

obs. sous Cass. Soc. 14 mai 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 740.

GAURIAU, B.

- obs. sous Cass. Soc. 23 juin 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 973.
- note sous Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, *JCP S*, n° 5-10 2005, p. 28.
- note sous Cass. Soc. 25 janv. 2006, *JCP S*, 2006, 1362.

GREVY, M.

obs. sous Cass. Soc. 27 mai 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 757.

INES, B.

obs. sous Cass. Soc. 29 avril 2009, *D.*, 2009, p. 1421.

KERBOURC'H, J.Y.

note sous Cass. soc. 22 sept. 2010, *JCP S*, 2010, 1459.

LANGLOIS, Ph.

- obs. sous Cass. Soc. 28 juin 1978, *D.*, 1979, IR, p. 24.
- obs. sous Cass. Soc. 20 juill. 1981, *D.*, 1982, IR, p. 397.
- obs. sous Cass. Soc. 3 mars 1988, *D.*, 1988, somm. comm., p. 324.

LARDY-PELLISSIER, B.

obs. sous Cass. Soc. 14 juin 2006, *RDT*, 2006, p. 172.

LECLERC, O.

obs. sous Cass. soc. 2 fév. 2006, *RDT*, 2006, p. 42.

LYON-CAEN, A

note sous Cass. Soc. 9 mars 1989, *D.*, 1990, p. 65.
note sous Cass. Crim. 4 oct. 1989, *D.*, 1990, somm. comm., p. 166

LYON-CAEN, P.

- concl. sous Cass. Soc. 17 juill. 1996, Arrêts EDF et SNCF, *Dr. soc.*, 1996, p. 1049.
- concl. sous Cass. Soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.*, 2001, p. 29.

MAZEAUD, A.

obs. sous Cass. Soc. 22 mai 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 1032.

MEYRAT, I.

note sous Cass. Soc. 4 déc. 2007, *Dr. ouv.*, 2008, p. 535.

MOULY, J.

obs. sous Cass. Soc. 25 avril 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 772.

NADAL, S.

obs. sous Cass. Soc. 9 mars 2011, *RDT*, 2011, p. 324.

NEAU-LEDUC, C.

note sous Cass. Soc. 12 sept. 2007, *JCP S*, 2008, 1325.

NICOD, C.

comm. sous Cass. 1^{er} juill. 2008, *RDT*, 2008, p. 753.

OLIVIER, J.M.

note sous Cass. Soc. 26 sept. 2002, *TPS* 2002, comm., p. 376.

PECAUT-RIVOLIER, L.

rapp. sous Cass. Soc. 8 juill. 2009, *Dr. soc.*, 2009, p. 961.

PELISSIER, J.

- obs. sous Cass. Soc. 21 fév. 1979, *D.*, 1979, p. 425.

- obs. sous Cass. Soc. 15 janv. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 419.

PESKINE, E.

obs. sous Cass. Soc. 26 sept. 2002, *D.*, 2003, somm. comm., p. 385.

PETIT, F.

obs. sous Cass. Soc. 31 mai 2011, *Dr. soc.*, 2011, p. 1132.

POIRIER, M.

note sous Cass. Soc. 27 mars 1996, *Dr. ouv.*, 1996, p. 346.

POUSSON, A.

obs. sous Cass. Soc. 28 mai 2002, *D.*, 2002, somm. comm., p. 3116.

RADE, C.

- obs. sous Cass. Soc. 27 janv. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 308.

- obs. sous Cass. soc. 26 mai 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 773.

- obs. sous Cass. Soc. 26 oct. 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 383.

- obs. sous Cass. Soc. 28 nov. 2000, *Dr. soc.*, 2001, p. 212.

- obs. sous Cass. Soc. 13 mars 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 571.

- obs. sous Cass. Soc. 17 juill. 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 1071.

- obs. sous Cass. Soc. 10 juin 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 889.

- obs. sous Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 1066.

RAY, J.E.

- obs. sous Cass. Soc. 7 juin 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 835.

- obs. sous Cass. Soc. 1^{er} avril 1997, Affaire Case France, *Dr. soc.*, 1997, p. 646.

- obs. sous Cass. Soc. 22 janv. 1998, Arrêt Briou, *Dr. soc.*, 1998, p. 292.

SARAMITO, F.

obs. sous Cass. Soc. 14 mai 1992, *Dr. ouv.*, 1993, p. 183.

SAVATIER, J.

- obs. sous Cass. Soc. 11 janv. 1962, *Dr. soc.*, 1962, p. 290.

- obs. sous Cass. Soc. 5 mars 1969, *Dr. soc.*, 1969, p. 508.
- obs. sous Cass. Soc. 29 mai 1972, *Dr. soc.*, 1973, p. 599.
- obs. sous Cass. Soc. 4 avril 1973, *Dr. soc.*, 1973, p. 589.
- obs. sous Cass. Soc. 14 nov. 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 146.
- note sous Cass. Soc. 8 avril 1976, *Dr. soc.*, 1977, p. 485.
- note sous Cass. Soc. 22 mars et 18 juill. 1979, *Dr. soc.*, 1980.
- note sous Cass. Soc. 29 janv. 1983, *Dr. Soc.* 1983, p. 321.
- obs. sous Cass. Soc. 7 juill. 1983, *Dr. soc.*, 1984, p. 86.
- note sous Cass. Soc. 23 oct. 1985, *Dr. soc.*, 1987, p. 101.
- note sous Cass. Soc. 8 oct. 1987, *Dr. soc.*, 1988, p. 136.
- note sous Cass. Soc. 8 oct. 1988, Arrêt Raquin, *Dr. soc.*, 1998, p. 135.
- note sous Cass. Soc. 4 avril 1990, *Dr. soc.*, 1990, p. 803.
- obs. sous Cass. Soc. 12 mars 1991, *Dr. soc.*, 1991, p. 701.
- obs. sous Cass. Soc. 25 janv. 1995, *RJS*, 4/95.
- note sous Cass. Soc. 17 juill. 1996, Arrêts EDF et SNCF, *Dr. soc.*, 1996, p. 1049.
- obs. sous Cass. Soc. 14 oct. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 1100.
- obs. sous Cass. Soc. 19 nov. 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 12.
- obs. sous Cass. Soc. 7 oct. 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 1052.
- obs. sous Cass. Soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 101.
- obs. sous Cass. Soc. 5 janv. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 308.
- obs. sous Cass. Soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 852.
- obs. sous Cass. Soc. 17 oct. 2000, *Dr. soc.*, 2000, p. 1147.
- obs. sous Cass. Soc. 8 janv. 2002, *Dr. soc.*, 2002, p. 472.
- obs. sous Cass. Soc. 29 janv. 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 453.
- obs. sous Cass. Soc. 3 juin 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 884.

SOURIAC, M.A.

- obs. sous Cass. Soc. 6 nov. 1991, *D.*, 1992, somm. comm., p. 294.
- note sous Cass. Soc. 10 oct. 2007, *RDT*, 2008, p. 188.

VERDIER, J.M.

- obs. sous Cass. Soc. 9 déc. 1982, *D.*, 1984, IR, p. 255.
- obs. sous Cass. Soc. 21 juill. 1986, *D.*, 1987, somm. comm., p. 204.
- obs. sous Cass. Soc. 20 oct. 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 972.
- note sous Cass. Soc. 27 mai 1997, *D.*, 1997, p. 416.

VERKINDT, P.Y.

- obs. sous Cass. Soc. 13 sept. 2005, *Dr. soc.*, 2006, p. 235.

WAQUET, Ph.

- rapp. sous Cass. Soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.*, 1992, p. 52.
- rapp. sous Cass. Soc. 22 juin 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 661, « La mise en cause d'une convention collective fait-elle jouer un délai de préavis ? ».
- obs. sous Cass. Soc. 3 nov. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 1101.
- note sous Cass. Soc. 13 nov. 2007, *RDT*, 2008, p. 38.

WAUQUIER, V.

- obs. sous Cass. Soc. 2 juill. 2002, *D.*, 2003, somm. comm., p. 391.

Cour d'Appel

ANTONMATTEI, P.H., FAVENNEC-HERY, F. et GARBAR, C.A.

- obs. sous CA Paris du 22 sept. 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 996.

KATZ, T.

- obs. sous CA Paris du 24 septembre 2003, *D.*, 2004, somm. comm., p. 386, « La supplétivité de l'accord collectif de branche : débats anciens et nouvelles perspectives ».

V. SITES INTERNET ET RESSOURCES ELECTRONIQUES

<http://europa.eu.int>

<http://legifrance.gouv.fr>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>

<http://www.senat.fr>

<http://www.transactive.fr/products/ledoctrinal.html>

VI. PRINCIPALES LOIS

Loi du 24 juin 1936, JO, 26 juin 1936, p. 6698.

Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre iv-bis du titre ii du livre i du code du travail relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre ii de la loi 50205 du 11-02-1950 relatives à la procédure de médiation.

Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail.

Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises à dimension communautaire et au développement de la négociation collective.

Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail et
Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

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° 2008-789 du 20 août 2008 portant sur la rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail.

Resumen en español

EFICACIAS Y FUNCIONES DEL CONVENIO
COLECTIVO DE TRABAJO:
ESTUDIO COMPARATIVO DE LA INTERVENCIÓN
LEGAL EN ESPAÑA Y FRANCIA

INTRODUCCIÓN

Ante todo, no nos resistimos a expresar un doble sentimiento. Por una parte, un sentimiento de inquietud, pues el ejercicio de resumir en una décima parte el presente trabajo resulta indubitablemente peligroso y difícil. Por otra parte, un sentimiento de frustración, pues la lengua castellana merecería el mismo protagonismo que su homóloga francesa. En cualquier caso, procuraremos transmitir las ideas centrales que han guiado nuestra reflexión.

El origen de este trabajo reside en una anécdota lingüística, concretamente en el “*faux-ami*” que se refiere al término de “extensión” en español y de “*extension*” en francés. Ambos términos contemplan un procedimiento administrativo relativo a las condiciones de aplicación del convenio colectivo de trabajo. No obstante, su contenido varía según el derecho considerado. Básicamente, en el derecho español corresponde a un mecanismo que permite ampliar el ámbito funcional y/o geográfico del convenio colectivo, de manera similar al procedimiento de “*élargissement*” en derecho francés. En Francia, en cambio, la extensión se refiere a la intervención administrativa, que permite que el convenio se aplique a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación inicial.

En este momento, una pregunta asalta al jurista: ¿A través de qué mecanismo el convenio español se aplica al conjunto de los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación? A primera vista, surgen dos elementos. El artículo 37.1 de la Constitución Española (CE) reconoce explícitamente el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, y el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que los convenios colectivos se apliquen a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Las opciones iniciales de ambos derechos parecen por lo tanto muy distintas. Mientras el derecho español permite, a priori, al convenio colectivo legalmente regulado aplicarse a todos los trabajadores y empresarios, el derecho francés establece las mismas condiciones de aplicación, a posteriori, mediante intervención administrativa.

El objetivo de este trabajo reside por lo tanto en la búsqueda de las explicaciones jurídicas que puedan motivar y entender esta diferencia substancial.

El razonamiento tiene como punto partida la diferencia clásica entre la dimensión estática y la dimensión dinámica del convenio colectivo. Esta última permite contemplar el proceso más amplio de intercambios y discusiones que conduce a la aprobación de un convenio. Se refiere, pues, al proceso de negociación colectiva. Sin embargo, la noción de negociación colectiva obliga a tomar en consideración una variedad de acuerdos dentro de los cuales el convenio colectivo de trabajo constituye el paradigma. Ponemos aquí de relieve que cuando utilizamos la noción de convenios colectivos de trabajo, nos referimos a un producto concreto que emana de un proceso de negociación. El convenio colectivo de trabajo representa en definitiva el producto típico de la negociación colectiva que es objeto de una regulación legal.

Esta regulación legal permite entonces abordar el aspecto estático del convenio colectivo, es decir su definición, su eficacia y su ubicación en la jerarquía de las fuentes del derecho. Nos conformamos por ahora a subrayar que el convenio colectivo despliega una eficacia específica.

No se trata de determinar la fuente de dicha eficacia, ya que esto nos llevaría a discutir la problemática de la creación jurídica y de las fuentes de derecho o, lo que es lo mismo, a discutir el alcance de la “autonomía colectiva”. Lo que importa aquí, es la intervención del orden jurídico estatal con el fin de atribuir una eficacia específica a un producto determinado de la negociación colectiva, el convenio colectivo de trabajo. Esta problemática conducirá a analizar los dispositivos legales que regulan las condiciones de su elaboración y las condiciones de su aplicación, especialmente sus relaciones con las otras fuentes aplicables a las relaciones de trabajo. En cualquier caso, resultará imprescindible tratar, de forma previa, el contenido y el alcance de la negociación colectiva a nivel constitucional. Serán por lo tanto excluidas las cuestiones relativas a la interpretación del convenio y a los mecanismos de sanciones en caso de incumplimiento. De forma básica, ambos países reconocen un derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, su contenido varía de manera substancial según el país considerado. En cualquier caso, ambos sistemas coinciden en el papel atribuido a la ley para poner en marcha dicho derecho.

Indudablemente, la perspectiva jurídica adoptada ha de tomar en consideración dos variables adicionales que han influido o influyen en el marco jurídico de ambos países.

Por una parte, el contexto internacional y, sobre todo europeo, pretende convertir la negociación colectiva en un instrumento central de la elaboración de reglas aplicables en los Estados miembros.

Por otra parte, los contextos históricos y socio-económicos han sido decisivos y explican en gran medida los planteamientos generales y las tendencias actuales de las políticas legales. Hoy en día, las transformaciones de los sistemas de producción y la aparición de un nuevo marco económico cuya crisis inaugurada en 2008 es solo una manifestación, constituyen, sin duda, otros parámetros fundamentales. Es cierto que el derecho del trabajo es un derecho por naturaleza vivo y cambiante de conformidad con la realidad económica y social. En cualquier caso, su ámbito de actuación ha de velar por mantener el difícil equilibrio entre la libertad de empresa y la protección de los trabajadores.

Nuestro propósito consiste en demostrar que originalmente la negociación colectiva, especialmente mediante la conclusión de convenios colectivos, tiene como objetivo compensar el desequilibrio estructural de la relación de trabajo a nivel individual y elevar al nivel colectivo las discusiones, permitiendo por lo tanto a los trabajadores ver sus condiciones de trabajado mejoradas. Sin embargo, los derechos positivos de ambos países demuestran que la negociación colectiva no tiene ya como finalidad central la mejora de las condiciones de trabajo sino que se ha convertido en un instrumento suplementario de gestión de la empresa ofrecido a los empleadores. El retroceso del ámbito de actuación de la ley, la emancipación de la negociación de empresa cuyos productos pueden poner en jaque al convenio colectivo de trabajo, el debilitamiento de las funciones normativas y estructurantes de los convenios sectoriales, constituyen manifestaciones claras de dicha conversión.

Ahora bien, resultará imprescindible subrayar que las distintas etapas de la evolución de los sistemas no han seguido el mismo ritmo y que la intensidad de la prevalencia de la negociación de empresa no es la misma en ambos países.

A fin de apoyar nuestro propósito, volveremos a la distinción clásica entre la dimensión dinámica y la dimensión estática del convenio colectivo. En este sentido, trataremos, en primer lugar, de las regulaciones legales relativas a las condiciones de elaboración de los convenios colectivos para, luego, analizar las condiciones de su aplicación que se refieren a los mecanismos legales de articulación con las otras fuentes

aplicables a las relaciones de trabajo. De forma preliminar, resulta en todo caso imprescindible definir el marco constitucional en el cual la ley va a intervenir.

PARTE PRELIMINAR: LAS CONCEPCIONES ESPAÑOLA Y FRANCESA DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las relaciones asalariadas han conducido a la aparición de nuevos grupos sociales que se han organizado e institucionalizado progresivamente. Frente a este fenómeno, los órdenes jurídicos francés y español han sido confrontados a las mismas problemáticas jurídicas que conducían al reconocimiento de los actores colectivos y a la integración de las producciones jurídicas procedentes de las relaciones entre representantes de los actores previamente reconocidos. Paradójicamente, el proceso de negociación colectiva, permitiendo la conclusión de acuerdos colectivos entendidos ampliamente, ha sido tomado en consideración en último lugar.

Admitiendo que ambos derechos han experimentado la transformación de un derecho de los convenios colectivos a un derecho a la negociación colectiva, resulta en cualquier caso imprescindible subrayar que los contextos históricos y socioeconómicos han sido claves en este proceso de reconocimiento.

TÍTULO I: EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA CONVENCIONAL

La industrialización de las economías se ha realizado bajo la autoridad del dogma liberal basado en el principio de igualdad de los contratantes, la débil intervención estatal y el predominio de la ley de la oferta y de la demanda. Sin embargo el derecho del trabajo choca contra dichos conceptos reconociendo el desequilibrio consubstancial de las relaciones de trabajo, permitiendo a la ley intervenir de manera decisiva e integrando la dimensión colectiva de estas relaciones que rompe la dualidad entre contrato o ley como fuentes de derechos.

Es evidente que los contextos históricos y políticos han influido en este proceso. No obstante, se detecta una evolución global similar que consiste primero en el reconocimiento de los actores colectivos y luego en la integración del convenio colectivo en el ordenamiento jurídico estatal.

CAPÍTULO I: LA CONSIDERACIÓN DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Frente a la doctrina liberal del siglo XIX, es cierto que el derecho del trabajo constituye una excepción que toma en cuenta unos actores colectivos intermediarios situados entre el individuo y el Estado.

SECCIÓN I: La influencia negativa del dogma liberal

El decreto Allarde del 16 de febrero de 1791 y la ley Le Chapelier del 14 de junio del mismo año en Francia, así como el decreto Del Conde de Toreno del 8 de junio de 1813 y la proclamación de la libertad de industria en el decreto del 6 de diciembre de 1836 en España, ilustran las reticencias del Estado por reconocer cuerpos intermediarios que defienden intereses colectivos distintos al interés general o a los intereses individuales. Sin embargo, la realidad ha obligado a los poderes públicos a reconocer la existencia de actores colectivos.

SECCIÓN II: El reconocimiento forzoso de los actores colectivos

§ 1: El interés colectivo como fundamento de los poderes sindicales en Francia

La ley del 21 de marzo de 1884 contempla por primera vez la creación de los sindicatos profesionales. No obstante, su capacidad contractual permanece reducida pues los contratos que firman están sometidos al principio del efecto relativo. Una sentencia de la “*Cour de cassation*” del 5 de abril de 1912 marca una etapa fundamental. Sobre el fundamento de la existencia de un interés peculiar, “el interés colectivo” que defienden los sindicatos, los jueces les reconocen personalidad jurídica propia. La ley del 12 marzo de 1920 consagra dicha jurisprudencia y evoca “*el interés colectivo de la profesión*” que “*representan*” los sindicatos.

Consideramos, por lo tanto, que el reconocimiento de los sindicatos se ha realizado mediante la noción de interés colectivo que constituye el fundamento jurídico de su capacidad de entablar acciones judiciales.

§ 2: *La inestabilidad política española*

La organización de los actores colectivos de las relaciones de trabajo ha sufrido la alternancia de regímenes políticos hasta la dictadura franquista.

La Constitución de 1869 reconoce como principio el derecho de asociación en el cual los sindicatos no son explícitamente contemplados. Más allá, las asociaciones de trabajadores son penalmente responsables cuando pretenden encarecer abusivamente el precio del trabajo. La ley del 30 de junio de 1887 prosigue por esta vía dejando a los sindicatos bajo el cobijo de la libertad de asociación. A principios del siglo XX, la influencia de la doctrina social-católica y las amenazas de revueltas obreras, conducen a los poderes públicos a reconocer, por lo que aquí nos interesa, el derecho de acción sindical. La dictadura de Primo de Rivera rompe la evolución anterior y se caracteriza por un autoritarismo paternalista importante en materia sindical y por la reaparición del sistema corporativo.

La instauración de la República el 14 de abril de 1931 permite la redacción de una Constitución extremadamente moderna en aquella época en la cual se reconoce un abanico de derechos sociales dentro de los cuales se encuentra el derecho sindical. La ley de asociaciones profesionales del 8 de abril de 1932 dispone que su objeto es “*la defensa de los intereses de las respectivas clases*”.

CAPÍTULO II: LA CONSOLIDACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL ORDEN JURÍDICO ESTATAL

El contexto político de ambos países ha contribuido sin duda a definir el valor jurídico y las misiones atribuidas a la figura convencional. En Francia, el convenio colectivo se erige en “*ley de la profesión*” pero depende del Estado en cuanto al alcance de su aplicación. En España, el golpe de estado del 36 y la dictadura franquista que lo sigue hasta el año 1978, convierten el convenio colectivo en un instrumento suplementario al servicio de la propaganda del régimen.

En todo caso, resulta indubitable, de manera objetiva y sin juicio de valor, que el convenio colectivo es, desde entonces, integrado por y en el orden jurídico estatal.

SECCIÓN I: La instauración de dos modelos de convenios colectivos en Francia

El primer dispositivo legal procede de la ley del 25 marzo de 1919. El convenio puede ser concluido por cualquier agrupación y responde esencialmente a la lógica contractual.

El dispositivo procedente de la combinación de la ley del 24 de junio de 1936 y de la ley del 11 de febrero de 1950 desemboca en la construcción legal de dos modelos de convenios colectivos con dos regímenes jurídicos sustancialmente distintos.

Por un lado, se establece un régimen jurídico general que rige los convenios llamados ordinarios o simples. Dichos convenios permanecen sometidos a la lógica contractual. No obstante, especificidad del derecho francés, si un empresario está sometido a un convenio, debe aplicarlo a todos sus trabajadores, sin importar sus afiliaciones sindicales.

Por otro lado, un régimen especial relativo al convenio susceptible de “extensión”, entendido en su acepción francesa, contempla un convenio cuya eficacia despliega una dimensión reglamentaria. El convenio extendido se aplica, gracias a la intervención de la Administración por el acto de extensión, a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito.

SECCIÓN II: El uso desviado del convenio colectivo por la dictadura franquista

Basada en la ideología nacional-sindicalista, la dictadura franquista presenta dos caras que se articulan en la ley de 1958. No obstante, permanece un hilo conductor que consiste en la concepción armónica de la empresa, es decir, se niega el antagonismo de intereses entre trabajadores y empleadores. Todos los trabajadores forman parte de la comunidad de trabajo o de producción en la cual empresarios, obreros y técnicos son “*productores*” que cumplen una función determinada al servicio del “*bien común*”. En definitiva, se trata de ignorar la oposición entre capital y trabajo, símbolo de la ideología comunista, verdadera obsesión de la dictadura franquista.

Al inicio de la dictadura, una de las primeras medidas es la disolución de sindicatos libres e independientes. Sin dilación, se crea la Organización Sindical Española (OSE), de estructura vertical, que supone un aparato al servicio del régimen en el ámbito laboral y al cual la afiliación es obligatoria y automática. Más tarde, en el 1947, se instituyen los jurados de empresa compuestos por trabajadores, cuya función

fundamental reside en el fomento “*del bien común de la producción nacional*” bajo, sin duda alguna, el control del empresario.

De manera general, la dictadura franquista se caracteriza por el predominio de la intervención estatal en materia de fijación de las condiciones de trabajo, mediante las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo que enmarcan, por sector de actividad, el conjunto de las relaciones de trabajo.

En este marco, resulta llamativa la ley del 24 de abril de 1958 que consagra el convenio colectivo sindical y que le reconoce eficacia general. Sin embargo, el monopolio de la OSE y el control estatal durante el proceso de negociación y de aprobación, conducen a afirmar que este convenio era un engaño y no podía clasificarse como convenio colectivo clásico. En definitiva, el dispositivo franquista convirtió el convenio en un mero acto administrativo suplementario.

CONCLUSIÓN TÍTULO I

Las consideraciones anteriores han permitido poner de relieve que ambos dispositivos han reconocido en una primera etapa a los actores colectivos antes de consagrar, en una segunda etapa, el convenio colectivo de trabajo como emanación clásica del encuentro entre los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus representantes. Se trataba esencialmente de tomar en consideración su aplicación a los contratos individuales de trabajo incluidos en su ámbito.

No obstante, la dictadura franquista impide asimilar el convenio al instrumento clásico de fijación de condiciones de trabajo conocido en los sistemas democráticos. En Francia, el Estado omnipotente reconoce el convenio colectivo pero condiciona el despliegue de la totalidad de sus efectos a su intervención mediante el procedimiento administrativo de la “extensión”.

TÍTULO II: LA PROCLAMACIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Tras el reconocimiento de los actores colectivos y del convenio colectivo, la siguiente etapa va a consistir, en unos contextos muy distintos, en superar la dimensión estática del convenio y en reconocer el derecho a la negociación colectiva.

Se trata pues, en primer lugar, de definir el significado y el alcance del derecho a la negociación colectiva reconocido en Francia y en España, para contemplar, en segundo lugar, las implicaciones de este derecho sobre la eficacia jurídica y personal de su producto típico, el convenio colectivo.

CAPÍTULO I: EL SIGNIFICADO Y EL ALCANCE DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Con el fin de apreciar el significado de este derecho, resulta ineludible elevar las discusiones al nivel constitucional. En este marco, pese la diferencia de forma, aparecen dos convergencias. Por una parte, la negociación colectiva se beneficia de una protección constitucional y, por otra parte, ambas normas supremas reenvían a la ley la regulación del derecho a la negociación colectiva.

SECCIÓN I: La perspectiva constitucional del derecho a la negociación colectiva

A primera vista, se ha de constatar que el artículo 37.1 CE proclama de forma explícita el derecho a la negociación colectiva, mientras la Constitución Francesa (CF) permanece silenciosa en esta materia. Sin embargo, el llamado bloque de constitucionalidad permite garantizar a dicho derecho una dimensión constitucional. En cualquier caso, la diferencia apuntada implica variaciones sobre la intensidad y el valor del derecho a la negociación colectiva.

§ 1: La proclamación del artículo 37.1 CE del derecho a la negociación colectiva

La transición democrática se realizó mediante la entrada en vigor de la Constitución el 6 de diciembre 1978. El esquema constitucional en materia de derechos colectivos de los trabajadores se compone de la libertad sindical, del derecho de huelga y conflictos colectivos y del derecho a la negociación colectiva. Aparecen por lo tanto

los tres componentes de la autonomía colectiva: el poder de auto-organización, el poder de auto-tutela y el poder de auto-regulación.

Por lo que se refiere al derecho a la negociación colectiva, el artículo 37.1 CE dispone que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios [...]”*. Dos aspectos merecen ser aclarados.

En primer lugar, debemos definir el alcance de este derecho y su aplicabilidad.

Las dificultades se derivan en realidad de la referencia a la ley que deberá garantizar dicho derecho. Según una interpretación literal del precepto, un primer sector doctrinal minoritario considera que el derecho a la negociación colectiva no tiene aplicación directa y debe ser necesariamente desarrollado por ley, a la que la CE atribuye un mandato. Otro sector estima que se trata de una garantía institucional que permite el reconocimiento de la negociación colectiva que debe ser protegida del intervencionismo legal. Para la posición mayoritaria, el artículo 37.1 CE comporta una doble garantía, un doble mandato que reconoce, por una parte, la aplicación directa del derecho a la negociación colectiva y no necesita forzosamente desarrollo legal y, por otra parte, la misión de la ley de garantizar y regular dicho derecho sin desnaturalizarlo. Indubitablemente, en virtud de la ubicación del artículo 37.1 CE en la Constitución y del artículo 53.1 CE, el derecho a la negociación colectiva goza de una aplicabilidad directa e inmediata.

El Tribunal Constitucional (TC) acoge la posición mayoritaria y afirma, en la STC 58/1985 de 30 de abril, que *“la facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”*. Sin embargo, en otras sentencias (especialmente STC 208/1993 del 28 de junio), los jueces han podido referirse con fuerza a la misión confiada al legislador. En definitiva, sin tomar una posición tajante, la jurisprudencia constitucional oscila entre garantía institucional y derecho subjetivo. En cualquier caso, conviene subrayar que la transcendencia constitucional del derecho a la negociación permite contemplar el derecho a la negociación colectiva al margen del desarrollo legal.

En segundo lugar, a diferencia de los derechos de huelga y de libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva es reconocido a los “*representantes de los trabajadores y empresarios*”. Esta doble titularidad pone de relieve el carácter bilateral de la negociación colectiva e ilustra el reconocimiento de la autonomía colectiva. La doctrina se une para reconocer un carácter colectivo al derecho a la negociación colectiva que, por lo menos del lado salarial, ha de ser ejercitado a través de “*representantes*”. En cuanto a estos representantes, el texto constitucional no permite determinar cuáles son los representados contemplados, que pueden ser una estructura estable o espontánea, permanente o intermitente, interna o externa a la empresa.

En cualquier caso, ninguna obligación o deber de negociación deriva del precepto constitucional.

§ 2: La incorporación del derecho a la negociación colectiva al principio de participación de los trabajadores en derecho francés

La Constitución de la Vª República se centra en el reparto de poderes y no menciona derechos sociales. Sin embargo, la jurisprudencia, mediante la noción de “*bloque de constitucionalidad*”, ha integrado varios textos y principios a los cuales se les ha reconocido valor constitucional. Entre ellos, el Preámbulo de la Constitución de 1946 enuncia varios principios de carácter social y económico denominados “*principios-normas*” y dotados de rango constitucional. En este marco, el proceso francés ha residido en incorporar al “*principio de participación de los trabajadores*” recogido en el párrafo 8 del Preámbulo, el derecho a la negociación, que se convierte en una de sus modalidades.

El párrafo 8 del Preámbulo dispone que “*todo trabajador participa, mediante sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo así como en la gestión de las empresas*”. Dos observaciones pueden ser formuladas.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional considera que la puesta en marcha de “*una concertación apropiada*” entre el empresario y los representantes de los trabajadores, permite considerar realizado el principio de participación. Los jueces afirman también que el principio de participación “*no tiene por objeto o por efecto imponer que, en todo los casos, esta determinación [de la condiciones de trabajo] sea subordinada a la conclusión de acuerdos colectivos*” (DC nº 89-257 del 25 de julio de

1989 y DC nº 93-328 del 16 de diciembre de 1993). Por lo tanto, la negociación colectiva y la consulta constituyen variaciones del principio de participación.

En segundo lugar, aparece nítidamente el carácter unilateral del principio de participación. En consecuencia, se excluye cualquier referencia a la autonomía colectiva y se contempla como un mecanismo de control y de limitación del poder empresarial.

En este marco, ¿cuál es el alcance constitucional del derecho a la negociación colectiva? La polisémica noción de “principio” ha guiado las distintas construcciones jurisprudenciales y doctrinales.

Limitando por ahora el análisis a la jurisprudencia, conviene mencionar que se desprende de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el principio de participación constituye un “*principio fundamental del derecho del trabajo*”. Refiriéndose al control de competencias entre la ley y el reglamento (art. 34 CF), los jueces administrativos recuerdan la competencia legislativa en materia de derecho del trabajo y, por lo tanto en materia de negociación colectiva, y limitan la actuación reglamentaria (CE 21 de julio de 1970). Los jueces constitucionales han ido más allá y han afirmado que la intervención legal ha de efectuarse bajo el respeto al principio de participación (DC nº 77-83 del 20 de julio de 1977 y, especialmente en materia de negociación colectiva, DC nº 89-257 del 25 de julio de 1989 y DC nº 93-328 del 16 de diciembre de 1993).

En definitiva, los jueces se muestran evasivos y dejan mucho margen de maniobra a su labor interpretativa y a la actuación legislativa.

Conclusión SECCIÓN I

En Francia, el derecho a la negociación colectiva no goza de reconocimiento explícito y directo en la Constitución. Sin embargo, posee relevancia constitucional mediante su integración al principio de participación de los trabajadores. Se concibe como un derecho unilateral en respuesta a los poderes empresarios. En España, el derecho a la negociación colectiva se beneficia de reconocimiento constitucional y se presenta como una limitación de la actuación estatal frente a la capacidad de la autonomía colectiva de determinar las condiciones de trabajo. Por lo tanto es un derecho de los representantes de los trabajadores pero igualmente de los empresarios o sus representantes.

En cualquier caso, ambos dispositivos se acercan en cuanto a la atribución de la ley para poner en marcha y definir las modalidades de concreción de este derecho.

SECCIÓN II: El papel y los límites de la actuación legal

En España, la Constitución prevé expresamente que la ley “*garantizará el derecho a la negociación colectiva*”. En Francia, el Consejo Constitucional afirma que “*pertenece al legislador*” desarrollar el principio de participación y consecuentemente el derecho a la negociación colectiva. La mayor parte de las disposiciones legales se reagrupan en el Estatuto de los Trabajadores (ET) en España y en el Código del Trabajo en Francia.

En cualquier caso, la competencia de la ley no es absoluta y existen limitaciones que enmarcan su actuación.

§ 1: La traducción legal del derecho a la negociación colectiva

Resulta indubitable que los desarrollos legales del derecho a la negociación colectiva han sido influenciados de forma substancial por la visión constitucional. Por consiguiente, los mecanismos que permiten su garantía y su efectividad, presentan una fisionomía muy distinta.

Por lo que se refiere al derecho español, el dispositivo legal cumple el mandato constitucional y pretende promover la negociación colectiva como manifestación de la autonomía colectiva. En este marco, la instauración de un deber de negociar al cual puede ser sometido el empresario pero igualmente los representantes de los trabajadores, parece conforme a la concepción constitucional del derecho a la negociación colectiva. Conviene mencionar el artículo 85 ET relativo al contenido del convenio, que obliga a la negociación de materias determinadas. Sin embargo, en nuestra opinión, se trata de medidas puntuales que no ponen en cuestión la lógica del dispositivo.

El artículo 82.1 ET dispone que “*los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva*”. El carácter bidireccional del derecho a la

negociación colectiva aparece nítidamente y la autonomía colectiva es objeto de un reconocimiento explícito.

El artículo 89.1 párrafo 2 ET dispone que *“la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente”*. Parece obvio que presenta un carácter bidireccional pues se aplica a *“la parte receptora de la comunicación”* que puede ser de origen salarial o patronal.

La redacción legal plantea varias dificultades.

Por una parte, ¿cuál es su ámbito temporal? El artículo 89.1 párrafo 1 ET regula el proceso de apertura de un periodo de negociación. La parte salarial o patronal debe tomar la iniciativa de las negociaciones y enviar una comunicación. El deber de negociar comienza a la recepción de dicha comunicación. Su finalización resulta más difícil de determinar. En efecto, se mezcla con el ámbito de aplicación del principio de buena fe en las negociaciones, proclamado en el artículo 89.1 párrafo 3 ET. Esta cuestión es objeto de controversias doctrinales y se caracteriza por la ausencia de soluciones definitivas. Consideramos que el deber de negociar y el principio de buena fe representan dos nociones distintas que tienen un ámbito de aplicación propio y diferenciado.

Por otra parte, el juego del deber de negociar está condicionado a tres excepciones: legales, convencionales y otras, vinculadas a los mecanismos de concurrencia entre convenios colectivos. El análisis de cada una de estas excepciones permite determinar cuál es el alcance real del deber de negociar. Aparece entonces que la previsión legal de causas de exoneración conduce a reducir notablemente el ámbito de aplicación del deber de negociar que, lejos de configurarse como regla general sometida a determinadas excepciones, resulta ser un mecanismo legal aplicable a hipótesis específicas que suponen la reunión de condiciones y exigencias determinadas.

De todas formas, en caso de incumplimiento, el deber de negociar, al cual se aplica los mismos mecanismos sancionadores que los previstos en materia de buena fe, no goza de una protección muy garantista, en razón de las dificultades de pruebas y a la dimensión subjetiva de la materia.

Por lo que se refiere al derecho francés, la ley del 13 de julio de 1971 marca una etapa importante y proclama “*el derecho de los asalariados a la negociación colectiva del conjunto de sus condiciones de empleo y de trabajo y de sus garantías sociales*”. Sin embargo, fue una de las leyes Auroux, ley de 13 de noviembre de 1982, la que concretizó la anterior proclamación general, estableciendo especialmente, procesos de negociaciones obligatorias de forma periódica en los niveles de rama y de empresa.

La proclamación del derecho a la negociación colectiva atribuido “a los asalariados” plantea dificultades desde el punto de vista subjetivo respecto a sus titulares. Se trata, sin duda alguna, de un derecho unívoco gozado por la parte salarial, conformemente al principio de participación de los trabajadores. La determinación del carácter individual o colectivo resulta más compleja. Surge un consenso para rechazar una titularidad únicamente sindical (DC n° 96-383 de 6 de noviembre de 1996). Sin embargo, mientras un sector doctrinal, distinguiendo el reconocimiento y su ejercicio, considera que se trata de un derecho individual de ejercicio colectivo, otro sector estima que se trata de un derecho colectivo. La referencia “a los asalariados” contempla la “comunidad”, la “colectividad” de los trabajadores, que tienen intereses en negociar. En cualquier caso, ambas interpretaciones excluyen la negociación directa con los trabajadores.

En cuanto a las obligaciones de negociación, hay que resaltar que su ámbito material de negociación es limitado a materias determinadas por ley. Por lo tanto, no existe obligación general de negociar. Sin embargo, la ley no ha dejado de ampliar las materias objeto de negociación que se refieren a los temas centrales y consubstanciales de las relaciones de trabajo. Estas obligaciones que pueden ser anuales, trienales o quinquenales, se aplican a las ramas de actividad y a las empresas, donde cumplen funciones distintas y están sometidas a reglas diferentes. Básicamente, la obligación de negociar en las empresas coloca al empresario en el centro del dispositivo. Esta peculiaridad permite entender por qué este último incurre en responsabilidad penal en caso de incumplimiento. Para terminar, las obligaciones de negociar han permitido dar consistencia al principio de buena fe que, sin tener reconocimiento explícito en la ley, irriga el conjunto del proceso de negociación.

Conclusión § 1

Es interesante destacar que la traducción legal del derecho a la negociación colectiva resulta conforme al marco constitucional. Así, en Francia, la ley proclama el derecho de los asalariados a la negociación colectiva con el fin de reequilibrar, respecto a la parte patronal, el desequilibrio consubstancial a las relaciones individuales de trabajo. En España, el ET reconoce explícitamente el derecho a la negociación colectiva como manifestación de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales frente al Estado.

En este marco, resulta coherente la configuración del deber de negociar en España y de las obligaciones de negociar en Francia. En cualquier caso, conforme al principio de libertad de negociar, ambos mecanismos no implican obligación de concluir.

§ 2: La protección constitucional del derecho a la negociación colectiva

El rango constitucional del derecho a la negociación colectiva le permite beneficiarse de cierta protección. Sin embargo, su intensidad varía según el ordenamiento considerado.

En España, la protección de la cual se beneficia el derecho a la negociación colectiva es importante y se ejerce mediante la noción de contenido esencial. El artículo 53.1 CE dispone que “*sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*”, entre los cuales se encuentra el derecho a la negociación colectiva. Se trata pues, de definir la noción de contenido esencial para apreciar el ámbito de intervención de la ley. Consideramos que esta noción permite limitar cualitativa y cuantitativamente la actuación legal que no podrá ser exhaustiva y abarcar todos los objetos de negociación. En consecuencia, se destaca un doble límite que se impone a la ley: uno negativo, que permite contener la injerencia de los poderes públicos garantizando el espacio vital de la negociación colectiva, y otra positivo, que obliga a la ley a garantizar la efectividad del derecho a la negociación colectiva.

Sin embargo, al margen de estas consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha permitido otorgar al derecho a la negociación colectiva una protección

suplementaria En efecto, vincula dicho derecho al contenido esencial de libertad sindical, lo que le permite disfrutar del mecanismo de garantías de las libertades y derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2 CE (STC 10/1982 y STC 23/1983).

En Francia, considerando el vínculo del derecho a la negociación colectiva con el principio de participación, su desarrollo permanece en el ámbito legal, lo que plantea dudas acerca de su protección constitucional. En este marco, la doctrina ha elaborado varios razonamientos que permiten garantizar un trato específico a la negociación colectiva. El concepto de Principio General de Derecho del Trabajo constituye una vía para dar cuenta de la relevancia del derecho a la negociación colectiva. Más allá, un sector doctrinal defiende el principio mismo de la negociación colectiva, su núcleo duro, al margen de su configuración como derecho de los trabajadores.

En cualquier caso, conviene preguntarse si la evolución y las transformaciones de las funciones de la negociación colectiva permiten a la concepción francesa seguir vigente. En efecto, la generalización de convenios colectivos regresivos o modificativos de condiciones de trabajo no casa totalmente con la idea de un derecho de los trabajadores.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO I

No hay duda de que los derechos francés y español han optado por dos concepciones distintas del derecho a la negociación colectiva. Resulta patente que los contextos histórico-políticos han influido en gran medida en ambas concepciones.

En cualquier caso, los dos sistemas convergen en un punto, que es la competencia de la ley, aunque ésta sea controlada, para concretar el derecho a la negociación colectiva y garantizar su efectividad. En este sentido, veremos a continuación que la atribución de efectos jurídicos y personales al producto típico de la negociación, el convenio colectivo, ha constituido un ámbito preferencial de la actuación legal.

CAPÍTULO II: LA EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO

Los órdenes jurídicos francés y español han llevado su atención hacia los efectos del convenio colectivo y esencialmente hacia sus condiciones de aplicación sobre los contratos individuales de trabajo. En efecto, hemos visto anteriormente que la negociación colectiva permite elevar al nivel colectivo las relaciones de trabajo. Parece por lo tanto lógico, que las relaciones entre el contrato de trabajo y el convenio colectivo hayan constituido una cuestión prioritaria.

La eficacia jurídica y la eficacia personal constituyen dos nociones autónomas que permiten comprender de manera global la problemática de la eficacia del convenio. Básicamente, mientras el derecho español reconoce una eficacia normativa y general al convenio, el derecho francés le atribuye una eficacia normativa pero opta, *a priori*, por una eficacia limitada. Sin embargo, convendrá resaltar que esta divergencia ha de ser matizada a tal punto que su generalidad debe ser puesta en duda.

SECCIÓN I: La aplicación imperativa y automática del convenio al contrato de trabajo como manifestación del efecto normativo del convenio

El efecto normativo del convenio colectivo ha sido y sigue siendo objeto de una profunda controversia doctrinal en España. Sin duda alguna, dicha controversia tiene origen en las diversas interpretaciones de la expresión “*fuera vinculante*” del artículo 37.1 CE. En cambio, en Francia, las discusiones se han limitado al ámbito legal del cual la doctrina ha concluido en el reconocimiento de un efecto normativo.

Consideramos que conviene definir el ámbito de la problemática del efecto jurídico del convenio. Ha de señalarse que las discusiones se han referido de manera fundamental a las condiciones de aplicación del convenio al contrato. En este sentido, aparece un consenso generalizado según el cual el convenio se aplica al contrato de trabajo de forma imperativa y automática. A partir de esta afirmación se ha contemplado la eficacia normativa del convenio colectivo.

La voluntad de superar las discusiones en España ha llevado a varios autores a recurrir a la noción de eficacia real. Dicha noción presenta un doble interés. Por un lado, permite disipar las dudas respecto a la significación de la expresión “*fuera vinculante*” del artículo 37.1 CE y, por otra parte, desde el punto de vista comparativo, aporta un elemento de lectura distinto a la concepción francesa de la negociación colectiva.

§ 1: El fundamento legal en Francia

La ausencia de referencia constitucional directa y explícita a la eficacia del convenio colectivo, lógicamente, ha desplazado las discusiones al nivel legal. En este marco, la ley ha reconocido tempranamente la aplicación imperativa y automática del convenio colectivo al contrato de trabajo, sin necesidad de expresión de la voluntad de los trabajadores sometidos a su ámbito de aplicación.

Con el fin de entender la lógica global del derecho positivo francés, podemos formular tres observaciones.

En primer lugar, la jurisprudencia ha afirmado la naturaleza contractual del convenio, aunque éste despliegue efectos normativos (Consejo de Estado de 4 de marzo de 1960; Cass. Soc. 3 mars 1988; Cass. Soc. 19 nov. 1997). Observamos que los jueces han asimilado los acuerdos firmados al margen de las disposiciones legales a los compromisos unilaterales del empresario.

En segundo lugar, admitimos que la ley de 1919 reconoce por primera vez la aplicación imperativa y automática del convenio al contrato de trabajo, es decir, la superioridad de lo colectivo sobre lo individual.

En tercer lugar, hay que distinguir los convenios colectivos extendidos y los convenios ordinarios. La eficacia normativa del convenio extendido resulta del acto administrativo de “extensión”, entendido en su acepción francesa (art. L. 2261-15 CT). El convenio ordinario implica distinguir a su vez su ámbito funcional. Si se trata de un convenio de rama, despliega una eficacia contractual por principio. Sin embargo, si un empleador está afiliado a una asociación firmante, debe aplicar el convenio al conjunto de los trabajadores de su empresa. De hecho, con más motivos, si se trata de un convenio de empresa, el artículo L. 2254-1CT (antiguo art. L.135-2) establece que el empresario sometido a un convenio, lo ha de aplicar a todos los trabajadores con independencia de sus afiliaciones sindicales. Reside aquí la originalidad del dispositivo francés: la eficacia imperativa y automática del convenio se realiza mediante la parte empresarial.

§ 2: *La ambigüedad del artículo 37.1 CE*

Los debates doctrinales relativos a la eficacia jurídica del convenio han girado alrededor de la expresión “*fuera vinculante*” del artículo 37.1 CE y recuerdan a las discusiones en torno a la aplicación directa de dicho artículo. Según la distinción clásica, un sector doctrinal estima que el convenio dispone de efecto contractual y otro sector mayoritario entiende que despliega una eficacia normativa. Consecuentemente, atribuyen respectivamente naturaleza contractual o naturaleza normativa al convenio.

En este marco, considerando que la naturaleza y los efectos del convenio constituyen dos cuestiones distintas, un tercer sector doctrinal propone superar la equiparación de la naturaleza y de la eficacia del convenio y afirma que el convenio es un contrato dotado de eficacia real que se refiere únicamente a la aplicación directa y automática del mismo al contrato. Así, la Constitución se limita, y no es poco como veremos, a garantizar que las disposiciones procedentes de la negociación colectiva, especialmente del convenio colectivo, se apliquen a los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación, sin necesidad de incorporación al contrato de trabajo y de manifestación de voluntad de los trabajadores afectados.

En este contexto, los convenios colectivos concluidos al margen de las exigencias legales, los denominados convenios extraestatutarios, despliegan mediante la aplicación del artículo 37.1 CE una eficacia real que garantiza su aplicación a los contratos de trabajo que entran en su ámbito de aplicación.

La jurisprudencia resulta muy ambigua en la materia y adolece de varias contradicciones. Con el fin de superar estas dificultades, resulta pertinente distinguir las sentencias en presencia de convenios estatutarios o de convenios extraestatutarios. Si en presencia de los primeros, los jueces han equiparado el convenio a una norma jurídica creadora de derecho objetivo, varias sentencias en presencia de convenios extraestatutarios recuerdan que despliegan una eficacia contractual. Sin embargo, independientemente del convenio considerado, los jueces tienden a garantizar su aplicación imperativa y automática al contrato de trabajo de los trabajadores afectados. El análisis de las sentencias y de cada caso concreto puede permitirnos extraer una clave de interpretación según la cual los jueces se refieren al aspecto contractual del convenio para apreciar su eficacia personal.

§ 3: *El reconocimiento de la eficacia real del convenio como manifestación consubstancial a la negociación colectiva*

Cuatro aspectos permiten subrayar la pertinencia de la teoría de la eficacia real.

En primer lugar, permite evitar las confusiones relativas al término de “norma” que implica un conjunto de consecuencias jurídicas que hace inviable su uso para el convenio.

En segundo lugar, constituye una repuesta específica a la peculiaridad del convenio colectivo, que reside en su aplicación imperativa y automática a los contratos individuales de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación.

En tercer lugar, en España, permite dar repuesta a la significación de la expresión “*fuera vinculante*” del artículo 37.1 CE, y coherencia a la jurisprudencia. En efecto, permite superar las dificultades consecutivas a la equiparación de la naturaleza y de los efectos del convenio. El convenio colectivo es, por naturaleza, un contrato independientemente de sus efectos jurídicos.

En cuarto lugar, puede constituir el fundamento para el reconocimiento constitucional directo y explícito del derecho a la negociación colectiva en Francia. Tal es así que, considerando que la eficacia real aparece por primera vez en la ley de 1919, el derecho a la negociación podría calificarse de “*principio fundamental reconocido por las leyes de la República*”.

SECCIÓN II: La eficacia personal del convenio como prerrogativa legal

Sin perjuicio de la intervención de las representaciones unitarias, consideramos que el convenio colectivo permanece por naturaleza subjetivamente limitado a los trabajadores afiliados a un sindicato firmante y a los empresarios firmantes o miembros de una asociación firmante. Ahora bien, el propósito de esta sección reside en subrayar que la eficacia personal del convenio representa una opción en manos de la ley, que puede intervenir con el fin de ampliar la eficacia limitada del convenio y atribuirle eficacia general o *erga omnes*. Solo en este caso, el ámbito de aplicación personal del convenio permitirá su aplicación a todos los trabajadores incluidos en su ámbito funcional y profesional.

Concretamente, los dispositivos legales español y francés han optado por puntos de partida muy distintos. Sin embargo, en la práctica, ambos derechos garantizan la

aplicación del convenio independientemente de las afiliaciones o adhesiones de los trabajadores y empresarios afectados.

§ 1: El elemento distintivo del paradigma legal español

El dispositivo legal atribuye eficacia general al convenio colectivo del Título III ET de manera explícita (art. 82.3 ET). Se trata de un elemento característico del dispositivo español. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que dicha eficacia corresponde a un plus atribuido por ley que no tiene dimensión constitucional (STC 124/1988 de 23 de junio). El dispositivo legal español opta, por lo tanto, por un modelo de convenio fuerte que se aplica por sí mismo como una norma.

Consecuentemente, considerando que la eficacia general tiene fundamento legal, la doctrina ha admitido de forma pacífica que el convenio colectivo extraestatutario despliega eficacia personal limitada.

§ 2: La atenuación del principio de la eficacia limitada en derecho francés

Según el artículo L. 2262-1 CT, el convenio ordinario posee, por principio, eficacia limitada. Sin embargo, dos mecanismos hacen posible matizar dicha afirmación.

Por una parte, el artículo L. 2254-1 CT garantiza la aplicación del convenio al conjunto de los trabajadores de una empresa en tanto que el empresario es firmante del convenio o miembro de una organización firmante. Por otra parte, la técnica administrativa de la extensión, instaurada por la ley de 24 de junio de 1936, permite a un convenio de sector aplicarse a todos los trabajadores y empresarios como lo haría el reglamento (art. L.2261-15 CT).

En cualquier caso, conviene subrayar que, lejos de referirse a la autonomía colectiva, el dispositivo francés fundamenta la eficacia personal general del convenio colectivo en la situación del empresario o en una intervención administrativa.

CONCLUSIÓN TÍTULO II

Las concepciones francesa y española del derecho a la negociación colectiva son indubitadamente muy distintas. En Francia, se configura como un derecho de los trabajadores frente al empresario, que la ley desarrolla, mientras que en España se presenta como un derecho-libertad de los interlocutores sociales frente al Estado. Sin embargo, las transformaciones de las funciones de la negociación colectiva y la existencia de un fundamento constitucional propio al derecho a la negociación colectiva, pueden poner en cuestión la coherencia de la concepción francesa y acercarla a la concepción española.

Por lo que se refiere al convenio colectivo, resulta que su peculiaridad reside en su aplicación imperativa y automática a los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación. En este sentido, con el fin de evitar un uso excesivo de la noción de norma, la teoría de la eficacia real resulta muy pertinente. En cuanto a su eficacia personal, resulta interesante el acercamiento práctico de ambos derechos, cuyos mecanismos garantizadores de la eficacia general del convenio aparecen conformes a la concepción del derecho a la negociación colectiva y al alcance del concepto de autonomía colectiva.

CONCLUSIÓN PARTE PRELIMINAR

Resulta paradójico que en ambos países, aunque sea en contextos muy diferentes, el orden jurídico estatal haya reconocido, en primer lugar, el convenio colectivo para, luego, tomar en consideración el proceso de negociación colectiva, es decir, la fuente formal antes que la fuente material.

En cualquier caso, se detecta la importancia de la ley en la materia. En efecto, le incumbe concretar el derecho a la negociación colectiva. Por lo tanto, conviene admitir que la calificación del convenio como norma creadora de derecho objetivo permanece como una cuestión dependiente de la intervención legal.

En este sentido, la ley interviene en dos momentos que recuerdan las dimensiones dinámica y estática del convenio. Así, a continuación nos proponemos tratar la intervención legal en la elaboración del convenio y durante su aplicación.

PARTE I: LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DURANTE LA ELABORACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Para abordar la intervención de la ley durante el convenio es relevante apuntar dos cuestiones. Por una parte, con el fin de garantizar la legitimidad del convenio, la ley identifica las partes negociadoras así como las condiciones de conclusión del convenio. Por otra parte, fija el margen de libertad de las partes negociadoras relativa al contenido del convenio.

El análisis de estos dos aspectos nos llevará a poner de relieve una característica común a ambos dispositivos. En efecto, la ley establece disposiciones estrictas que regulan la identificación de las partes negociadoras y la conclusión del convenio y, al mismo tiempo, reduce su ámbito de aplicación, permitiendo al contenido del convenio extraerse de limitaciones legales.

TÍTULO I: EL MARCO LEGAL RELATIVO AL PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y CONCLUSIÓN: LA BÚSQUEDA DE LEGITIMIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

El proceso de identificación de las partes negociadoras y el establecimiento de las reglas aplicables en el momento de la conclusión del convenio se materializan, en Francia y en España, mediante la noción de representatividad y el principio mayoritario. Ahora bien, conviene resaltar que el derecho español establece en la materia, “*reglas de legitimación*”. Pese a la controversia doctrinal, nos referimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que distingue tres niveles de legitimación. La legitimación inicial se refiere a la capacidad convencional de los actores considerados, mientras que la legitimación plena se refiere a los requisitos necesarios para la negociación efectiva de un convenio y, finalmente, la legitimación de decisión, que regula las condiciones de aprobación del convenio.

Desde la perspectiva comparativa, el momento de aplicación del principio mayoritario constituye una variable pertinente a fin de entender la lógica de ambos dispositivos. En este sentido, si el derecho francés aplica el principio de mayoría, veremos por lo demás que se trata de una mayoría relativa, en el momento de la aprobación del convenio, en cambio, el derecho español opta por ponerlo en marcha antes del inicio efectivo de la negociación y otra vez en el momento de la conclusión del convenio.

CAPÍTULO I: LA IDENTIFICACIÓN DE LOS ACTORES DE LA NEGOCIACIÓN

La primera etapa de análisis consiste en reconocer la capacidad convencional que corresponde a la aptitud genérica para negociar convenios colectivos sin referencia a uno en concreto. En Francia, del lado patronal pueden negociar, según el ámbito del convenio, el empresario o una asociación patronal. Del lado salarial, los sindicatos son, en principio, los únicos con capacidad de negociar convenios colectivos. Por consiguiente, son los agentes del derecho a la negociación colectiva cuyos titulares son “*los asalariados*” (art. L. 2231-1 CT). En España, el artículo 87 ET permite afirmar que la capacidad de negociar es, según el ámbito de negociación, reconocida a los representantes unitarios y/o a las representaciones sindicales.

En cualquier caso, conviene señalar que el análisis se refiere al convenio colectivo estatutario y no toma en consideración las especificidades de los denominados acuerdos de empresa.

El propósito del capítulo reside en la segunda etapa del proceso de identificación, que permite determinar los requisitos que han de cumplir estos actores para negociar un convenio concreto. Las especificidades de ambos derechos conducen a distinguir la negociación sectorial e interprofesional, que nos lleva a profundizar las concepciones de la noción de representatividad, de la negociación de empresa, que implica la intervención de representantes distintos a las representaciones sindicales. Observaremos que el grupo constituye un ámbito específico que, a la vista de nuestra perspectiva comparativa, presenta un carácter híbrido.

SECCIÓN I: La noción de representatividad de las organizaciones profesionales en Francia y en España, especialmente al nivel sectorial

Podemos considerar que ambos derechos no aplican la noción de representatividad en el mismo marco legal y con las mismas finalidades. Para apoyar esta consideración, valoramos primero las concepciones de la representatividad sindical bajo el prisma de la negociación colectiva, luego, los criterios de medida de la representatividad y, finalmente, las especificidades de su aplicación a la parte empresarial.

§ 1: Las concepciones legales española y francesa de la representatividad sindical en materia de negociación colectiva

Los órdenes jurídicos español y francés recurren a la noción de representatividad a fin de identificar sindicatos determinados dotados de prerrogativas específicas, especialmente la capacidad de negociar convenios colectivos. Tradicionalmente, dos vías permiten reconocer el carácter representativo a un sindicato: por la verificación de criterios legalmente definidos, hablamos de representatividad probada, y por un mecanismo legal, la irradiación, que permite considerar como representativo a un sindicato por su afiliación a una central sindical. Sin embargo, veremos que la reforma que tiene lugar en Francia durante el verano de 2008 modifica en profundidad este marco.

En cualquier caso, los dispositivos español y francés no han utilizado en las mismas condiciones la noción de representatividad en materia de negociación colectiva.

En España, el ET concibe restrictivamente la representatividad. En efecto, reconoce únicamente el acceso a la negociación de un convenio colectivo concreto, sin presumir la realización efectiva del proceso de negociación. Se presenta como una condición necesaria pero no suficiente, que habilita para participar en las negociaciones y que permite acreditar la legitimación inicial.

En Francia, anteriormente a la reforma de 2008, la representatividad constituía, por principio, la condición consubstancial y estructural de la validez de un convenio colectivo. Se trataba de una condición necesaria y suficiente, que habilitaba para negociar y concluir un convenio. Sin embargo, la evolución del dispositivo demuestra que la ley ha introducido otras condiciones de validez cuya ilustración es la generalización de la exigencia mayoritaria por la reforma de 2008. Así, conviene afirmar que en derecho positivo, la representatividad se limita a la negociación y no influye en las condiciones de conclusión. Por consiguiente, la representatividad constituye una condición necesaria y suficiente para negociar, contrariamente al derecho español, pero no permite a un sindicato concluir un convenio válido. La reforma de 2008 afecta igualmente al régimen jurídico de la representatividad sindical. Por una parte, de manera global, la representatividad goza en adelante de un tratamiento específico, contrariamente al antiguo dispositivo en el cual su régimen derivaba de

varias disposiciones relativas a prerrogativas sindicales determinadas. Por otra parte, elimina el mecanismo de la irradiación, no solamente en materia de negociación, sino también para todas las prerrogativas sindicales.

Volveremos sobre esta última cuestión más tarde y trataremos, a continuación, de la representatividad probada y de los criterios establecidos para reconocer dicha calidad a un sindicato.

§ 2: *Los criterios de la representatividad probada de los sindicatos de trabajadores*

En ambos derechos positivos, la representatividad probada se mide por criterios guiados por una exigencia de objetividad y se aprecia conforme al principio de concordancia o correspondencia. Sin embargo, el punto de partida de ambos dispositivos y sus evoluciones son muy distintos. En cualquier caso, la audiencia electoral se ha convertido en el criterio fundamental.

En España, la audiencia electoral es el único y exclusivo criterio de medida de la representatividad. En materia de negociación colectiva, el artículo 87.2 ET dispone que están legitimados para negociar convenios colectivos, los sindicatos más representativos a nivel estatal, los sindicatos más representativos a nivel de la Comunidad Autónoma, si el convenio no supera estos límites, y *“los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 % de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio”*. Ponemos de relieve que los porcentajes se aprecian respecto al número total de representantes de personal elegidos y no respecto al porcentaje de votos.

A partir de ahí, se distinguen los sindicatos más representativos y los sindicatos suficientemente representativos. La mayor representatividad se define en la LOLS y hace posible identificar las centrales sindicales representativas a nivel estatal e interprofesional. Sin embargo, originalidad del derecho español, el nivel de la Comunidad Autónoma se beneficia de un tratamiento específico que permite a los sindicatos más representativos a este nivel participar en la negociación de convenios estatales. Por consiguiente, se produce una ruptura de la regla de concordancia entre el ámbito geográfico, pero también profesional, del convenio, y los del sindicato. Esta opción legal es objeto de controversia doctrinal y ha sido declarada conforme a la CE por los jueces constitucionales (STC 98/1985 de 29 de julio).

A nivel sectorial, el dispositivo legal no contempla la legitimación para negociar convenios de franja, lo que pone en duda la validez de este tipo de convenios.

Para terminar, conviene subrayar que la mayoría de la doctrina avala el uso de la audiencia electoral como criterio exclusivo de apreciación de la representatividad.

En Francia, anteriormente a la reforma de 2008, la representatividad se medía mediante la aplicación de criterios legales combinados y completados por la jurisprudencia. El artículo L. 133-2 CT enuncia los efectivos del sindicato, su independencia, sus cuotas, su experiencia y antigüedad y, finalmente, su actitud durante el periodo de ocupación nazi, en la segunda guerra mundial. Señalamos que este artículo se refería concretamente a la representatividad para negociar convenios colectivos susceptibles de extensión, en su acepción francesa. Sin embargo, la jurisprudencia ha recurrido de manera general a este artículo para medir la representatividad, sea cual sea la prerrogativa sindical considerada. Igualmente, su actuación condujo a una apreciación esencialmente cualitativa que permitía verificar, desde una perspectiva subjetiva, la autenticidad y la realidad del sindicato.

La reforma de 2008 establece una nueva lista de criterios generales de medida de la representatividad (art. L. 2121-1 CT). Esta lista modifica el carácter relativo de la apreciación de la audiencia electoral y establece dos umbrales según el ámbito de negociación. A nivel sectorial e interprofesional, los sindicatos han de contar con, al menos, el 8% de los votos expresados y, a nivel de la empresa con, al menos, el 10%. Las elecciones de los representantes unitarios en las empresas constituyen el escrutinio elegido. Conviene resaltar que estas elecciones se realizan mediante dos vueltas y que sólo la primera sirve para medir la representatividad.

El dispositivo legal contempla por otra parte la representatividad de los sindicatos de franja. Sin embargo, subsisten muchas interrogaciones, sobre todo en relación con la intervención de los sindicatos generalistas en la negociación de franja.

En cualquier caso, el uso de la audiencia electoral para apreciar la representatividad sindical sufre de carencias importantes como consecuencia del modelo de escrutinio elegido. En este sentido, observamos que ambos dispositivos legales no integran la doble dimensión de las elecciones profesionales, que siguen regidas según su misión originaria. Paradigma de estas disfunciones, estas elecciones no permiten la integración del conjunto de los trabajadores.

Esta constatación es lógica en derecho francés pues éste dejaba tradicionalmente las elecciones sindicales al margen de la apreciación de la representatividad sindical. No obstante, la reforma de 2008 modifica en gran medida el dispositivo que se equipará al dispositivo español. Las mentalidades francesas deben cambiar y adaptarse a los nuevos retos de las elecciones profesionales. En derecho español, el vínculo entre representatividad sindical y elecciones profesionales es constitutivo del sistema y no deja de plantear problemas relativos a los riesgos de politización de los sindicatos. En cualquier caso, considerando que las dos dimensiones de las elecciones profesionales resultan difícilmente compatibles y que resulta muy complejo encontrar un punto de equilibrio, la creación de un escrutinio específico para la determinación de la representatividad sindical se revela como una opción deseable pese a las dificultades prácticas.

En este marco, también podría plantearse la opción de recurrir a otros criterios. En ambos países, el derecho positivo en la materia parece muy distinto a primera vista pues, mientras el derecho español excluye la aplicación de otros criterios, especialmente el de afiliación, mal traducido por la noción heterogénea de implantación, el derecho francés prevé explícitamente otros criterios, entre ellos el número de afiliados. Sin embargo, ha de observarse que la reforma de 2008 convierte la audiencia electoral en criterio decisivo de apreciación de la representatividad. De hecho, los otros criterios sirven de base al reconocimiento de prerrogativas sindicales atribuidas al margen del carácter representativo.

Para terminar, conviene destacar que los umbrales legales influyen en gran medida en el paisaje sindical y constituyen una variable decisiva de ajuste del pluralismo sindical.

§ 3: La medida de la representatividad de las organizaciones empresariales: un mal endémico común

En tanto que la negociación se desarrolla en un ámbito superior a la empresa, la determinación de la parte empresarial puede plantear problemas.

Una primera aproximación conduce a subrayar que el derecho español exige, como principio, que a la asociación patronal le sea reconocida el carácter representativo, es decir, disponga de legitimación inicial (art. 87.3 c) ET). En cuanto al derecho francés,

conviene destacar que se refiere a esta exigencia de representatividad en una única excepción.

Esta divergencia encuentra una explicación fundamental en las condiciones de reconocimiento de la capacidad convencional a las organizaciones patronales. En efecto, el derecho español las equipara a los sindicatos, reconociéndoles una capacidad de representación de interés. En cambio, en Francia, la representación patronal constituye una representación de personas que se acerca a la concepción civilista.

La única excepción prevista en derecho francés reside en la hipótesis de la negociación de convenios susceptibles de ser extendidos, en su acepción francesa (combinación de los artículos L. 2231-1 CT et L. 2261-19 CT). Aparece así un punto de conexión entre ambos derechos. En este sentido, podemos admitir que la calidad de representativo es imprescindible cuanto se trata de negociar un convenio dotado de eficacia personal general.

Ahora bien, resulta conveniente insistir sobre dos aspectos.

Por una parte, ambos derechos se enfrentan a numerosos problemas a la hora de definir los criterios que permiten medir la representatividad de las asociaciones patronales.

En España, en cuanto a la regla clásica de legitimación inicial, se puede admitir que, tras una evolución legal que culmina por la reforma de 2011, las grandes empresas se ven beneficiadas, al margen del doble condicionamiento del 10 % del número de trabajadores afectados y de empresas afiliadas, por el añadido de la legitimación inicial a *“aquellas asociaciones empresariales que [...] den ocupación al 15 % de los trabajadores afectados”*.

Cuando se trata de negociar a nivel sectorial estatal o de negociar en los sectores en los cuales no existe representación patronal legitimada según los criterios clásicos, se produce una ruptura de la regla general de concordancia entre el ámbito de aplicación del convenio y el marco de apreciación de la legitimación. Esta diferencia con la regla clásica no deja de suscitar dudas legales o de oportunidad.

En todo caso, las dificultades para computar los distintos criterios resultan patentes, aunque la preferencia por el número de trabajadores afectados lo facilita. En este marco, la presunción de representatividad por notoriedad, reconocida a la CEOE-CEPYME, y su futuro papel en los sectores sin representación patronal legitimada, así como la importancia atribuida al comportamiento de los sindicatos que, por su firma del

convenio, avalan a posteriori la legitimación de las asociaciones patronales firmantes, constituyen parches que permiten evitar una equiparación deseable a la medida de la legitimación sindical.

En Francia, el derecho positivo resulta aún más problemático. Tal es así, que la ley no contempla ningún criterio de medida de la representatividad patronal. Por lo tanto, los jueces han recurrido a criterios aplicables a la representatividad sindical tal como la afiliación y han elaborado criterios propios como el número de trabajadores afectados o el peso económico de las empresas miembros de la asociación firmante. También hay que subrayar que los jueces aplican en gran medida la regla de concordancia, lo que plantea problemas, incluso a nivel interprofesional. En cualquier caso, es una pena que la reforma de 2008 no haya resuelto, o por lo menos abordado, estas cuestiones.

Por otra parte, en el ámbito del grupo de empresas, conviene resaltar que los dos derechos no han optado por las mismas soluciones. En Francia, se trata de un mandato legal a la representación de la empresa dominante (art. L. 2232-31 CT), que dispone de un margen considerable para elegir los componentes de la representación que puede probablemente, incluir dirigentes de otras empresas del grupo. En España, conforme a la acepción amplia del grupo, la ley se refiere de manera general a la “representación” de las empresas que lo forman. Por lo tanto, se deja una amplia libertad a la representación patronal, contemplada de forma horizontal, para auto-organizarse.

Conclusión SECCIÓN I

Para concluir, tres aspectos merecen ser subrayados.

En primer lugar, en ambos derechos, la representatividad patronal es inherente a la atribución legal de una eficacia *erga omnes* al convenio colectivo. En cualquier caso, se desprende la sensación de que la representación patronal parece un santuario que los poderes públicos no quieren profanar. Sin embargo, la heterogeneidad de los intereses patronales según la estructura y el tamaño de la empresa así como las nuevas funciones de la negociación colectiva, justificarían un marco legal más exigente y equilibrado.

En segundo lugar, es posible afirmar que el carácter representativo de los sindicatos es una condición necesaria para negociar convenios colectivos dotados de

eficacia normativa y general. No obstante, la realización efectiva del proceso de negociación constituye otra cuestión, por lo menos en derecho español. En efecto, la legitimación inicial reconocida mediante el carácter representativo, no es una condición suficiente para negociar efectivamente un convenio. En Francia, en cambio, es una condición necesaria y suficiente para negociar, si bien, desde la reforma de 2008, ya no permite la conclusión de un convenio.

En tercer lugar, el análisis de la representatividad probada permite destacar que la audiencia electoral, pese a sus carencias esencialmente relativas al escrutinio elegido, se erige en criterio de la medición de la representatividad sindical, decisivo en derecho francés y exclusivo en derecho español. También resulta pertinente subrayar que el derecho español se refiere al número de representantes elegidos, mientras el derecho francés opta por computar los votos en la primera vuelta de las elecciones profesionales.

Esta sección se ha centrado sobre el nivel sectorial en el cual el monopolio sindical está garantizado. Considerando que numerosos elementos se vuelven a encontrar en el ámbito de la empresa, resulta indudable, en cualquier caso, que las representaciones salariales en dicho ámbito presentan peculiaridades que necesitan un tratamiento específico.

SECCIÓN II: La representación salarial en la negociación de empresa

Los derechos francés y español han establecido un doble canal de representación en la empresa: la representación sindical o externa, y la representación unitaria o interna. Sin embargo, en materia de negociación colectiva, el derecho francés establece, por principio, la actuación de la representación sindical (art. L. 2232-16 al.1 CT) mientras el derecho español reconoce la capacidad convencional en ambas representaciones (art. 87.1 ET).

El propósito de esta sección es abordar la configuración de cada una de dichas representaciones, lo que permitirá complementar o matizar la consideración general antes formulada.

§ 1: La representación sindical

En este punto hemos de formular dos observaciones generales. Por una parte, en Francia, el proceso de determinación de la representación sindical en el ámbito de la empresa sigue el mismo camino que en el ámbito sectorial y se refiere a los sindicatos. En cambio, en España, la capacidad de negociar se atribuye explícitamente, desde la reforma de 2011, a las secciones sindicales, que deben cumplir requisitos distintos a los de los sindicatos en el ámbito sectorial. Por otra parte, hay que subrayar que el derecho español no se refiere, *a priori*, a la representatividad de los sindicatos de los cuales emanan las secciones sindicales, mientras el derecho francés establece explícitamente esta exigencia.

En este contexto resulta pertinente analizar los mecanismos mediante los cuales ambos dispositivos garantizan que la representación sindical tenga un vínculo con los trabajadores de la empresa que pueda legitimar su actuación. Observamos así que, en ambos países, el negociador sindical proviene del personal de la empresa.

En cualquier caso, merece un tratamiento aparte la técnica de la irradiación, cuyas implicaciones en el ámbito de la empresa pueden desembocar a una ruptura entre representantes y representados.

En Francia, tradicionalmente, la representación sindical en las empresas se conforma de dos figuras: las secciones sindicales, constituidas por los trabajadores afiliados, y los delegados sindicales designados por un sindicato (DS). La reforma de 2008 ha creado una nueva figura, el representante de la sección sindical (RSS). En materia de negociación, se desprende del artículo L. 2232-17 CT que únicamente el DS tiene capacidad de negociar. Dos aspectos matizan la rotundidad de dicha afirmación.

Por una parte, a partir de la reforma de 2008, la designación del DS ha de cumplir tres requisitos. Primero, la empresa debe contar con un mínimo de cincuenta trabajadores (conviene anotar que en la empresa cuyo efectivo no alcanza el umbral, se puede designar el delegado del personal como DS). Luego, el sindicato debe ser representativo en la empresa y haber constituido una sección sindical. Y en tercer lugar, el DS debe contar con un mínimo del 10% de los votos en las últimas elecciones profesionales celebradas en la empresa.

Por otra parte, cuando la empresa no cuenta con DS, el dispositivo legal prevé la actuación de negociadores subsidiarios de los cuales, dos están íntimamente vinculados a los sindicatos: el RSS y el trabajador acreditado mediante un mandato sindical.

Este último aparece por primera vez en el año 1996 y fue objeto de varios ajustes. La ley de 2004 marca una ruptura, pues prevé su intervención únicamente si, además de la ausencia de DS, la empresa no cuenta con representación unitaria (art. L. 2232-23 CT). Más allá, resulta que su intervención es imposible en las empresas que cuentan con menos de 11 trabajadores. Los sindicatos representativos a nivel del sector pueden proceder a la designación, mientras que, antes de la reforma de 2008, la designación debía proceder de un sindicato más representativo al nivel interprofesional. En cualquier caso, el mandato debe definir el proceso de negociación al cual se refiere (observamos que la reforma de 2008 rebaja las exigencias relativas al mandato) habida cuenta que, desde la reforma de 2008, la negociación debe tener como objeto *“las medidas cuya puesta en marcha está subordinada por ley a un acuerdo colectivo”*.

Por lo que se refiere al RSS (art. L. 2142-1-1 al.1. CT), su creación por la reforma de 2008 está directamente ligada a las modificaciones del régimen jurídico de la representatividad sindical. Su designación emana de un sindicato que no es representativo y es posible en las empresas de al menos 50 trabajadores. Dispone de las mismas protecciones y prerrogativas que el DS, a excepción del poder de negociar acuerdos colectivos. Sin embargo, el artículo L. 2143-23 al 1 CT cuya redacción se revela, por lo menos, ambigua, prevé que el RSS pueda negociar en una hipótesis en la cual, la empresa no cuenta con DS y la designación de dicho RSS procede de un sindicato afiliado a otro más representativo a nivel interprofesional y nacional que no haya fracasado en las últimas elecciones profesionales en la empresa (notamos que esta última condición relativa al fracaso en las elecciones no es aplicable durante los últimos seis meses antes de la celebración de nuevas elecciones). En cualquier caso, el RSS no puede negociar en las empresas de menos de 200 trabajadores y en las cuales se aplica un acuerdo concluido bajo la legislación de 2004, que prevé modalidades de negociación en las empresas sin DS. Una última observación debe ser formulada y se refiere al ámbito material de las negociaciones abierto al RSS y a las condiciones del mandato realizado por el sindicato. Frente al silencio legal, consideramos que estos dos aspectos deben ser contemplados respecto a la intervención de los trabajadores acreditados, analizada anteriormente.

Para concluir en torno a la intervención subsidiaria de los trabajadores acreditados o del RSS, conviene subrayar que la validez del acuerdo eventualmente concluido queda subordinada a un procedimiento específico, en el cual el personal de la empresa en su conjunto está llamado a pronunciarse.

En España, antes de tratar la cuestión que nos interesa, es conveniente subrayar que existe igualmente la figura del DS (art. 10.1 LOLS). Sin embargo, su proceso de designación, que pertenece a los miembros de la sección sindical, la exigencia relativa al efectivo de la empresa (al menos 250 trabajadores), así como sus funciones y prerrogativas, que se equiparan a las de la sección sindical que representa frente al empleador, constituyen argumentos para no confundir esta figura sindical en derecho francés y en derecho español. Se trata en definitiva de un nuevo ejemplo de “*faux-amis*”.

En materia de negociación, la intervención de las secciones sindicales es consagrada por la nueva redacción del artículo 87.1 ET consecutiva a la reforma de 2011. Anteriormente, la ley se refería a “las representaciones sindicales”. Sin embargo, pese a la generalidad de la fórmula, la doctrina y la jurisprudencia habían considerado ya que se trataba, en el ámbito empresarial, de las secciones sindicales.

En cualquier caso, la intervención directa del sindicato plantea algunas dificultades. Admitimos que es posible si las secciones sindicales están de acuerdo y si puede facilitar el proceso de negociación. En este sentido, las negociaciones de franja o en las empresas de estructuras complejas constituyen supuestos en los cuales la intervención directa de los sindicatos puede facilitar el proceso de negociación. En cambio, si la determinación de la representación sindical produce conflictos, la nueva redacción del artículo 87.1 ET no deja margen de duda y conduce a dar preferencia a las secciones sindicales. Esta solución se inscribe en la lógica, según la cual, en la empresa, negocian trabajadores de la misma y no figuras externas.

No aparece en el artículo 87.1 ET ninguna exigencia específica en materia de negociación colectiva. ¿Cualquier sección sindical constituida en la empresa puede negociar? Por lo que se refiere a la constitución de la sección sindical, basta con la condición de sindicato legalmente constituido y con disponer de al menos dos afiliados en la empresa (art. 8.1.a). LOLS). En materia de negociación, conviene referirse al artículo 8.2 LOLS, según el cual, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que disponen de al menos un miembro en los órganos de

representación unitaria, pueden pretender negociar un convenio estatutario. Volveremos más tarde sobre la intervención de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos. Tratamos aquí de la exigencia de presencia en los órganos de representación unitaria.

Dos ideas pueden ser subrayadas. Por una parte, no se recurre, como en materia de negociación sectorial, a la noción de representatividad sindical. El sindicato del cual emana la sección sindical no ha de ser necesariamente representativo. La presencia en los órganos de representación unitaria constituye, pues, el criterio que permite reconocer legitimación inicial. En este marco, se puede invocar la noción de implantación y la idea de sindicatos implantados. La noción de implantación presenta, por lo tanto, una segunda acepción que difiere de la contemplada en materia de negociación sectorial de franja y relativa al número de afiliaciones.

Por otra parte, se ha de reconocer que el criterio que permite apreciar la implantación del sindicato en la empresa es, como en materia de representatividad, la audiencia electoral y, concretamente, la existencia de al menos un representante. Esta opción plantea, por lo tanto, dificultades cuando no existen representaciones unitarias permitiendo verificar la implantación del sindicato. En este punto del razonamiento consideramos que la intervención de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos constituye la única vía posible para abrir un proceso de negociación en las empresas sin representación unitaria.

La negociación empresarial de franja responde a otra lógica, pues toma en consideración las dificultades para disponer de datos electorales relativos a la franja considerada. En un primer momento, la reforma de 1994, refiriéndose “*a los demás convenios*” en contraposición a “*los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa*”, ha contemplado el uso de un criterio distinto a la audiencia electoral en las elecciones sindicales (art. 87.1 párrafo 2 *in fine* ET). La reforma de 2011 que se refiere en adelante a “*los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico*” mantiene, en gran medida, la lógica anterior (art. 87.1 párrafo 4 ET). Sin embargo, conviene observar que la nueva redacción legal aclara algunas dudas sobre el procedimiento de designación de las secciones sindicales. En adelante, los trabajadores afectados deben designarlas de forma mayoritaria “*a través de votación personal, libre, directa y secreta*”. Esta fórmula general deja pues, a cada supuesto concreto, un amplio margen en cuanto al proceso de designación, que no tiene por qué referirse, como era el caso en la redacción precedente

de la reforma de 1994, al artículo 80 ET relativo a la asamblea de trabajadores en el ejercicio de su derecho de reunión.

En ambos derechos, la identificación de la representación sindical en las empresas de estructuras complejas o en los grupos de empresas presenta algunas dificultades que justifican un tratamiento aparte. En efecto, en dichos supuestos, la constitución de las instituciones de representación unitaria no tiene necesariamente que coincidir con el ámbito de la negociación, lo que hace compleja la apreciación de la audiencia electoral y, por consiguiente, de la legitimación inicial.

En relación con las empresas compuestas por varios centros de trabajo, la figura sindical competente para negociar influye en gran medida en las soluciones adoptadas.

En Francia, si se trata de una negociación a nivel global de empresa, el sindicato que designa un DS debe ser representativo a este nivel. La ausencia de resultados en un centro de trabajo o la no-representatividad en un centro determinado no impide el reconocimiento del carácter representativo a nivel de la empresa si el sindicato ha obtenido el 10% de los votos totales independientemente de sus resultados centro por centro. En cambio, si se trata de una negociación a nivel de centro de trabajo, el sindicato debe ser representativo a este nivel sin poder invocar su representatividad a nivel global de la empresa. En cuanto a la delegación sindical que negocia a nivel global de la empresa, pertenece al sindicato representativo proceder a su composición.

En España, cuando una empresa se compone de varios centros de trabajo, las reglas de legitimación siguen aplicándose aunque necesiten algunas adaptaciones. Conviene subrayar que las reglas de constitución de las secciones sindicales favorecen los ámbitos más reducidos, pues sus prerrogativas están condicionadas a su presencia en la representación unitaria nacida de elecciones cuyo ámbito de celebración es claramente el centro de trabajo. La idea que guía el razonamiento puede ser la siguiente: la legitimación debe apreciarse respecto al ámbito de negociación, en aplicación del principio de concordancia. En este marco, si la sección sindical está constituida al nivel global de la empresa, puede participar a la negociación si cumple las exigencias del artículo 8.2 b) LOLS a este nivel. La ausencia de representación unitaria no tiene relevancia a partir del momento en que el sindicato cuenta con un miembro en uno de los órganos de representación unitaria constituidos en la empresa. Si las secciones sindicales están constituidas a nivel de cada centro, su intervención conjunta es posible bajo el respeto al principio de concordancia. Ahora bien, conviene subrayar que la

aplicación de dicho principio plantea problemas para designar concretamente los sujetos que van a llevar a cabo el proceso de negociación o cuando un centro no cuenta con representación unitaria.

Por lo que se refiere a la negociación de grupos de empresas, el derecho francés, desde la reforma de 2004, prevé que deben negociar los sindicatos representativos en el grupo o en el conjunto de las empresas afectadas si el convenio cubre una parte de las empresas del grupo (art. L. 2232-31 CT). La representatividad se mide, de forma similar a la hipótesis de empresas compuestas de varios centros de trabajo, sumando los votos emitidos en todas las empresas (Art. L. 2122-4 CT). A continuación, los DS de los sindicatos representativos pueden negociar en el marco de la habilitación que deben expresamente realizar los sindicatos.

En España, la reforma de 2011 asienta la posición jurisprudencial anterior. En efecto, consagrando el criterio mixto, el nuevo artículo 87.1 párrafo 3 ET se refiere a la negociación sectorial para determinar los sujetos y las exigencias que deben cumplirse para negociar a nivel de grupo. Se trata pues, de los sindicatos más representativos y de los sindicatos representativos en el ámbito del grupo considerado. Sin embargo, esta opción no ha zanjado el debate doctrinal en torno a la intervención de las representaciones unitarias en los grupos de estructura no compleja.

Hasta ahora nos hemos centrado en la apreciación de la representatividad probada vía el criterio de la audiencia electoral. Conviene, a continuación, analizar las especificidades de la representatividad por irradiación y su vigor en ambos derechos.

Antes de entrar en materia, una observación de naturaleza metodológica ha de ser formulada. Sin lugar a dudas, la técnica de la irradiación juega a niveles superiores a la empresa. La elección de integrar su tratamiento en el desarrollo relativo a la negociación de empresa se justifica pues, por las consecuencias prácticas de la reforma francesa del año 2008 en el ámbito empresarial.

Ahora bien, la técnica de la irradiación constituye una excepción al principio de concordancia y pone a un lado los criterios objetivos como la audiencia electoral, para referirse a un criterio subjetivo, la afiliación del sindicato. Permitiendo la consolidación de las centrales sindicales representativas y el despliegue de la acción sindical en todos los ámbitos, esta técnica se caracteriza por una dimensión política indudable. Sin embargo, plantea problemas, consecuencia de sus efectos perversos, que facilitan la

actuación de un sindicato en un ámbito en el cual su representatividad real es en realidad muy escasa.

El análisis de ambos dispositivos permite afirmar que la noción española de legitimación neutraliza los efectos perversos de la irradiación sin renunciar a su función de apoyo a la acción sindical. En cambio, el derecho francés ha optado, desde la reforma de 2008, por una posición radical que consiste en eliminar esta técnica, no solamente en materia de negociación sino para el conjunto de las prerrogativas sindicales. Ciertamente, la presunción de representatividad no ofrecía garantías satisfactorias. Sin embargo, parecía más oportuno distinguir las prerrogativas sindicales y adaptar el alcance de la irradiación en función de la prerrogativa considerada. Esa es la opción del derecho español. De hecho, hemos visto que la representatividad se limita a la determinación de la legitimación inicial, que no presume de la realización efectiva de un proceso de negociación. En este marco, un sindicato representativo por irradiación conserva efectivamente un privilegio, pues se le reconoce dicha cualidad sin contar necesariamente con un miembro en la representación unitaria o sin alcanzar el 10% de la audiencia a nivel sectorial. Sin embargo, la puesta en marcha efectiva de la negociación está condicionada a otros requisitos, fundamentalmente al de mayoría, que permiten finalmente garantizar el vínculo entre representantes y representados.

Conclusión § 1

A modo de conclusión, en primer lugar, el derecho francés convierte al sindicato en piedra angular de la negociación en la empresa. El DS aparece indudablemente al servicio de la política sindical. En cambio, en España, son los trabajadores afiliados quienes mantienen el control del proceso de negociación. En cualquier caso, la representatividad o “implantación” del sindicato del cual emana el DS o la sección sindical no deja de ser verificada.

En segundo lugar, esta verificación pasa por la medición de la audiencia electoral respecto al porcentaje de votos como en Francia, o respecto a los miembros de la representación unitaria como en España.

En tercer lugar, la determinación de la representación sindical en las empresas de estructuras complejas plantea problemas en ambos países.

En cuarto y último lugar, la técnica de la irradiación no conoce la misma suerte en Francia y en España. En cualquier caso, el derecho español demuestra que la opción

francesa, más que reforzar la legitimidad del convenio, puede desembocar en un debilitamiento de la acción sindical.

Ahora bien, para comprender el alcance y las divergencias entre ambos derechos deben ser a continuación analizadas las condiciones de intervención de la representación elegida en la empresa.

§ 2: *La representación elegida: intervención alternativa o subsidiaria*

La dualidad clásica entre representación interna y externa se encuentra en ambos derechos. La representación elegida se refiere a los delegados del personal (DP) o los comités de empresa. Una aproximación de sus prerrogativas y competencias en ambos derechos revela profundas divergencias. Por lo que nos interesa, mientras el derecho francés establece, por principio, una equiparación entre representación interna y consulta, por un lado, y representación externa y negociación, por otro lado, el derecho español reconoce la capacidad de negociar a ambas modalidades de representación. Observamos en este sentido que en España el comité de empresa no incluye al empresario. Sin embargo, parece relevante formular varias matizaciones.

Por lo que se refiere al derecho español, el artículo 87.1 párrafo 1 ET prevé explícitamente la capacidad negociadora de la representación unitaria. Se establece pues, un sistema dual, alternativo y no acumulativo que permite negociar a las secciones sindicales “o” a la representación unitaria. Conviene destacar que la reforma de 2011 marca una ruptura importante. Anteriormente, la práctica demostraba que la representación unitaria conducía la inmensa mayoría de los procesos de negociación. Peculiaridad del dispositivo español como consecuencia de su historia reciente, este hecho ha de apreciarse respecto a una variable fundamental que se refiere a la alta sindicalización de los órganos de representación unitaria. La reforma de 2011 no pone en duda esta sindicalización pero establece la preferencia por las secciones sindicales en materia de negociación si ellas así lo desean. Aunque en la práctica puede desembocar en un *statu quo*, esta modificación pone fin a la jurisprudencia que resolvía un eventual conflicto entre las dos representaciones según un criterio temporal, permitiendo negociar a la representación que se manifestó primero. De todos modos, conviene añadir que, de manera similar a las secciones sindicales, la identificación de la representación unitaria en una empresa de estructuras complejas plantea numerosos problemas jurídicos y prácticos.

Por lo que se refiere al derecho francés, una ley experimental del año 1996 prevé por primera vez la posibilidad de negociación por parte de los representantes del personal o del trabajador acreditado por un sindicato. Sin embargo, hay que esperar hasta el año 2004 para que se institucionalice la intervención de los representantes del personal en materia de negociación colectiva. Por último, la reforma del 2008 viene a coronar su actuación estableciendo su carácter preferente respecto a los trabajadores acreditados en la mayoría de las hipótesis (art. L. 2232-21 CT).

En cualquier caso, conviene subrayar que la intervención de los representantes del personal en materia de negociación colectiva no deja de ser condicionada a la ausencia de DS. En este sentido, al igual que los trabajadores acreditados, se trata de negociadores subsidiarios. El Consejo Constitucional, rechazando la idea de un monopolio sindical en materia de negociación que perjudicaría el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, afirma, sin embargo, la “*vocación natural*” de los sindicatos de defender, mediante la negociación colectiva, los derechos e intereses de los trabajadores (DC nº 96-383 de 6 de noviembre de 1996). Se desprende así la lógica del derecho francés. En este marco, surge una cierta contradicción, habida cuenta la preferencia por la representación del personal respecto a los trabajadores acreditados.

Dicha contradicción desaparece en las empresas de más de 200 trabajadores. En efecto, en esta hipótesis, la ley (re)atribuye a la representación sindical, en este caso al RSS, la preferencia de negociación. Conforme a las reticencias del dispositivo francés por reconocer capacidad negociadora a la representación interna, la importancia de la plantilla de la empresa parece justificar el regreso, en última instancia, de los sindicatos representativos a nivel nacional e interprofesional mediante sus estructuras afiliadas. En definitiva, las empresas de menos de 50 trabajadores, en las cuales no es obligatoria la designación de un DS, constituyen el terreno idóneo para la intervención de los representantes del personal.

Para concluir, debemos formular dos observaciones que pueden aplicarse a todos los negociadores subsidiarios.

En primer lugar, los interlocutores sociales han demostrado su preocupación por regular el desarrollo de estas modalidades de negociación. La ley ha tomado acta y ha introducido en el artículo L. 2232-27-1 CT varias exigencias que, entendidas como manifestaciones del principio de buena fe, pretenden garantizar un cierto equilibrio en la negociación.

En segundo lugar, es importante señalar que la negociación subsidiaria queda materialmente limitada a determinados objetos. La ley dispone que dicha negociación debe referirse à “*medidas cuya puesta en práctica es subordinada por ley a un acuerdo colectivo*”. Contrariamente a la legislación anterior, la reforma de 2008 no hace ninguna alusión a los convenios sectoriales para determinar el campo de actuación de los negociadores subsidiarios. En cualquier caso, resulta interesante observar que el desarrollo de los negociadores subsidiarios ha ido de la mano del desarrollo de las políticas de flexibilización de la jornada.

Conclusión § 2

Ambos derechos rechazan cualquier monopolio sindical en materia de negociación colectiva. Sin embargo, a partir de ahí, instauran dos modelos distintos consecuencia de dos evoluciones históricas propias. Así, en España, la representación unitaria dispone de una capacidad general mientras que, en Francia, interviene de forma subsidiaria al DS, que permanece como la figura negociadora de referencia, y de forma limitada respecto a las materias objeto de negociación y a la dimensión de la empresa. En cualquier caso, conviene insistir sobre la reforma española de 2011 que atribuye una preferencia negocial a la representación sindical acercando el dispositivo español a la lógica francesa.

CONCLUSIÓN SECCIÓN II

El análisis de los negociadores en el ámbito de la empresa ha demostrado que, en Francia, el sindicato permanece como el actor central. En este contexto, el DS constituye un instrumento del sindicato que mantiene el control del proceso de negociación. En cambio, en España, los negociadores quedan totalmente libres de una intervención externa. Eso es inherente a la capacidad general reconocida a la representación unitaria pero también deriva de las preferencias por las secciones sindicales respecto al sindicato.

En cualquier caso, en materia de negociación colectiva, los sindicatos han de someterse a un proceso de selección que, aunque de forma distinta, se basa esencialmente en la audiencia electoral.

Un último y pertinente punto nos lleva a subrayar que la noción de legitimación del derecho español convierte esta preselección de secciones sindicales en una etapa necesaria pero no decisiva para identificar los negociadores efectivos de un proceso de negociación.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO I

La opción metodológica de distinguir el ámbito sectorial o interprofesional del ámbito empresarial nos ha permitido poner de relieve el papel de la representación unitaria en España.

También resultó pertinente a fin de apreciar la determinación del negociador sindical y de resaltar el carácter heterogéneo y variable de la noción de representatividad. En cualquier caso, la medición de esta última noción recurre fundamentalmente al criterio de la audiencia electoral, lo que constituye un punto de acercamiento indudable entre los dos derechos. Sin embargo, sus modalidades de apreciación varían según el sistema jurídico considerado. En Francia, comparte protagonismo con otros criterios, aunque resulta ser en realidad el criterio decisivo. Además, se refiere al porcentaje de votos obtenido en la primera vuelta de las elecciones profesionales. En España, la audiencia electoral constituye el criterio único y exclusivo de medición de la legitimación inicial que toma en cuenta el número de representantes elegidos. Se trata, por lo tanto, de una legitimidad electiva. Existe, no obstante, un punto de acercamiento entre ambos derechos, pues son, pese a sus numerosas carencias, las elecciones de la representación del personal las que sirven de marco de apreciación.

Por otro lado, la representatividad por irradiación ha permitido cuestionar la oportunidad de la reforma francesa del año 2008. En efecto, basándose en el derecho a la negociación colectiva, debilita la acción y la presencia sindical en las empresas. El derecho español se muestra en este sentido extremadamente interesante. De hecho, demuestra que la noción de representatividad no ha de ser vinculada de manera directa al derecho a la negociación colectiva. Sin ningún lugar a dudas, se trata de una condición necesaria para emprender un proceso de negociación. No obstante, puede ser asociada a una exigencia suplementaria que se torna entonces decisiva. Esta exigencia suplementaria no es otra que el principio mayoritario cuyo análisis ocupará el próximo capítulo.

CAPÍTULO II: EL APOYO DE LA EXIGENCIA MAYORITARIA

En ambos países, la legitimidad del convenio se apoya, en última instancia, sobre una exigencia mayoritaria que así, se constituye, en materia de negociación colectiva, en un complemento o un correctivo del carácter de representativo. El análisis comparado de la exigencia mayoritaria se revela pertinente desde dos perspectivas.

Por una parte, permite poner de relieve que su aplicación puede revestir distintas y variadas modalidades. Concretamente, el derecho español estableció desde la entrada en vigor del ET, una doble exigencia de mayoría: previamente al inicio del proceso de negociación efectiva y durante la adopción del convenio. Se trata de la legitimación plena y de la legitimación de decisión, respectivamente. Las condiciones de su aplicación muestran igualmente que pretende medir una verdadera mayoría aunque no lo consiga realmente. En Francia, la introducción de la exigencia de mayoría se ha realizado paulatinamente para generalizarse en la última de reforma de 2008. Interviene en el momento de la conclusión del convenio y se presenta como una condición de validez. En cualquier caso, se trata de una mayoría relativa que mezcla la apreciación de las voluntades a favor o en contra.

Por otra parte, desde el punto de vista sistemático, el estudio del derecho español permite subrayar que el dispositivo francés disponía de todas las herramientas para reforzar la legitimidad del convenio sin poner en jaque la acción sindical y transformar el concepto y las funciones de la representatividad.

SECCIÓN I: La exigencia mayoritaria como condición de validez de la negociación y de la conclusión del convenio colectivo estatutario en España

La exigencia mayoritaria guía el proceso de constitución de la comisión de negociación (art. 88 ET). Dicha comisión es el “órgano” encargado de negociar, de forma exclusiva, un convenio estatutario. También aparece una vez más durante el proceso de adopción del convenio y garantiza que la mayoría de los negociadores lo firme. En definitiva, el derecho español aplica la exigencia mayoritaria a los negociadores y a los firmantes del convenio.

§ 1: Los intereses mayoritarios representados en la comisión de negociación

La característica esencial de la comisión de negociación reside en su función normativa, pues determina condiciones de trabajo que se aplican de forma imperativa y automática a los contratos de trabajo.

Su composición es bilateral y distingue entre los representantes de los trabajadores, que constituyen el banco social, y el empresario o sus representantes, que constituyen el banco patronal o económico. Así, emana de la comisión, no la voluntad de un órgano *ad hoc*, sino más bien la voluntad de cada banco contemplado aisladamente. En este sentido, no tiene personalidad jurídica y se disuelve al final de las negociaciones.

Su validez se condiciona al cumplimiento de varias exigencias. En primer lugar, sus miembros han de poseer la legitimación inicial y respetar una exigencia de mayoría. Esta última constituye la condición fundamental de la legitimación plena o de negociación que justifica la eficacia del convenio.

En segundo lugar, aunque la exigencia mayoritaria supone el hilo conductor del proceso de formación de la comisión, existen otras. Así, el número de sus miembros conoce limitaciones (13 en el ámbito empresarial y 15 en los ámbitos superiores), debe ser respetado el derecho de formar parte de la comisión reconocido a los sujetos dotados de legitimación inicial, y finalmente, su composición debe permitir una representación proporcional de las fuerzas sindicales. Estas tres exigencias conducen de hecho a contemplar la dimensión sindical de la comisión y no se relacionan directamente con la eficacia del convenio.

Con el fin de tratar estas cuestiones, distinguiremos el ámbito de negociación y terminaremos por formular observaciones generales relativas a la organización y al funcionamiento de la comisión una vez constituida.

Por lo que se refiere al ámbito sectorial del grupo de empresas o interprofesional, el derecho a formar parte de la comisión impide la exclusión de organizaciones dotadas de legitimación inicial que han manifestado su voluntad de participar en el proceso de negociación. Garantiza la obtención de, al menos, un puesto en el seno de la comisión.

La exigencia mayoritaria permite que las organizaciones sindicales representen a la mitad más uno de los representantes del personal elegidos en el ámbito del convenio.

Para esquivar la imposibilidad de constituir válidamente la comisión cuando no se han celebrado elecciones permitiendo el cómputo de representantes o cuando no existen asociaciones empresariales legitimadas, las nuevas reglas introducidas por la reforma de 2011 prevén la intervención de las organizaciones profesionales más representativas en el ámbito estatal e interprofesional. Por lo tanto, el dispositivo legal garantiza la puesta en marcha de un proceso de negociación en todos los sectores independientemente de la existencia de sujetos dotados de legitimación en el ámbito que se considere.

La última etapa consiste en proceder a la repartición de los puestos de la comisión entre las diferentes organizaciones que la pueden integrar. Esta repartición se realiza mediante la aplicación del principio de proporcionalidad representativa.

Resulta interesante insistir sobre el tratamiento de los sindicatos representativos por irradiación. En efecto, el dispositivo garantiza su participación sin alterar la necesidad por la comisión de representar la mayoría de los representantes del personal. Así, se concilia la presencia de sindicatos fuertes e institucionalizados y la imprescindible conexión entre representantes y representados.

Por lo que se refiere al ámbito empresarial, se constatan varias peculiaridades.

Primero, del lado patronal, el empresario puede intervenir directamente sin necesidad de representantes. Sin embargo, las mayores dificultades surgen cuando se trata del banco social. El artículo 88.1 párrafo 1 ET dispone que se compone de los “*representantes de los trabajadores*” y opera un reenvío al artículo 87.1 ET. Las especificidades del proceso de constitución de la comisión residen, así, en la intervención de la representación unitaria o de las secciones sindicales, y no de los sindicatos.

En este contexto, el derecho a formar parte de la comisión no es aplicable. Si negocia la representación unitaria, sus miembros no pueden invocarlo de forma individual. Si negocian las secciones sindicales, veremos que las modalidades de apreciación de la exigencia mayoritaria, entre otros argumentos, conducen a su inaplicación.

En efecto, para constituir válidamente la comisión de negociación, las secciones sindicales “*en su conjunto*” deben sumar “*la mayoría de los miembros del comité*”, y en su caso, la de los DP. Por lo tanto, cada sección ha de aportar un elemento positivo que permita alcanzar esta mayoría. Así, la sección sindical de un sindicato más representativo, esencialmente mediante la técnica de la irradiación, que no cuenta con

representantes del personal no puede invocar el derecho a formar parte de la comisión de negociación.

La referencia a la representación unitaria plantea la cuestión de saber qué ocurre cuando ésta no existe. Contrariamente al nivel sectorial, la reforma de 2011 no ha establecido un mecanismo alternativo para determinar los negociadores, de modo que, en las empresas sin representación unitaria, no se puede negociar convenios colectivos. Sin embargo, conviene observar que el dispositivo legal ofrece otros instrumentos de negociación colectiva que permiten, paradójicamente, la inaplicación del convenio de ámbito superior.

La negociación de convenio de franja en el ámbito empresarial constituye, de hecho, la única excepción a la hegemonía del criterio de la audiencia electoral según el resultado de las elecciones de la representación unitaria. Las secciones sindicales están expresamente designadas por la mayoría de los trabajadores afectados mediante un “*voto personal, libre, directo y secreto*” (art. 87.1 párrafo 4 ET).

En todo caso, desde la reforma de 2011, no hay duda alguna de que el nuevo artículo 88.1 ET garantiza la aplicación del principio de proporcionalidad representativa a los procesos de constitución de todas las comisiones de negociaciones, incluso cuando negocia la representación unitaria a fin de reflejar el paisaje sindical en su seno.

Sin embargo, su aplicación se distingue del nivel sectorial por tres motivos. Primero, el principio de proporcionalidad se aplica estrictamente y no se ve afectado por el derecho a formar parte de la comisión. Después, los criterios y el marco de apreciación de la audiencia electoral han de sufrir adaptaciones que, sin embargo, no afectan substancialmente a la lógica inherente al ámbito sectorial. Finalmente, aparecen numerosas dificultades cuando pretenden negociar las representaciones sindicales y sobre todo unitarias constituidas en los centros de trabajo de una empresa de estructura compleja.

Por lo que se refiere a la organización y al funcionamiento de la comisión constituida, conviene apuntar, ante todo, que su composición no ha de respetar un principio de paridad. Sus miembros físicos son designados por las organizaciones que poseen puestos en la comisión proporcionalmente a su representatividad en el ámbito considerado.

A partir de la combinación de los artículos 88.3 y 88.5 ET, las partes legitimadas durante la designación de su miembro y/o la comisión constituida, establecen los

instrumentos que regularán su actuación. Tres figuras están explícitamente contempladas. Un secretario interviene para consignar y firmar los actos de la comisión. También puede ser designado un presidente que es miembro o no de la comisión. Por último, las partes legitimadas pueden recurrir a asesores durante las deliberaciones. En cualquier caso, es conveniente señalar que el momento, la obligatoriedad y la libertad de designación de estas tres figuras pueden plantear algunos conflictos.

Conclusión § 1

La validez de la comisión de negociación, entendida como « órgano » específico de negociación, constituye una etapa central e imprescindible para llevar a cabo un proceso de negociación de un convenio estatutario.

Su composición se rige por tres ideas. Primero, debe cumplir una exigencia de mayoría que se verifica, por lo tanto, con anterioridad a la apertura de las negociaciones. Segundo, el principio de proporcionalidad representativa permite reflejar la diversidad sindical y respetar las relaciones de poder. Tercero y como consecuencia, resulta pertinente subrayar la dimensión sindical de la comisión de negociación que se relaciona, por lo tanto, con el derecho de libertad sindical

En cualquier caso, no se pueden negar la complejidad jurídica y las dificultades prácticas que rodean su constitución.

§ 2: Las modalidades de adopción del convenio colectivo: el modelo de cómputo de los votos y el marco de referencia de la apreciación de la representatividad

El artículo 89.3 ET dispone que “*los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones*”. Se trata, por lo tanto, de una mayoría de compromiso que atribuye la denominada legitimación de decisión. Este precepto aparentemente simplista produce, sin embargo, numerosas dificultades que merecen formular algunas aclaraciones.

Para comenzar, conviene admitir que se trata de una mayoría absoluta en el seno de cada bando de la comisión.

En segundo lugar, la forma de cómputo de los votos de cada representación, especialmente de la representación social, es objeto de controversias doctrinales. En efecto, se puede considerar que se computa el voto personal de cada miembro de la

representación considerada o que se valora el porcentaje de representatividad obtenido por las organizaciones representadas según el principio de proporcionalidad. Salvo excepciones concretas y contadas, predomina el modo de cómputo proporcional de los votos que se refiere a la representatividad de los miembros y matiza la radicalidad de su número en la comisión.

En tercer lugar, la determinación del marco de referencia de la representatividad puede tomar como referencia el conjunto de los representantes unitarios en el ámbito del convenio, es decir, la representatividad real, o únicamente los representantes unitarios aportados por las organizaciones que integran la comisión. Esta última opción ha sido aceptada por la jurisprudencia y cuenta con varios argumentos a su favor. No obstante, desemboca en situaciones poco satisfactorias, especialmente cuando las organizaciones presentes en la comisión reúnen por muy poco la legitimación plena. En efecto, puede ocurrir que el convenio sea aprobado por una mayoría corta de organizaciones que representan a una mayoría corta de representantes unitarios. Por consiguiente, el vínculo entre los trabajadores afectados y los representantes que firman el convenio sufre una distorsión importante.

CONCLUSIÓN SECCIÓN I

El derecho español recurre en dos momentos distintos a la aplicación de la exigencia mayoritaria. Previamente al inicio de las negociaciones sobre el fondo, condiciona la validez de la comisión de negociación y justifica la eficacia general del convenio colectivo, así como permite el reconocimiento de la legitimación plena que se suele atribuir a cada banco y no a cada organización que lo integra. Asimismo, la exigencia mayoritaria se inscribe en un proceso más amplio relativo a la formación de la comisión de negociación en el cual intervienen otras exigencias íntimamente ligadas a la dimensión sindical de dicha comisión.

La exigencia mayoritaria entra en juego una vez más durante la adopción del convenio. Conviene subrayar que se aprecia sobre las voluntades expresadas en el seno de la comisión. Por lo tanto, el dispositivo español limita la aplicación de la exigencia de mayoría, entendida como instrumento de conexión entre representantes y representados, a la determinación de los negociadores del convenio.

En cualquier caso, la existencia de la comisión de negociación constituye una singularidad del dispositivo español que plantea problemas jurídicos y prácticos

considerables y que, al menos desde un punto de vista puramente teórico, tiene dificultades para garantizar que los firmantes del convenio representen a la mayoría de los trabajadores afectados.

SECCIÓN II: La exigencia mayoritaria como condición de validez de la conclusión del convenio en Francia

En la concepción tradicional de la negociación colectiva en la cual el sindicato representativo expresa el interés colectivo de la profesión y la negociación era sinónimo de mejora, la exigencia mayoritaria no tenía cabida y resultaba innecesaria.

Lógicamente, la multiplicación de las funciones de la negociación colectiva ha conducido a la ley a reforzar la legitimidad de los firmantes de los convenios colectivos. En este contexto, la introducción de la exigencia mayoritaria parecía inevitable.

§ 1: La doble declinación de la exigencia mayoritaria en los convenios negociados por sindicatos o delegados sindicales

El derecho positivo es el fruto de una evolución paulatina, pero cierta, iniciada en el año 1982. Se introduce por vez primera en hipótesis determinadas (si se trata de acuerdos derogatorios) y con estrictas condiciones, la exigencia mayoritaria, bajo la forma de un derecho de oposición a los sindicatos representativos mayoritarios no firmantes. Por lo tanto, su ejercicio conlleva la anulación del convenio.

La reforma de 2004 marca una ruptura importante. Por un parte, generaliza la mayoría de la oposición a todos los convenios colectivos y flexibiliza sus condiciones de aplicación. En los ámbitos interprofesional y sectorial, la ley establece una oposición aritmética que condiciona la validez del convenio a la ausencia de oposición de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito del convenio. En el ámbito empresarial, se trata de una oposición apreciada respecto a la audiencia electoral de los sindicatos en las últimas elecciones profesionales. Observamos que se computan los votos respecto a los votos emitidos, y no como en la legislación anterior, respecto a los inscritos. Por otra parte, abre la puerta a la instauración de una mayoría de compromiso bajo la siguiente idea: el dispositivo legal es supletorio, excepto para el ámbito interprofesional, lo que permite a los negociadores de ámbito sectorial establecer en este ámbito pero igualmente para las empresas afectadas, una mayoría de compromiso. En

cualquier caso, el dispositivo nacido de la reforma 2004 se caracteriza por su complejidad poco propicia al fomento de la negociación y a su concreción práctica.

La reforma de 2008 procede a la consagración de la mayoría de compromiso de los firmantes mediante la suma de su audiencia electoral en las últimas elecciones profesionales. En los ámbitos interprofesional (art. L.2232-2 CT) y sectorial (art. L. 2232-6 CT), se computan los votos de los distintos sindicatos representativos firmantes respecto a los votos emitidos a favor de todos los sindicatos representativos, lo que excluye la apreciación del conjunto de los votos emitidos. En el ámbito empresarial (art. L. 2232-12 CT) o de grupo (art. L. 2232-34 CT), los resultados de los sindicatos firmantes se aprecian respecto a los votos emitidos en la primera vuelta de las últimas elecciones a representantes de los trabajadores. Resulta pertinente observar que, consciente de las dificultades inherentes al sistema de dos vueltas, la ley prevé que los resultados sean apreciados sea cual sea el número de votantes.

En cualquier caso, independientemente del ámbito considerado, se trata de una mayoría relativa, pues los sindicatos deben alcanzar un umbral del 30%. Consecuentemente, la peculiaridad del sistema francés reside en la posibilidad de los sindicatos que suman, en el mismo marco, un umbral del 50%, de ejercer su derecho de oposición. En definitiva, la exigencia mayoritaria en términos estrictos, se ejerce mediante una mayoría de oposición posterior a la firma del convenio. Sin embargo, es previsible que el tiempo conduzca al establecimiento de un umbral del 50% para constituir una mayoría de compromiso. De cualquier forma, la exigencia mayoritaria se aprecia respecto a los firmantes del convenio y no respecto a sus negociadores.

Finalmente, es importante resaltar que la parte patronal no está sometida al cumplimiento de una exigencia de mayoría.

§ 2: Las condiciones de conclusión de los acuerdos negociados por representantes distintos a los DS

Cuando negocian los representantes del personal, un trabajador acreditado por un sindicato o un RSS, lo que excluye la aplicación de la regla legal de mayoría, la ley establece un segundo mecanismo de control que varía según el negociador subsidiario considerado.

Los representantes del personal permanecen sometidos a la exigencia mayoritaria en el momento de adopción del convenio, pues debe ser firmado por

representantes del personal que cuenten con “*la mayoría de los votos expresados durante las últimas elecciones profesionales*”. La configuración de la exigencia mayoritaria resulta pues más estricta respecto a la mayoría relativa prevista cuando negocia el sindicato. Este recelo, de conformidad con la lógica francesa, reticente a favorecer la capacidad convencional a los representantes del personal y promotora de la intervención sindical, tiene una segunda manifestación. En efecto, la validez del acuerdo queda sometida a su aprobación por la comisión paritaria de sector, compuesta de organizaciones sindicales y patronales (art. L. 2232-22 CT).

El convenio firmado por los negociadores subsidiarios de carácter sindical debe, a la inversa, someterse a la aprobación directa de los trabajadores de la empresa mediante referéndum (por el RSS, art. L. 2232-14; por el trabajador acreditado, art. L. 2232-27 CT). El derecho español recurre a la técnica del referéndum también en materia de negociación de franja. No obstante, contrariamente al derecho francés, el referéndum permite elegir a los negociadores.

Conclusión SECCIÓN II

El análisis del dispositivo francés ha permitido subrayar cuatro aspectos.

En primer lugar, la multiplicación de las funciones de la negociación colectiva y el aumento de convenios menos favorables han favorecido fuertemente la ineluctable consagración de la exigencia mayoritaria.

En segundo lugar, dicha exigencia constituye una condición de validez del convenio y se valora respecto a sus firmantes.

En tercer lugar, los umbrales legales y la existencia de un derecho de oposición constituyen los frutos de la evolución de la exigencia mayoritaria en el dispositivo legal francés.

En cuarto y último lugar, las condiciones de apreciación de la mayoría en los convenios firmados por negociadores subsidiarios, resultan más estrictas pues garantizan el asentimiento de la mayoría absoluta de los trabajadores.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO II

Indudablemente, la exigencia mayoritaria irriga ambos dispositivos. Sin embargo, varias divergencias substanciales deben ser apuntadas.

Primero, el derecho francés no contempla ninguna exigencia respecto a la representación patronal. La concepción bilateral del derecho a la negociación colectiva en España constituye una clave de lectura pertinente.

Después, hay que admitir que las motivaciones que condujeron a la introducción de la exigencia mayoritaria son muy distintas. Mientras el derecho español liga su introducción a la eficacia general del convenio, el derecho francés pretende justificar la regresividad de los convenios colectivos.

Para terminar, el momento en el cual la mayoría se aplica, así como su apreciación respecto a la audiencia electoral, suponen otros puntos de desencuentro entre ambos dispositivos legales.

CONCLUSIÓN TÍTULO I

La identificación de los actores susceptibles de negociar y el análisis de las modalidades de aplicación de la exigencia mayoritaria nos llevan a afirmar que, en materia de negociación colectiva, el alcance del carácter representativo difiere entre ambos derechos y que la exigencia mayoritaria cumple funciones distintas.

La noción española de legitimación presenta, pues, un interés indubitable permitiendo distinguir la calidad de representativo y la facultad de emprender un proceso de negociación, e integrar la intervención de los representantes unitarios.

Conviene señalar que el criterio de la audiencia electoral cumple, hoy en día, un papel central en materia de negociación colectiva en ambos sistemas. No obstante, sus modalidades de apreciación presentan varias e importantes carencias. En este punto, consideramos que el derecho español sale mejor parado.

Ha de reconocerse que el derecho francés ha experimentado una profunda evolución en materia de representatividad sindical y en relación a la generalización de una peculiar exigencia mayoritaria.

En cualquier caso, resulta patente que ambos derechos pretenden favorecer y reforzar la legitimidad del convenio colectivo mediante una regulación legal de sus negociadores y de sus firmantes. El análisis de las relaciones entre la ley y el convenio colectivo durante su elaboración, demostrará que la legitimidad del convenio tiene un precio y se inscribe en una lógica más global.

TÍTULO II: LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA RELATIVA AL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO

El punto de partida del análisis aquí vertido reconoce la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio colectivo. Así, conforme a la distinción clásica, la ley puede presentar un carácter imperativo, lo que imposibilita al convenio colectivo establecer reglas contrarias, o un carácter “dispositivo”, que permite al convenio apartarse de las disposiciones legales.

En derecho laboral, dicha distinción ha de ser matizada ya que, por una parte, la imperatividad de la ley integra el desequilibrio substancial de las relaciones de trabajo y, de conformidad con la vocación tuitiva del derecho del trabajo, presenta un carácter relativo que permite al convenio mejorar lo que el derecho español denomina derecho necesario y el derecho francés, las disposiciones de orden público. Y por otra parte, el carácter dispositivo de la ley no responde a una noción homogénea y permite aglutinar varios mecanismos de relación entre la ley y el convenio que difieren de la imperatividad.

Al margen de esta perspectiva estática de las relaciones entre ley y convenio, el propósito de este título reside en subrayar una tendencia legal común a ambos países, según la cual la ley reduce el ámbito de aplicación de sus disposiciones imperativas. La perspectiva comparada conduce, sin embargo, a observar que las concreciones de esta tendencia se realizan mediante técnicas y en unos contextos históricos y jurídicos diferentes.

En cualquier caso, el retroceso de la imperatividad de la ley ilustra con fuerza las transformaciones de las funciones de la negociación colectiva entre las cuales las de gestión y de adaptación salen reforzadas.

CAPÍTULO I: LA AUTORIDAD DE LA LEY COMO PUNTO DE PARTIDA Y LA FUNCIÓN ORIGINARIA DE MEJORA DEL CONVENIO

Las relaciones entre la ley y el convenio desembocan en la determinación del convenio en la jerarquía de las normas. Sin poner en cuestión la naturaleza contractual del convenio, el concepto de jerarquía normativa resulta pertinente a nivel metodológico, dado que permite subrayar la superioridad de la ley que permanece, de este modo, libre de adoptar varias opciones.

El marco constitucional relativo al derecho a la negociación colectiva influye profundamente sobre el dispositivo legal regulador de las relaciones entre ley y convenio. Sin lugar a dudas, mantiene al convenio colectivo bajo la autoridad de la ley.

El desarrollo legislativo da cuenta de esta autoridad. Sin embargo, desde su origen, contempla una excepción a la autoridad de la ley que permite al convenio mejorar las disposiciones legales y, conseqüidamente, alterarlas. La perspectiva comparada del trabajo nos conducirá a observar que el momento en el cual los dos dispositivos tratan de esta función de mejora, difiere.

SECCIÓN I: Los fundamentos de la superioridad jerárquica de la ley

En el plano constitucional, los derechos francés y español no regulan de manera explícita las relaciones entre la ley y el convenio colectivo. Ahora bien, ambas constituciones atribuyen a la ley la misión de definir y regular el sistema de negociación colectiva.

En el seno legal, las nociones de orden público y de derecho necesario se refieren directamente a la superioridad de la ley.

§ 1: La superioridad de la ley en el marco constitucional

La superioridad de la ley sobre el convenio colectivo se deduce de su competencia para regular el sistema de negociación colectiva. Sin embargo, conviene insistir en que, debido a las concepciones del derecho a la negociación colectiva, el alcance de esta superioridad varía.

En España, la superioridad de la ley no significa un margen de actuación ilimitada. La combinación de los artículos 37.1 y 53.1 CE conduce a admitir que la intervención de la ley debe encontrar un equilibrio entre su misión de configurar el sistema de negociación colectiva y garantizar su realidad conforme a su contenido esencial. Se desprende, así, una relación de complementariedad entre la ley y el convenio que excluye un reparto de materias orientándose hacia una actuación conjunta sobre la totalidad de las materias vinculadas con las relaciones de trabajo. En definitiva, la superioridad jerárquica de la ley se combina con su limitación.

En Francia, el artículo 34 CF establece la competencia de la ley para definir los principios fundamentales del derecho del trabajo, del derecho sindical y de la seguridad social. Sin embargo, resulta interesante subrayar que dicha superioridad se manifiesta específicamente por la práctica legal avalada por el Consejo Constitucional, que consiste en reenviar al convenio el desarrollo de los principios establecidos por ley (DC nº 89-257 del 25 de julio de 1989). Luego, contrariamente al derecho español, las relaciones entre la ley y el convenio se organizan desde una dimensión vertical en la cual dos bloques independientes están jerarquizados. Recientemente, parece que los jueces constitucionales han abierto la puerta hacia otra perspectiva que, alejándose de la competencia legislativa, hace referencia a la libertad contractual de los interlocutores sociales en ejercicio del principio constitucional de participación de los trabajadores (DC nº 2002-465 del 13 de enero de 2003). De manera similar al derecho español, se contemplan limitaciones a la actuación de la ley. Sin embargo, la lógica tradicional permanece y la ley representa, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, la fuente de derecho estrella en el sistema francés.

Conclusión § 1

Conviene insistir en que el reenvío constitucional al poder legislativo para desarrollar el sistema de negociación colectiva reconoce implícitamente la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio. Pues bien, el próximo párrafo pretende analizar cómo la ley ha traducido dicha superioridad.

§ 2: La superioridad de la ley definida en el marco legal: la imperatividad de las leyes

Dos manifestaciones ilustran la superioridad de la ley. Por una parte, ésta impone un contenido mínimo y obligatorio al convenio con el fin de cualificarlo como tal y atribuirle una eficacia jurídica y personal específica. Por otra parte, y es lo que nos interesa, ambos países reconocen claramente la imperatividad de la ley sobre el convenio.

En España, consideramos que la superioridad de la ley deriva del artículo 85.1 ET relativo al contenido de los convenios, que prevé que los interlocutores pueden determinar sus condiciones de trabajo “*dentro del respeto a las leyes*”. Por consiguiente,

las jurisprudencias constitucionales y judiciales evocan el necesario respeto del convenio al derecho necesario establecido por ley. Esta noción de derecho necesario corresponde a las leyes imperativas e implica paralelamente el reconocimiento de otros tipos de leyes de las cuales el convenio puede apartarse.

En Francia, la superioridad de la ley se desprende del artículo L. 2251-1 *in fine* CT (anc. art. L. 132-4), según el cual los convenios y acuerdos colectivos “[...] *no pueden contravenir (¿derogar?) a las disposiciones de orden público*” de las leyes y reglamentos. La noción de orden público implica la posibilidad del convenio de apartarse o de modificar las disposiciones legales que revisten, por lo tanto, un carácter imperativo.

En todo caso, paradigma de esta superioridad, ambos derechos establecen un ámbito de exclusión de la negociación colectiva que no puede intervenir. Denominados derecho necesario absoluto en España y orden público absoluto en Francia, se refieren esencialmente a la garantía de intereses generales y a la estructura del derecho del trabajo y no afectan substancialmente a la determinación de las condiciones de trabajo.

En efecto, en esta última cuestión surge la originalidad constitutiva del derecho del trabajo y de la negociación colectiva, según la cual, los convenios colectivos pueden mejorar las disposiciones legales.

SECCIÓN II: La originalidad del derecho del trabajo: la imperatividad relativa de la ley

Los dispositivos legales español y francés establecen un mecanismo singular que hace posible a los convenios colectivos modificar, alterar o derogar la ley, a partir del momento que resulta más favorable a los trabajadores. Este mecanismo se refiere al orden público social en Francia y a los mínimos de derecho necesario en España y se orienta indudablemente hacia el progreso social.

Sin embargo, surge una divergencia importante entre ambos dispositivos. En efecto, mientras el derecho francés prevé explícitamente esta regla durante la elaboración del convenio, el derecho español se refiere a ella en el momento aplicativo. En este contexto, el principio de favor constituye una clave interpretativa para extraer la lógica de los derechos francés y español.

§ 1: Los fundamentos de la imperatividad relativa

En Francia, hemos visto anteriormente que el artículo L. 2251-1 *in fine* CT (anc. art. L. 132-4) fundamenta la superioridad de la ley. Ahora bien, dicho artículo enuncia también en primer lugar que “*el convenio y el acuerdo colectivo de trabajo pueden comportar disposiciones más favorables a los trabajadores que las de las leyes y reglamentos en vigor [...]*”. Esta regla, sin duda alguna, se refiere a la elaboración del convenio y corresponde a la noción de orden público social.

El Consejo de Estado, en 1973, convierte esta regla en principio general del derecho del trabajo, lo que implica que su aplicación y su realidad dependen exclusivamente de una opción legal. Por otro lado, se trata de un mecanismo de integración de la figura convencional en el orden jurídico estatal y de fundamentación de la capacidad normativa de los interlocutores sociales. En cualquier caso, se contempla como un ajuste o un acondicionamiento del principio de jerarquía, que no lo pone en cuestión.

En España, la mayoría de la doctrina fundamenta la capacidad de los negociadores de pactar disposiciones que mejoran las de la ley, en el artículo 3.3 ET. Sin embargo, este artículo reconoce en realidad dos reglas: la norma mínima y la norma más favorable. Por lo que nos interesa, el principio de norma mínima implica que las disposiciones legales de que se trate, presenten un carácter imperativo relativo, es decir, que se configuren como mínimos de derecho necesario. En este supuesto, el convenio colectivo puede actuar con el fin de mejorar el contenido de la ley. La doctrina alude, así, a una relación de *suplementariedad* entre la ley y el convenio.

En cualquier caso, resulta patente que el artículo 3.3 ET alude al momento aplicativo y prevé explícitamente una regla legal de conflictos entre la ley y el convenio.

§ 2: La imperatividad relativa como una de las opciones ofrecidas a la ley

Una mirada cruzada de ambos dispositivos demuestra una interdependencia entre el momento de elaboración del convenio y el de su aplicación. Ahora bien, esta interdependencia conduce a señalar que las relaciones entre la ley y el convenio encierran un grado de complejidad mayor por el cual la imperatividad relativa constituye una de las opciones ofrecida a la ley.

En España, el artículo 3.3 ET juega en el momento de aplicación del convenio como una regla de resolución de conflictos normativos. Concretamente, se refiere a la aplicación acumulada del principio de norma mínima y de la regla de la aplicación de la norma más favorable. Por lo tanto, implica la existencia de una disposición legal dotada de carácter imperativo tratándose, pues, de un precepto parcial que no puede contemplar el conjunto de las modalidades de relación entre la ley y el convenio. En cambio, el artículo 85.1 ET se circunscribe al momento de elaboración del convenio y se limita, de manera neutra, a afirmar que el convenio ha de respetar la ley. En definitiva, las normas legales marcan un mínimo si así lo deciden conforme a su capacidad de auto-configurarse.

En Francia, de acuerdo a la concepción de la negociación colectiva como derecho de los trabajadores y a la función protectora de la ley, el orden público social juega un papel importante desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo. Sin embargo, no deja de ser una opción legislativa, pues la ley puede ponerlo en jaque. Esta posibilidad se concreta por la pérdida del carácter imperativo de la ley. En cualquier caso, el orden público social actúa claramente durante el momento de la elaboración del convenio. La ley no contempla el momento de la aplicación del convenio. La jurisprudencia intervino para colmar este vacío y enuncia el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador (Cass. Soc. de 17 de julio de 1996).

Conclusión SECCIÓN II

El orden público y los mínimos de derecho necesario ilustran la singularidad del derecho del trabajo que permite a los convenios colectivos mejorar, por principio, las disposiciones legales. Sin embargo, están fuertemente conectados con el momento de aplicación del convenio. Esta doble perspectiva recuerda sin duda al principio de favor.

De cualquier modo, es pertinente subrayar que el derecho francés evoca esta lógica en el momento de creación del derecho, lo que puede conducir a pensar que constituye un mecanismo general conforme a la concepción del derecho a la negociación colectiva, si bien conviene admitir que se trata, como en derecho español, de una facultad de la ley que puede optar por otro mecanismo.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO I

Es indudable que la imperatividad relativa representa el signo peculiar del derecho del trabajo e ilustra la función originaria del convenio colectivo de mejora de las disposiciones legales. Sin embargo, la superioridad de la ley sobre el convenio conlleva su capacidad de auto-configurarse, es decir, de definir ella misma su intensidad y su fuerza de aplicación sobre el convenio.

CAPÍTULO II: LA AUTOLIMITACIÓN DE LA LEY COMO TENDENCIA ACTUAL Y LAS FUNCIONES DE ADAPTACIÓN Y DE GESTIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

La intervención del convenio colectivo que no produce una mejora de las condiciones de trabajo previstas en la ley, implica entonces, que el convenio desempeña otras funciones, especialmente de adaptación y de gestión. En este marco, la actuación de ley juega un papel decisivo en el reparto y en el predominio de las distintas funciones del convenio. El propósito de este capítulo es demostrar que la evolución de la ley en ambos países produce un debilitamiento de la función de mejora del convenio y un reforzamiento de sus nuevas funciones.

Varios aspectos han acompañado esta transformación. Desde el punto de vista social y político, los poderes públicos han asociado los interlocutores sociales a la elaboración de las leyes laborales y a sus desarrollos. Desde el punto de vista económico, el incremento de la negociación colectiva consiste en favorecer la flexibilidad del derecho del trabajo. Y desde el punto de vista jurídico, esta tendencia opera mediante el retroceso de la imperatividad relativa de las leyes que permite paralelamente aumentar el margen de libertad del convenio colectivo.

A fin de contemplar estas cuestiones, trataremos de las manifestaciones del aumento de la libertad convencional respecto a la ley y de la finalidad de esta política legal.

SECCIÓN I: Las manifestaciones del desarrollo de la negociación colectiva

La multiplicación de las funciones de la negociación colectiva se realiza mediante la diversificación del carácter de las disposiciones legales y consecutivamente

de los modelos de relaciones entre las leyes y los convenios. Es conveniente distinguir estos modelos según el momento en el cual interviene la negociación colectiva.

§ 1: La intervención de la negociación colectiva con anterioridad a la elaboración de la ley como reflejo de su función legislativa

En ambos países, la negociación colectiva puede intervenir previamente a la ley. Los interlocutores sociales preparan y acompañan las reformas legislativas y son asociados al proceso de elaboración de la ley. En esta materia, la terminología resulta compleja por heterogénea pero igualmente a causa de la perspectiva comparada del trabajo. Nos referiremos al concepto de diálogo social para contemplar la asociación de los interlocutores sociales a la elaboración de las leyes

En derecho positivo, el diálogo social no goza del mismo tratamiento puesto que, mientras en Francia, una ley de 2007 consagra y generaliza esta práctica, en España, el silencio legal es patente y el diálogo social constituye una práctica arraigada en la tradición española. Esta constatación choca con el alcance de la autonomía colectiva reconocido en ambos países. Sin embargo, la realidad demuestra que esta divergencia resulta anecdótica pues, en ambos países, el poder político conserva la última palabra. De hecho, la vitalidad y la efectividad de la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de las leyes se encuentran condicionadas a otras variables de carácter histórico, político y económico.

Conclusión § 1

Indubitablemente, el diálogo social permite reforzar la legitimidad y la efectividad de la ley y así favorecer un marco jurídico, social y económico más estable. Sin embargo, la ley no puede huir de su responsabilidad y de su función originaria. En este sentido, es una pena que, hoy en día, la ley busque legitimidad en la asociación de los interlocutores sociales para adoptar medidas regresivas.

§ 2: La variedad de las modalidades de intervención de la negociación colectiva con posterioridad a la elaboración de la ley como reflejo del retroceso de la imperatividad relativa

Según la distinción clásica, junto a las normas imperativas, se encuentra otro tipo de normas denominadas dispositivas. En derecho del trabajo, el establecimiento de una tipología de leyes resulta extremadamente difícil. En cualquier caso, la perspectiva del trabajo obliga a prestar atención a los objetivos perseguidos por la ley y al mecanismo previsto, más que a los términos empleados.

Al margen de la imperatividad relativa, pueden ser detectadas tres modalidades de relación entre la ley y el convenio. En primer lugar, la ley establece los principios y el marco general y encomienda al convenio su desarrollo. Hablaremos de una relación de complementariedad que se acerca a la relación entre la ley y el reglamento. En segundo lugar, la ley establece un dispositivo completo que se puede aplicar directamente, sin embargo, permite al convenio colectivo apartarse de este dispositivo y establecer su propia regulación. Esta modalidad de relación corresponde a una relación de supletoriedad. En tercer lugar, la ley reenvía simple y puramente al convenio colectivo la misión de definir un aspecto de las relaciones de trabajo sin establecer sus elementos básicos. Denominamos esta modalidad de relación como relación de “pura dispositividad” o de deslegalización.

En cualquier caso, es conveniente señalar que la transposición de este marco teórico a las realidades jurídicas francesa y española no siempre resulta fácil. La clasificación del acuerdo derogatorio francés representa el paradigma de estas dificultades.

Conclusión § 2

En este punto, es posible resaltar cuatro aspectos.

En primer lugar, el análisis de ambos dispositivos demuestra la gran variedad de relaciones que pueden mantener la ley y el convenio.

En segundo lugar, la determinación del carácter de ley sigue siendo una operación delicada cuando su formulación no lo aclara debidamente. Los imperativos de seguridad jurídica y el interés de delimitar con exactitud el ámbito de actuación del

convenio constituyen, sin embargo, argumentos de peso para obligar a la ley a pronunciarse de manera clara.

En tercer lugar, la relación de complementariedad entendida en sentido estricto ha constituido la base del reconocimiento de la capacidad normativa de los interlocutores sociales en Francia.

En cuarto lugar, consideramos que las fronteras entre los acuerdos derogatorios del derecho francés y la supletoriedad limitada en España son borrosas y permeables, incluyendo de forma indiscutible una parte de imperatividad. Por otro lado, ambas técnicas persiguen la misma finalidad y pretenden aumentar el margen de maniobra de la negociación colectiva respecto a la ley. En realidad, las divergencias residen en el enfoque de partida. En Francia, de acuerdo a la lógica del orden público social, se puede considerar que el acuerdo derogatorio no altera la hegemonía de la imperatividad de la ley y representa una excepción limitada en la cual, la ley mantiene el control. En cambio, en España, el amplio reconocimiento de la autonomía colectiva permite a la ley no tener reparo en atribuirse un carácter distinto a la imperatividad relativa.

Conclusión SECCIÓN I

Queda patente que las relaciones entre la ley y el convenio en el momento creativo abarcan varias modalidades que traducen la diversidad de las funciones desempeñadas por la negociación colectiva. En cualquier caso, estas relaciones permanecen bajo la autoridad de la ley que, según su configuración, puede favorecer unas funciones determinadas en detrimento de otras.

SECCIÓN II: Los nuevos marcos de la negociación colectiva

Dos aspectos dirigen las políticas legales y favorecen el reforzamiento de las funciones de adaptación y de gestión de la negociación colectiva.

El primero de ellos, la noción de flexibilidad, entendida como el reforzamiento de la negociación colectiva y el retroceso de la ley, que procura presentarse como una repuesta a la pretendida rigidez del derecho del trabajo y como una solución a la problemática de la competitividad de las empresas.

El segundo aspecto consiste en que el empleo se ha convertido en un tema central de la negociación. El convenio ya no se refiere exclusivamente a las condiciones

de trabajo y de empleo sino que trata explícitamente del mantenimiento del empleo. El objeto de la negociación se desplaza por lo tanto del trabajador al trabajo.

En cualquier caso, estos dos aspectos se unen y se confunden pues la flexibilidad, que esconde varias acepciones, puede convertirse en un instrumento de mantenimiento del empleo y este último constituye un tema idóneo para el desarrollo de la contractualización del derecho de trabajo.

§ 1: El mito de la flexibilidad

La flexibilidad constituye una noción heterogénea objeto de discusiones doctrinales que varían según las épocas y el ámbito geográfico. En todo caso, se puede considerar que constituye una reivindicación patronal. En este párrafo, la acepción que asumimos permite contemplar las relaciones entre la ley y el convenio colectivo y concretamente el fenómeno que consiste en favorecer la emancipación convencional del marco legal.

En Francia, la figura del acuerdo derogatorio constituye el paradigma del movimiento de flexibilización del derecho del trabajo. El aumento constante del número de hipótesis en las cuales este acuerdo puede ser pactado, demuestra que la flexibilización del derecho sigue una evolución lenta pero cierta. Más allá, conviene señalar que la ley de 2008 inaugura un nuevo modelo en el cual el convenio se emancipa definitivamente y de manera absoluta del marco legal.

De todos modos, la flexibilización del derecho del trabajo, que pasa necesariamente por la existencia de funciones distintas a la función de mejora del convenio, plantea problemas de fondo. Tanto es así que, considerando que el poder normativo de los interlocutores sociales ha sido reconocido mediante esta función de mejora, la concepción tradicional del derecho a la negociación colectiva resulta incapaz de integrar las nuevas funciones de dicha negociación colectiva.

En España, la reforma de 1994 encarna una etapa importante de este proceso de emancipación del convenio colectivo. Efectivamente, ha multiplicado las leyes de carácter supletorio y ha procedido a la deslegalización de materias determinadas dejando en suspenso la realidad de los derechos considerados. Las últimas reformas y, específicamente, la reforma de 2012 superan esta problemática y atribuyen a la noción

de flexibilidad otra significación en la cual se observa, paradójicamente, el retorno de la ley que actúa, a partir de ahora, en detrimento de la negociación colectiva y a favor de los poderes del empresario.

Conclusión § 1

En conclusión, la flexibilidad entendida como el fomento de la negociación colectiva en detrimento de la ley plantea la cuestión de saber si la intervención del Estado pone trabas a la adaptabilidad de las relaciones laborales y al bienestar económico de las empresas. Se dibuja, por lo tanto, una profunda influencia liberal en la cual la contractualización del derecho del trabajo se convierte en una solución a la competitividad de las empresas. Sin embargo, implica una relación equilibrada entre los dos contrayentes que, sin duda alguna, no se encuentra en las relaciones colectivas de trabajo.

§ 2: Las relaciones de la ley y del convenio en materia de empleo

Sin duda alguna, el derecho del trabajo se ha convertido en una variable más de fomento del empleo. Concretamente la negociación constituye un instrumento clave en la materia.

La perspectiva comparada enseña que el tratamiento del tema del empleo no ha seguido exactamente el mismo camino en Francia y en España.

En Francia, el tema del empleo se encuentra de dos formas en los convenios colectivos. Por una parte, puede representar la justificación del proceso de negociación y del contenido del convenio colectivo. La negociación encuentra su razón de ser, su finalidad, en la voluntad de fomentar y de actuar sobre el empleo. Por otra parte, dicho tema del empleo puede ser el soporte de un compromiso empresarial. En este caso, la eficacia de este compromiso incluido en el convenio constituye una cuestión compleja. Consideramos que el régimen sancionador se limita a una lógica de indemnización de inspiración civilista y contractual aunque varias pistas pueden permitir reforzar el alcance y la fuerza de las cláusulas en materia de empleo.

En España, tradicionalmente los esfuerzos se han centrado, en vano, en reducir la dualidad del mercado de trabajo entre empleo estable y empleo precario. Sin embargo, las últimas reformas legales, y esencialmente la de 2012, se alejan de esta perspectiva cualitativa y enfocan cuantitativamente el empleo fomentando, cueste lo que cueste, su mantenimiento. Pues bien, la flexibilidad, contemplada en su dimensión interna, constituye el instrumento clave de este mantenimiento y el elemento director de las políticas legales actuales. En cualquier caso, la realidad de la pretendida “flexiseguridad” no permite suprimir las inquietudes consecutivas al fortalecimiento de los poderes empresariales.

Conclusión § 2

Es conveniente subrayar que, pese a estas tendencias fuertes, ambos derechos conocen cláusulas en materia de empleo desde el punto cualitativo y cuantitativo.

De forma más general, dichas cláusulas demuestran un nuevo modelo de negociación en el cual los trabajadores se ven obligados a aceptar concesiones cuya contraparte pretende ser el mantenimiento del empleo. Sin embargo, este intercambio se basa en la perspectiva o la probabilidad y se ve afectado por un contexto exterior en el cual el compromiso del empresario pierde toda su fuerza y su vigor.

Conclusión SECCIÓN II

El discurso sobre la flexibilidad o la pretendida flexiseguridad y la centralidad del tema del empleo en la negociación colectiva, ilustran las transformaciones de la negociación colectiva. Sin embargo constituyen conceptos borrosos que no cuadran con la dimensión protectora del derecho del trabajo y se focalizan sobre su dimensión económica. La hegemonía de estos conceptos en las políticas legales actuales produce así una legítima inquietud.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO II

La capacidad de autoconfiguración de la ley conduce a una diversidad de modelos de relación con el convenio colectivo. El carácter de las disposiciones legales constituye en todo caso una cuestión distinta a la superioridad jerárquica de la ley. El

predominio de uno o varios caracteres respecto a otros corresponde, por lo tanto, a una política legal.

Desde un plano comparativo, resulta interesante subrayar que, aunque constituyen figuras similares, la facultad legal de derogación en Francia y el carácter supletorio de la ley en España, son sintomáticos de la concepción de la negociación colectiva en ambos países. Ahora bien, la concepción española parece abarcar con más facilidad la diversidad de las relaciones entre la ley y el convenio que la francesa.

CONCLUSIÓN TÍTULO II

El análisis de ambos dispositivos en relación al contenido del convenio colectivo ha permitido poner de relieve la complejidad de las relaciones entre ley y convenio. La noción de flexibilidad y la negociación en materia de empleo han constituido, sin duda alguna, el marco conceptual en el cual se han diversificado las funciones del convenio y se ha concretado el retroceso de la ley

En cualquier caso, dicho retroceso es discutible, pues la ley ha de garantizar el equilibrio de las relaciones de trabajo que la negociación colectiva, a causa de su dimensión económica, tiene dificultad en mantener. En este contexto, consideramos que la combinación de la intervención legal y de la intervención convencional constituye una solución satisfactoria que permite tomar en cuenta las exigencias económicas y la protección de los trabajadores. Incumbe entonces a la ley encontrar este difícil equilibrio.

CONCLUSION PARTIE I

La identificación de las partes negociadoras y de las condiciones de conclusión del convenio así como el análisis del contenido del convenio mediante su margen de libertad respecto a la ley, constituyen dos cuestiones íntimamente ligadas. El estudio comparativo de ambos dispositivos demuestra que han seguido caminos distintos pero hoy en día presentan, en gran medida, un marco similar.

En Francia, la lógica del orden público social permitía dejar a un lado la legitimidad del convenio. Sin embargo el aumento de convenios regresivos facilitado por el retroceso de la ley, ha hecho necesario un fortalecimiento de dicha legitimidad. Así, la ley de 2008 modificó el alcance de la representatividad y generalizó la exigencia mayoritaria.

En España, la legitimidad del convenio ha sido una variable tomada en cuenta originariamente por la ley debido a la eficacia general del convenio colectivo. Por otra parte, la construcción del derecho del trabajo español que se realizó durante la crisis económica de los años ochenta y el reconocimiento de la concepción del derecho a la negociación colectiva, constituyen dos variables que explican la integración de funciones distintas a la de mejora por parte de la negociación colectiva.

En todo caso, en ambos derechos positivos se constata una tendencia caracterizada por el fomento de la negociación colectiva mediante un retroceso de la imperatividad relativa de la ley. No obstante, la ley conserva un papel decisivo y central a fin de identificar las partes negociadoras y de determinar las condiciones de conclusión del convenio. En definitiva, se trata de controlar el proceso de adopción del convenio para dar legitimidad a disposiciones sobre las cuales la ley reduce su influencia, es decir, la forma más que el fondo.

La segunda parte del trabajo consiste en demostrar que es la negociación de empresa la que ha salido beneficiada en gran medida por el fomento de la negociación colectiva.

PARTE II : LA INTERVENCIÓN DE LA LEY DURANTE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO : LOS MECANISMOS DE ARTICULACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS FUENTES APLICABLES A LAS RELACIONES DE TRABAJO

La aplicación del convenio colectivo se integra en un sistema jurídico complejo en el cual existe una variedad de fuentes de derecho que no emanan necesariamente del poder estatal. Podemos destacar las fuentes heterónomas, la autonomía individual y las manifestaciones de la negociación colectiva distinta al convenio colectivo. Esta densidad de fuentes plantea dificultades para determinar las disposiciones aplicables al trabajador. Se trata, por lo tanto, de contemplar los mecanismos legales de articulación entre estas distintas fuentes. Por otra parte, su rápida sucesión y la vitalidad del derecho del trabajo suscitan también problemáticas específicas. En este marco, conviene distinguir la sucesión de convenios colectivos y sus relaciones con las otras fuentes de derecho. Igualmente, las hipótesis de concurrencia o de concurrencia conflictiva constituyen dos situaciones que han de ser identificadas.

Nuestro propósito se divide en dos partes. Por un lado, analizaremos la articulación del convenio colectivo con las normas heterónomas europeas y estatales así como con el contrato individual de trabajo. Por otro lado, trataremos de la articulación de los convenios colectivos entre sí y con los distintos productos de la negociación colectiva.

Una aproximación crítica nos conducirá a subrayar que tradicionalmente, y de conformidad con la finalidad protectora del derecho del trabajo, ambos derechos recurrían ampliamente al denominado principio de favor que garantiza la aplicación de la disposición más favorable al trabajador. Sin embargo, una tendencia demuestra que este principio está puesto en jaque en hipótesis que no han dejado de multiplicarse para, finalmente convertir, en el mejor de los casos, la negociación de empresa en centro de gravedad de la determinación de las condiciones de trabajo.

TÍTULO I: LA ARTICULACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO CON LAS DEMÁS FUENTES

El derecho europeo tiene vocación de desempeñar un papel central en la elaboración de reglas aplicables a las relaciones de trabajo. Sin embargo, sus especificidades provocan recelo y escepticismo.

En los derechos internos, el principio de aplicación de la disposición más favorable al trabajador ha constituido tradicionalmente el mecanismo de articulación entre la ley, el convenio colectivo y el contrato individual de trabajo. La evolución actual de ambos derechos modifica esta visión aunque la intensidad de las modificaciones pueda variar. En cualquier caso, se observa una reducción del ámbito de actuación del principio de favor, cuya aplicación resulta ciertamente incompatible con la multiplicación de las funciones de la negociación colectiva.

CAPÍTULO I: LA ARTICULACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS CON LAS NORMAS HETERÓNOMAS

El derecho europeo y la negociación colectiva mantienen relaciones peculiares, distintas a las de los derechos nacionales. Veremos que el derecho europeo se limita a encomendar a los interlocutores sociales y a los mecanismos nacionales la elaboración de reglas aplicables de manera homogénea a los Estados miembros.

La articulación entre convenios colectivos y normas estatales se inscribe claramente en otro esquema. En primer lugar, la ley establece un marco en el cual se desarrolla la negociación colectiva y en el que una primera aproximación conduce a dar un papel central al principio de favor. Sin embargo, veremos que su aplicación está condicionada al momento creativo y depende del carácter de la ley.

En segundo lugar, el reglamento resulta ser la principal víctima de la existencia de la negociación colectiva. No obstante, sigue desempeñando un papel importante que puede, en nuestra opinión, seguir creciendo.

SECCIÓN I: Las aportaciones parciales del derecho europeo

Entre los objetivos de la Unión Europea se enuncia explícitamente el diálogo social, que se convierte en el instrumento de referencia de fomento de la política social.

Este concepto difiere de la negociación colectiva, que constituye una de sus modalidades de concreción, y se inscribe en una visión pacifista de las relaciones de trabajo.

En este marco se entiende el principio de subsidiaridad social según el cual, la intervención de los poderes públicos pasa a un segundo plano en beneficio de la actuación de los interlocutores sociales. Este principio conlleva una relación de complementariedad entre heteronomía y autonomía que influye con fuerza sobre las modalidades de relaciones en el momento creativo entre las normas europeas, las normas estatales, los convenios europeos y los convenios nacionales.

Así trataremos de la intervención de la negociación colectiva en la elaboración y el desarrollo de las directivas europeas y también, de la aplicación del convenio colectivo europeo en los estados miembros.

§ 1: La articulación entre directivas europeas y negociación colectiva

Dos tipos de encuentros entre la negociación colectiva y las directivas europeas pueden ser detectados.

Por una parte, los interlocutores sociales nacionales pueden sustituir a la intervención estatal y proceder a la transposición y al desarrollo de las directivas europeas. Cada Estado puede optar por encomendar a la negociación el desarrollo de la directiva (Art. 153.3 TFUE). En esta hipótesis, el convenio colectivo desempeña una función reglamentaria clásica por delegación de los estados miembros. Las instituciones europeas pueden igualmente prever la intervención directa de los interlocutores sociales nacionales. En todo caso, es conveniente señalar que los regímenes jurídicos español y francés favorecen este modelo de relación, pues garantizan la aplicación del convenio a un máximo de trabajadores mediante su eficacia personal general.

Por otra parte, los interlocutores sociales europeos pueden formar parte del proceso de elaboración de una directiva europea (art. 154.1 TFUE). Este proceso tiene lugar bajo el control de la Comisión europea y da lugar a acuerdos colectivos europeos limitados desde el punto de vista material y cuya eficacia reside en la directiva eventualmente adoptada.

En cualquier caso, hay que resaltar que la esencia del principio de favor resulta extraña a las relaciones entre directivas europeas y negociación colectiva.

§ 2: El desarrollo de los acuerdos autónomos europeos según las prácticas de los Estados y de los interlocutores sociales

El análisis de los acuerdos colectivos concluidos por los interlocutores sociales europeos nos conduce a observar que su aplicación en los estados miembros está condicionada a la adopción de un nuevo acuerdo en cada estado miembro. En efecto, el acuerdo procedente de un proceso de negociación libre o autónoma previsto en el artículo 155 TFUE, no posee eficacia normativa o general y no constituye, por lo tanto, una fuente de derecho.

Conclusión SECCIÓN I

En definitiva, el principio de subsidiaridad social provoca un tipo de relación específica, cerca de la complementariedad, que evita conflictos en el momento aplicativo y consecutivamente pone en jaque el juego del principio de favor. En todo caso, resulta paradójico que la negociación colectiva, elevada a instrumento central de constitución de un derecho del trabajo europeo, se vea limitada y sometida a las voluntades estatales o a las intervenciones de los interlocutores sociales nacionales. Más inquietante, la neutralización de los derechos de acción colectiva, sacrificados en nombre de las libertades económicas hegemónicas en nuestras instituciones europeas, impide, sin ningún lugar a dudas, el desarrollo de una negociación colectiva en un marco equilibrado de relaciones laborales.

SECCIÓN II: La articulación entre el convenio colectivo y las normas estatales

La aparición del convenio colectivo en el orden jurídico estatal implicó la definición de sus relaciones, en el momento aplicativo, con la ley y el reglamento, susceptibles de aplicarse a las mismas relaciones de trabajo.

El análisis de las relaciones entre la ley y el convenio, en el momento aplicativo, demostrarán que la aplicación del principio de favor depende del modelo de relaciones establecido en el momento creativo.

Las modalidades de articulación entre el reglamento y el convenio ilustran perfectamente las consecuencias de la erupción de la figura convencional en el orden jurídico estatal. En efecto, el ámbito de actuación del reglamento se ve perjudicado por

el papel del convenio colectivo sin desembocar, por lo tanto, en su desaparición total. Al contrario, la heterogeneidad de las relaciones entre la ley y el convenio puede llevar a fomentar y diversificar sus actuaciones.

§ 1: La articulación ley-convenio: de la aplicación de lo más favorable al trabajador a la aplicación preferencial de la norma convencional

Una primera aproximación nos lleva a observar que el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador goza de un reconocimiento importante. Así, el convenio colectivo se aplica preferentemente a la ley cuando resulta más favorable que esta última. Encontramos otra vez la función de mejora del convenio colectivo.

Sin embargo, es conveniente resaltar que sus fundamentos varían.

En España, la ley lo reconoce explícitamente en el artículo 3.3 ET que se refiere, esencialmente, a los conflictos entre normas legales y pactadas en el momento aplicativo. En Francia, la noción de orden público social, que se desprende del artículo L. 2251-1 CT, juega en el momento creativo. Pues bien, los jueces han establecido un principio que juega en el momento aplicativo. Así, cuando no se trata de objetos idénticos, el principio de la norma más favorable actúa y garantiza la aplicación de la disposición más favorable para el trabajador (Cass. Ass. Plén. de 18 de marzo de 1988). Se trata de un principio fundamental del derecho del trabajo cuya ejecución incumbe, así, a la ley (Cass. Soc. de 17 de julio de 1996).

Por otra parte, el método de apreciación de la norma más favorable encierra muchas dificultades relativas al perímetro y a la esfera personal de la comparación. Ante todo conviene observar que, a primera vista, los dispositivos difieren en la forma y en el fondo. En la forma, mientras la ley española establece un método de comparación, el silencio legal francés conduce a los jueces a actuar. En el fondo, los métodos establecidos no son iguales. En España, el artículo 3.3 ET prevé una comparación de lo más favorable “*para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables*”. En Francia, los jueces realizan una comparación global ventaja por ventaja. Sin embargo, ha de admitirse que cada dispositivo sufre atemperaciones que permiten su convergencia. Así, sin confundirse totalmente, reconocen una apreciación en gran medida analítica, que se refiere a bloques de materias y que ofrece un margen de interpretación considerable a los jueces.

En cualquier caso, resulta imprescindible insistir en la determinación del ámbito de actuación del principio de aplicación de la norma más favorable para el trabajador. De hecho, pese a su amplio reconocimiento, no juega de forma generalizada y permanece condicionado a la relación ley-convenio establecida en el momento creativo. En España, la aplicación de lo más favorable implica la configuración como mínimo de derecho necesario de la norma legal y, en Francia, se asocia al juego del orden público social. En definitiva, la imperatividad relativa de la disposición legal es necesaria para el juego de la aplicación de lo más favorable. Debido al retroceso de este modelo de relación ley-convenio en el momento creativo, ha de admitirse que el ámbito de actuación del principio o de la regla de lo más favorable no deja de reducirse.

Conclusión § 1

Además de las dificultades prácticas para determinar lo más favorable y de las divergencias relativas a su fundamento, resulta que la regla o el principio de aplicación de lo más favorable para el trabajador se despliega en unos supuestos determinados, concretamente, cuando la ley reviste una imperatividad relativa, cuya realización se ve reducida por las políticas legales favorables al retroceso de la ley y al correlativo fomento de la negociación colectiva.

§ 2: La aplicación subsidiaria y específica del reglamento

En derecho del trabajo, el reglamento se ve limitado por dos aspectos: las reservas de ley en materia de negociación colectiva (art. 53.1 CE y art. 34 CF) y la presencia de los convenios colectivos de trabajo.

Respecto a esta última, en derecho español, el convenio colectivo se ha convertido, por excelencia, en el instrumento de desarrollo de las leyes según el sector de actividad, en sustitución de los reglamentos y ordenanzas laborales procedentes del sistema franquista. En Francia, el Consejo constitucional reconoce la facultad del legislador de permitir a los interlocutores sociales concretar las modalidades de desarrollo de las leyes (DC nº 89-257 de 25 de julio de 1989).

No obstante, a pesar de estas limitaciones, el reglamento no llega a desaparecer. Muy al contrario, puede convertirse en un instrumento sustitutivo de la actuación convencional.

En España, su intervención en materia de determinación de condiciones de trabajo está prevista en hipótesis restrictivas estrictamente definidas por ley y, entre ellas, las que se refieren a las especificidades de las relaciones de trabajo (art. 2 c) ET) o de la actividad económica sectorial considerada (DA 7ª ET). En Francia, resulta pertinente subrayar el papel del reglamento en la ley de 2008 en materia de jornada laboral. Éste interviene para fijar un contingente anual de horas extraordinarias que se aplica en defecto de acuerdo colectivo. En esta hipótesis, el reglamento garantiza la concreción de un derecho reconocido por ley cuyo desarrollo incumbe supuestamente al convenio colectivo. Vemos, por lo tanto, su utilidad en las hipótesis de deslegalización, en las cuales la realidad del derecho plantea dificultades en los casos de silencio convencional.

Conclusión § 2

Para concluir, conviene insistir en que la articulación del convenio y del reglamento en el momento aplicativo depende de la intervención legal que, de conformidad con su función definidora del sistema de negociación colectiva, puede dar autoridad o preferencia a una de estas dos fuentes de derecho. La práctica demuestra que el convenio colectivo representa, sin duda alguna, el instrumento predilecto de definición y de concreción de las condiciones de trabajo.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO I

Este desarrollo nos ha permitido poner de relieve que la articulación de las normas heterónomas con el convenio colectivo constituye una cuestión compleja que no puede reducirse al momento aplicativo.

Especialmente, la articulación del convenio colectivo con la ley no puede resumirse al principio o a la regla de la aplicación de la norma más favorable al trabajador. Así, sin perjuicio de las dificultades respecto a los métodos de apreciación de lo más favorable, la generalidad aparente de este mecanismo, que no contradice la superioridad de la ley, ha de ser matizada teniendo en cuenta las condiciones de

elaboración de las leyes y de los convenios colectivos considerados. De esta forma, este principio o regla se aplica cuando la ley despliega una imperatividad relativa. Esta doble dimensión permite identificar el denominado principio de favor. Pues bien, ha de admitirse que el retroceso de la imperatividad legal de las leyes tiene como corolario la reducción del ámbito de actuación del principio de favor.

CAPÍTULO II: LA ARTICULACIÓN ENTRE EL CONVENIO COLECTIVO Y EL CONTRATO DE TRABAJO

De las tres funciones del contrato individual de trabajo, la función reguladora constituye el núcleo problemático a la hora de analizar las relaciones del contrato con el convenio colectivo. Una primera aproximación permite afirmar que el convenio colectivo se aplica de forma imperativa y automática al contrato de trabajo, lo que ilustra la superioridad del colectivo sobre el individual. Sin embargo, el denominado principio de favor reaparece. Así, el contrato de trabajo puede mejorar las disposiciones convencionales. Veremos que ambos derechos no concretan esta posibilidad en las mismas condiciones. En cualquier caso, de forma similar a las relaciones entre la ley y el convenio, hay que subrayar que la generalidad de este mecanismo se ve afectada en varias hipótesis.

SECCIÓN I: La función reguladora guiada por el principio de favor

El reconocimiento de la función reguladora del contrato de trabajo se ha de contemplar respecto a la proclamación de la superioridad del convenio colectivo que, sin embargo, no impide la preferencia aplicativa del contrato de trabajo cuando éste resulta más favorable para el trabajador.

§ 1: La superioridad jerárquica del convenio

En una primera aproximación, es admisible afirmar que la aplicación imperativa y automática del convenio colectivo al contrato de trabajo no se fundamenta en los mismos niveles en Francia y en España.

En España, el artículo 82.3 ET reconoce sin ambigüedad la superioridad del convenio sobre las relaciones individuales. La originalidad del sistema español reside,

sin embargo, en el tratamiento de esta cuestión a nivel constitucional. En efecto, pese al debate doctrinal, ha de considerarse que la proclamación de la “*fuera vinculante de los convenios colectivos*” al artículo 37.1 CE implica garantizar la superioridad del colectivo sobre el individual. La jurisprudencia constitucional puede avalar esta posición (STC 58/1985 de 30 de abril; STC 105/1992 de 1 de julio) en el marco de la denominada tesis de la existencia de vulneraciones objetivas de la libertad sindical y de las prácticas patronales del contrato en masa.

En Francia, la imperatividad del convenio sobre el contrato de trabajo se reconoce en el artículo L. 2254-1 CT. Pese al silencio constitucional en la materia, hemos visto anteriormente que el derecho a la negociación colectiva puede ser calificado de “principio fundamental reconocido por la leyes de la República” mediante la ley de 1919. Ahora bien, esta ley establece por vez primera el efecto imperativo y automático del convenio sobre los contratos incluidos en su ámbito de aplicación que, insistimos, puede estar limitado, desde la perspectiva personal, a los trabajadores afiliados.

En cualquier caso, dicha imperatividad se manifiesta con intensidad en cuanto a las reducidas posibilidades para los trabajadores de renunciar o disponer de los derechos reconocidos en un convenio colectivo.

Conclusión § 1

Ambos derechos no contemplan en las mismas condiciones la aplicación automática e imperativa del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo. No obstante, la teoría de la eficacia real puede constituir una llave interpretativa que permitiría el acercamiento de los dos sistemas, elevando la discusión a nivel constitucional.

En cualquier caso, la superioridad del colectivo sobre el individual es conforme al origen de la negociación colectiva, que permite elevar las discusiones a nivel colectivo a fin de compensar el desequilibrio de las relaciones individuales de trabajo.

§ 2: *La aplicación de la disposición contractual más favorable*

En Francia, el artículo L. 2254-1 CT establece que las disposiciones convencionales se aplican al contrato de trabajo “*salvo disposiciones más favorables*”, se entiende, del contrato de trabajo. Consideramos que la lógica operante en materia de relaciones entre convenio y contrato se acerca a la analizada respecto a las relaciones entre ley y convenio colectivo en cuanto a la aplicación del principio de favor. Sin embargo, se diferencia en un punto fundamental, pues la regla legal y la jurisprudencia se refieren, al momento aplicativo, en presencia de un contrato y presumen, en el momento creativo, la posibilidad de pactar condiciones más favorables.

En España, la capacidad de mejora del contrato de trabajo se encuentra en el artículo 3.1.c) ET que se refiere al momento creativo, lo que difiere de las relaciones entre ley y convenio y de las relaciones entre convenio y contrato en Francia, en las cuales la ley contempla el momento aplicativo. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional reconoce dicha capacidad (auto 1074/1988 de 26 de septiembre; STC 58/1985 de 30 de abril). La dificultad en la materia reside en la oportunidad de recurrir al principio de condición más beneficiosa para abordar la función de mejora del contrato de trabajo. Consideramos que dicho principio se refiere a otras cuestiones, pues su aplicación resulta innecesaria para contemplar las mejoras contractuales expresamente previstas en la ley.

Al margen de estas cuestiones, resulta interesante resaltar que el método de apreciación de las disposiciones más favorables plantea algunas dificultades, especialmente en España. En Francia, el juez realiza una comparación analítica por categoría de ventajas con el mismo objetivo y subjetiva, respecto a la situación del trabajador individual. En España, es conveniente distinguir las condiciones de trabajo de carácter cuantitativo y cualitativo pues, como veremos a continuación, el contrato puede disponer finalmente de un cierto margen de actuación.

Conclusión SECCIÓN I

De conformidad con la lógica del principio de favor, podemos considerar que las relaciones entre ley, convenio y contrato se rigen por la aplicación de lo más favorable para el trabajador. El principio de favor desempeña así una función central y restrictiva

de la actuación de la autonomía individual. Sin embargo, de manera similar a las relaciones ley-convenio, varias hipótesis llevan a poner en jaque su aplicación.

SECCIÓN II: Las brechas del modelo tradicional

El debilitamiento de la regla de favor entre convenio y contrato es ambivalente, pues desemboca en un refuerzo de la autonomía de las esferas contractual y convencional, en unas hipótesis, y a su interconexión, en otras. Así, el contrato puede, o bien emanciparse de la tutela convencional, o bien verse afectado por la aplicación de disposiciones convencionales menos favorables.

§ 1: La emancipación del contrato de trabajo

El debate en torno al fenómeno de la individualización de las relaciones de trabajo no es nuevo y pretende fomentar la función reguladora del contrato y su capacidad de disponer de la regulación colectiva. El aumento del protagonismo del contrato en detrimento del convenio participa, sin lugar a dudas, del proceso de flexibilización del derecho del trabajo que conlleva la reducción de la imperatividad de la ley, pero también del convenio y, en consecuencia, la reducción del ámbito de aplicación del principio de favor. Sin embargo, su intensidad varía según el país considerado.

En España, dos aspectos pueden ser destacados. En primer lugar, el ET reconoce, además de su función de mejora, un margen de maniobra suplementario al contrato y dispone que pueda prever disposiciones que no son contrarias a las disposiciones legales o convencionales (art. 3.1 c) ET). De conformidad con la jurisprudencia constitucional (STC 58/1985 de 30 de abril), la autonomía colectiva no puede anular la autonomía individual, que ha de disponer de un ámbito de actuación propio. Se trata pues, de definir el alcance de la expresión “*disposiciones contrarias*”. Sin perjuicio de las posibles prácticas antisindicales consecutivas al uso del contrato en masa, consideramos que la variable decisiva es el carácter perjudicial para el trabajador de las disposiciones contractuales. Si la modificación resulta ser no perjudicial para el trabajador, no se constata contrariedad. Pues bien, se trata en definitiva de apreciar el

eventual perjuicio para el trabajador, lo que implica la comprobación de la existencia de contrapartes.

En segundo lugar, la reforma de 1994 ha establecido varias hipótesis de reenvíos que permiten al contrato fijar condiciones de trabajo. Sin embargo tienen un carácter puntual y contemplan generalmente la intervención prioritaria del convenio colectivo. Se trata pues, en esta materia, de una reforma que se centra esencialmente en establecer reenvío hacia la negociación colectiva. Sin embargo, cuando la deslegalización de una materia o su concreción chocan con la inacción de los interlocutores sociales, el contrato de trabajo puede, en ausencia de intervención judicial, constituir el ámbito de fijación de las condiciones de trabajo.

En Francia, el contrato permanece en gran medida limitado a su función de mejora. Sin embargo, varias reformas recientes ponen en duda la afirmación anterior. La creación de la ruptura convencional del contrato de trabajo o la organización de la jornada del personal directivo constituyen, sin lugar a dudas, una manifestación de la emancipación de la autonomía individual

Conclusión § 1

Pese a un marco legal distinto en algunos puntos, ha de reconocerse que el contrato de trabajo permanece, en ambos países, sometido al convenio colectivo en la inmensa mayoría de las hipótesis.

§ 2: Los límites a la resistencia del contrato de trabajo

Desde otra perspectiva, la sumisión del contrato al convenio colectivo se ve restringida por la autonomía de ambas esferas, que permite al contrato resistir a un convenio colectivo menos favorable. Sin embargo, la realidad de ambos derechos demuestra que esta autonomía no es absoluta.

Por un parte, en determinadas hipótesis, el derecho francés reconoce la aplicación de un convenio colectivo que impone una obligación al trabajador individual incluso en el silencio del contrato en la materia. Esta posición plantea varias dificultades y es criticable en algunos puntos. Así, el análisis del derecho español resulta pertinente,

pues muestra que la obligación de vincular estas obligaciones (cláusulas de no-competencia entre otras) a la existencia de una manifestación de voluntad del trabajador, mediante su previsión en el contrato de trabajo, constituye una respuesta satisfactoria.

Por otra parte, si el contrato de trabajo desempeña su función protectora, queda apreciar en qué condiciones el empresario puede imponer al trabajador una modificación de su contrato que integre las disposiciones convencionales. En esta materia, podemos considerar que el derecho francés reconoce al trabajador el derecho a oponerse a la aplicación del convenio colectivo que implique una modificación de su contrato de trabajo. El derecho español recurre aquí a una faceta del principio de condición más beneficiosa. Así, cuando se trata de una modificación sustancial del contrato de trabajo, contemplada en el artículo 41 ET, la reforma de 2012 permite al empresario proceder a la modificación sin que el trabajador pueda oponerse. Sin embargo, en ambos derechos, el rechazo del trabajador puede desembocar en un despido si el empresario francés se muestra decidido a aplicar las disposiciones convencionales en su empresa o si el empresario español cumple las exigencias, digamos teóricamente relevantes pero inefectivas en la práctica, del artículo 41 ET. En definitiva, la protección del trabajador se resume a las garantías y a las condiciones que rodean su despido. Ahora bien, hay que admitir que, en ambos derechos y con más intensidad en el derecho español, el empresario puede encontrar motivos para justificar el despido y no indemnizar según el baremo más alto al trabajador.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO II

El mecanismo tradicional de articulación entre el contrato de trabajo y el convenio colectivo se inscribe sin duda en la función clásica de la negociación colectiva y permite a las relaciones individuales de trabajo gozar de margen de libertad cuando se alcanza un real equilibrio que permite al trabajador una mejora de sus condiciones de trabajo.

Las degradaciones de las condiciones de trabajo mediante la aplicación de un convenio que implica la modificación del contrato de trabajo, siguen siendo posibles en ejemplos contados. En la mayoría de los casos, el filtro de la autonomía individual garantiza un grado, aunque limitado, de protección al trabajador. En cualquier caso, el

derecho español demuestra que la legitimidad del convenio no constituye un argumento decisivo que pueda justificar su aplicación independientemente de su carácter más o menos favorable.

CONCLUSIÓN TÍTULO I

Una constatación se desprende de este título. La negociación colectiva representa, hoy en día, el epicentro de la determinación de las condiciones de trabajo.

A nivel europeo, la subsidiaridad social, con sus ventajas y defectos, implica la conversión de la negociación en vía preferencial de determinación del derecho del trabajo europeo. Sin embargo, la transcripción de las reglas europeas queda, en todo caso, pendiente de la actuación de los poderes públicos y/o de los interlocutores sociales en cada Estado.

Por lo que se refiere a las relaciones entre la ley y el convenio, el retroceso de las leyes dotadas de imperatividad relativa lleva al retroceso del ámbito de aplicación del principio de favor y, concretamente en el momento aplicativo, a un retroceso del principio o de la regla de aplicación de la norma más favorable para el trabajador. En cualquier caso, insistimos sobre la importancia de definir el carácter de la ley para abordar el mecanismo de resolución de un eventual conflicto. Desde la perspectiva comparatista, conviene resaltar, en primer lugar, que ambos derechos no han contemplado la declinación del principio de favor en el mismo momento. En segundo lugar, la multiplicación de las funciones de la negociación y la diversidad de relaciones entre ley y convenio cuadran mejor en derecho español, que permanece más neutro en el momento creativo. Sin duda, la concepción del derecho a la negociación colectiva constituye una llave interpretativa pertinente.

En definitiva, las relaciones entre el convenio colectivo y el contrato de trabajo representan, pese algunas excepciones, el terreno predilecto del principio de favor. Eso sí, cuando la voluntad empresarial no lleva a un despido, en principio, justificado.

TÍTULO II: LA ARTICULACIÓN ENTRE CONVENIOS COLECTIVOS Y CON LOS OTROS PRODUCTOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Admitiendo que ambos dispositivos favorecen la negociación colectiva en detrimento de la imperatividad relativa de la ley, el propósito de este título aspira a demostrar que este fenómeno no es neutro y corresponde a una política legal de fomento de la negociación de empresa.

Sin embargo, la formulación amplia de este título permite poner de relieve que se trata de una materia extremadamente compleja que abarca varios aspectos. La heterogeneidad de los productos de la negociación y su encadenamiento en el tiempo, consecuencias del principio de libertad de negociación y de la capacidad de las partes negociadoras de definir el ámbito de aplicación del convenio (art. L.2222-1 CT y 83.1 ET), explican las dificultades que rodean este tema.

Cada convenio establece su ámbito de aplicación propio, que puede coincidir con el de otro convenio. Conviene, por lo tanto, identificar los mecanismos que articulan los distintos convenios. Esta problemática se refiere a la noción de estructura de la negociación que, en su interpretación amplia, permite considerar la configuración de las unidades de negociación (la unidad de negociación constituye una noción distinta a la de ámbito de aplicación pues éste puede ser más reducido que aquélla) y los mecanismos que regulan su articulación.

Dichos mecanismos, en gran medida definidos por ley, comprenden dos dimensiones: una espacial, relativa a la articulación de convenios de ámbitos distintos, y una temporal, que se refiere a la sucesión de convenios del mismo ámbito.

Inicialmente, ambos derechos habían establecido reglas de concurrencia y de sucesión muy distintas. Sin embargo, en derecho positivo, se observa un acercamiento de los dispositivos legales que persiguen una misma lógica. En efecto, aunque su intensidad varía según el derecho considerado, la ley favorece la autonomía de la negociación de empresa y pone en jaque a los mecanismos iniciales. Esta lógica es conforme al fomento de las nuevas funciones de la negociación colectiva que implica, por un lado, la toma de decisiones acerca de las realidades económicas, donde ha de admitirse que el equilibrio de poderes sufre alteraciones, y, por otro lado, la inaplicación del principio de favor.

En este marco trataremos, en primer lugar, de los mecanismos tradicionales de coordinación entre convenios colectivos antes de analizar, en segundo lugar, las vías por las cuales ambos derechos favorecen la preferencia de la negociación en la empresa.

CAPÍTULO I: LOS MECANISMOS TRADICIONALES DE COORDINACIÓN

Las reglas de coordinación contemplan las de sucesión de convenios, las de concurrencia y, finalmente, las reglas de delimitación de competencias entre unidades de negociación. Consideramos que dos dimensiones, una dinámica y otra estática, permiten delimitar dichas reglas. Así, analizaremos los mecanismos en materia de sucesión de convenios en el tiempo para luego, dedicarnos a los mecanismos tradicionales en materia de concurrencia entre convenios de ámbitos distintos.

SECCIÓN I: Las hipótesis de sucesión de convenios colectivos: el reconocimiento de la regresividad de los convenios

La cuestión de la sucesión de normas convencionales reagrupa tres procesos: la denuncia, la revisión y la sucesión de empresa. Mientras la denuncia y la revisión tienen lugar en el mismo ámbito y excluyen el principio de favor, la sucesión de empresa puede conducir a la concurrencia de dos convenios de ámbito distinto y puede, por lo tanto, permitir el juego de dicho principio. En cualquier caso, todos implican la sustitución de un primer convenio por otro, lo que conlleva la ausencia de un principio de irreversibilidad de los derechos.

Sin embargo, ambos derechos presentan divergencias sustanciales en la materia. Por un lado, el derecho español no había establecido, hasta muy recientemente, un proceso de revisión de convenios. Varios aspectos permitían explicar este vacío legal. Por otro lado, la determinación de los actores susceptibles de denunciar o revisar un convenio constituye otra cuestión ilustrativa de las distintas opciones legales, aquí relativa a la naturaleza jurídica del convenio colectivo.

En cualquier caso, los dispositivos legales garantizan, durante un tiempo determinado, el mantenimiento del convenio originario con el fin de apaciguar el proceso de renegociación. Sin embargo, habrá de notarse que las modalidades de este mantenimiento así como las consecuencias de la ausencia de un nuevo acuerdo presentan, una vez más, profundas diferencias.

Adoptaremos pues, una perspectiva esencialmente comparada que nos conduce a tratar sucesivamente de los procesos de denuncia, de revisión y, por fin, de las hipótesis de sucesión de empresa.

§ 1: Los procedimientos de denuncia

Sin perjuicio de necesarios matices, es posible afirmar que, en ambos países, la denuncia tiene como finalidad la desaparición del convenio considerado que no producirá efectos jurídicos.

El régimen de la denuncia se divide en tres aspectos característicos y comunes a ambos dispositivos legales. En primer lugar, la denuncia implica la apertura de un proceso de renegociación que apunta a la conclusión de un nuevo acuerdo jurídicamente independiente del antiguo. En segundo lugar, ambos dispositivos prevén un periodo de ultraactividad que permite al convenio denunciado mantener sus efectos hasta la conclusión del nuevo acuerdo. En tercer lugar, la ley contempla la hipótesis de ausencia de acuerdo y el destino de las condiciones de trabajo previstas en el convenio denunciado.

Sin duda, ambos derechos positivos se acercan en cuanto a los dos primeros aspectos. Ahora bien, la ausencia de acuerdo no goza de la misma consideración en Francia que en España. La reforma española de 2012 ha modificado profundamente la lógica anteriormente aplicada y desemboca paradójicamente en un régimen obstaculizador para la conclusión de un nuevo acuerdo.

Regulada de forma similar en los artículos L. 2261-9 CT y 86.1 párrafo 1 ET, la denuncia permite comprobar la voluntad de poner fin a la aplicación de un convenio colectivo. Así, si no se produce ninguna denuncia, ambos dispositivos prevén que el convenio de duración determinada se sigue aplicando, aunque en Francia se convierta en convenio de duración indefinida (art. L. 2222-4 al. 2 CT) y en España se prorrogue anualmente (art. 86.2 ET).

No obstante, surge una diferencia sustancial en cuanto a los actores susceptibles de denunciar un convenio. En este punto, la naturaleza jurídica del convenio colectivo juega un papel decisivo. En efecto, y conforme a la concepción normativista del convenio, se aplica el principio de sucesión normativa y se comprueba las exigencias de legitimación, independientemente de la coincidencia de firmantes entre el convenio

denunciado y los autores de la denuncia. En Francia, la dimensión contractual del convenio implica una cierta coincidencia entre los autores de la denuncia y los firmantes del convenio denunciado. Sin embargo, la ley de 2008 de representatividad sindical consagra el principio mayoritario puro sin interferencia contractual en una hipótesis determinada, concretamente cuando uno o varios sindicatos firmantes, pero no todos, pierden su calidad de representativo.

En todo caso, la denuncia provoca la apertura de un proceso de renegociación. En Francia, el artículo L. 2261-10 al. 2 CT establece una verdadera obligación de negociar en los tres meses que siguen a la fecha de la denuncia. En España, conviene distinguir dos épocas que giran alrededor de la reforma de 2012. En derecho positivo, la denuncia se debe acompañar de una demanda de negociación que permite la aplicación del deber de negociar y la puesta en marcha de un proceso de negociación estatutaria (art. 89.1 párrafo 1 ET).

Con el objetivo de facilitar la renegociación y de evitar los vacíos convencionales, ambos dispositivos establecen, durante un plazo de un año (observamos que este plazo corre a partir de la denuncia en España y a partir de la expiración del preaviso de denuncia en Francia) o hasta la conclusión de un nuevo acuerdo, la ultraactividad del convenio denunciado, que sigue aplicándose aunque sea en condiciones distintas (art. L. 2661-10 al. 1 CT y 86.3 párrafo 2 ET).

Ahora bien, la conclusión de un nuevo acuerdo cuyas formas pueden ser distintas y variadas, puede desembocar en la reducción o la supresión de derechos reconocidos en el convenio denunciado. El principio de irreversibilidad de los derechos no se puede invocar en Francia a causa del principio de libertad contractual y en España, por aplicación del principio de sucesión normativa. Queda pues, a los negociadores, la opción de mantener los derechos anteriormente reconocidos

La hipótesis de ausencia de acuerdo a la expiración del periodo de ultraactividad representa una cuestión fundamental para apreciar las alternativas a un acuerdo regresivo ofrecidas a los trabajadores. En Francia, la ley establece la regla del mantenimiento de las ventajas individuales adquiridas (art. L.2261-13 CT). En la práctica, esta regla plantea dificultades en cuanto a la definición de la ventaja individual adquirida y permite la incorporación, en los contratos de trabajo, de derechos reconocidos del convenio denunciado y desaparecido. En España, a partir de la reforma de 2012 y sin perjuicio de la puesta en marcha de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, cuya efectividad puede ser cuestionada, la nueva redacción

del artículo 86.3 párrafo 4 ET produce una inversión total del necesario equilibrio entre los intereses de los trabajadores y los de los empresarios. En efecto, dispone que, a la expiración del plazo de un año, la totalidad del convenio dejará de producir efectos sin ningún paliativo y se aplicará el convenio de ámbito más amplio, si lo hubiese. Además de las importantes y numerosas contradicciones y dificultades de aplicación, esta nueva regla promete un aumento de la conflictividad, facilita una reducción de derechos y, más grave aún, puede privar a muchos trabajadores del beneficio de un marco convencional.

Conclusión § 1

En Francia, la denuncia representa una medida radical y poco frecuente con efectos retardados que se ve además compensada, en defecto de nuevo acuerdo, por la regla legal del mantenimiento de las ventajas individuales adquiridas. En España, la explicación de su uso generalizado encontraba su argumento fundamental en la ultraactividad, *a priori* indefinida, del convenio denunciado en ausencia de un nuevo acuerdo. Pues bien, la reforma de 2012 altera profundamente esta lógica y plantea, además de los riesgos para los trabajadores, la necesidad de privilegiar la revisión y de modificar la duración del convenio.

§ 2: Los procedimientos de revisión

La revisión del convenio colectivo consiste en una modificación de su contenido sin que la vigencia del convenio como tal quede afectada. En esta materia, ambos dispositivos presentan diferencias considerables.

En Francia, el dispositivo plantea muchas dificultades. En derecho positivo, la ley de 2004 consagra el paralelismo relativo entre firmantes del convenio revisado y firmantes del acuerdo de revisión y mantiene el principio de unidad de negociación, matizado por un derecho de oposición reconocido a los sindicatos representativos mayoritarios sean o no firmantes del convenio revisado (art. L. 2261-7 CT). En definitiva, los firmantes del acuerdo de revisión deben serlo también del convenio revisado, seguir siendo representativos y contar, con al menos, el 30% de la audiencia electoral. Pues bien, las dificultades para que coincidan los firmantes pueden producir

situaciones de bloqueo cuya resolución conlleva la denuncia del convenio.

En España, anteriormente a la reforma de 2012, ninguna disposición legal establecía un marco a la revisión de convenio. Ciertamente, las condiciones que rodeaban la denuncia y la duración determinada de los convenios no volvían necesario tal marco. Aún así, esta hipótesis ocurrió en la práctica y ha llevado los jueces a pronunciarse. Pues bien, básicamente, han asimilado la revisión a una denuncia parcial que conduce, por lo tanto, a la aplicación del principio de sucesión normativa y de las exigencias de legitimación. El segundo párrafo del artículo 86.1 ET, introducido por la reforma de 2012, consagra esta jurisprudencia y dispone que “*durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión*”.

Conclusión § 2

Cabe afirmar que la revisión en derecho francés permanece (¿por ahora?) sometida a la dimensión contractual del convenio mientras que el derecho español, de acuerdo a la dimensión normativa del convenio estatutario, se inclina por excluir el paralelismo de los firmantes. En cualquier caso, de manera también similar a la denuncia, la revisión puede conllevar la conclusión de acuerdos regresivos cuya aplicación es incuestionable.

§ 3: La sucesión de empresa

Ambos derechos han tomado dos caminos distintos para acompañar el principio reconocido en el derecho europeo según el cual, las condiciones de trabajo previstas en el convenio de la empresa cedida se mantienen en vigor hasta la conclusión de un nuevo acuerdo, o durante un plazo que no puede ser inferior a un año. Consideramos que el dispositivo francés resulta más favorable para los trabajadores, especialmente hasta el fin del mantenimiento del convenio de la empresa cedida.

En efecto, la hipótesis de sucesión de empresa, que en materia de negociación colectiva implica la “*mise en cause*” del convenio de la empresa cedida (art. L. 2261-14 CT), conduce a mantener la aplicación de este convenio pero permite, igualmente a los trabajadores cedidos, demandar que les sea aplicado el convenio de la nueva empresa. Pues bien, el conflicto se resolverá por la aplicación de las disposiciones más

favorables. Por lo demás, el procedimiento de “*mise en cause*” corresponde al de la denuncia. En España, en cambio, la ley dispone desde el año 2001 que se aplique únicamente el convenio perteneciente a la empresa transferida, independientemente de su carácter favorable o no. El carácter supletorio de la ley permite, sin embargo, a los representantes y al empresario, pactar otras condiciones. En cualquier caso, en ambos países, el acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores pretende proceder a la homogeneización de las condiciones de trabajo.

Conclusión SECCIÓN I

La cuestión de la sucesión de convenios colectivos está fuertemente ligada con la dualidad de la figura convencional. En efecto, si la inexistencia de un principio de irreversibilidad recuerda a su dimensión normativa, la facultad para las partes negociadoras de prever las condiciones de la sucesión se inscribe en su dimensión contractual. En el mismo sentido, la determinación de los actores susceptibles de intervenir demuestra que la dimensión normativa o contractual del convenio constituye la variable decisiva. Observamos que el derecho francés realiza un acercamiento parcial a la lógica española en la materia. Paradójicamente, el uso de la denuncia o de la revisión muestra que el derecho español opta por una negociación colectiva contractual que permite la inmunidad del convenio durante su vigencia e implica su denuncia. En cambio, en Francia, la negociación presenta una dimensión institucional o dinámica que favorece su modificación durante su vigencia mediante el procedimiento de revisión.

También, resulta pertinente subrayar el alcance de la reforma española de 2012 en materia de denuncia y, especialmente, respecto a la desaparición total del convenio en ausencia de acuerdo. La búsqueda del equilibrio entre los intereses de los trabajadores y de los empresarios, así como la voluntad de facilitar la conclusión de un nuevo acuerdo, no parecen haber sido los objetivos reales de la ley.

En cualquier caso, la inaplicación del principio de favor constituye una constante en la materia. Más que una opción legal, se debe esencialmente a la inexistencia de conflictos entre normas sucesivas en el tiempo.

SECCIÓN II: Las reglas de concurrencia de convenios colectivos

Las diferentes modalidades de relaciones entre convenios pueden ser analizadas en función de dos perspectivas. Desde un punto de vista procedimental, la relación puede ser jerárquica o autónoma y, desde un punto de vista sustantivo o funcional, puede ser articulada o anómica. Si se trata de una relación articulada, se puede operar vía un reparto funcional o material entre convenios de diferentes ámbitos.

De todos modos, las posibles combinaciones conllevan a distinguir las hipótesis de concursos y de conflictos (de concurrencia o de concurrencia conflictiva). Cuando se produce un conflicto, hay que determinar qué disposiciones se aplican. La resolución del conflicto puede realizarse mediante la aplicación de lo más favorable para los trabajadores, del convenio más reciente, del convenio anterior o según el principio de especialidad. Las hipótesis de concursos pueden, en cambio, implicar la aplicación acumulada de diferentes convenios. Ahora bien, el análisis de las relaciones entre convenios en el momento creativo resulta ineludible para entender esta materia, especialmente en derecho francés. En efecto, tradicionalmente, los dispositivos legales francés y español no han adoptado las mismas posiciones y no han perseguido los mismos objetivos.

§ 1: La tradicional aplicación de la regla de lo más favorable en Francia

Ante todo, precisamos que este párrafo se limita al análisis del dispositivo legal anterior a las recientes reformas legales de 2004 y 2008. Pues bien, éste se caracteriza por su ambigüedad y por la existencia de controversias doctrinales.

Conviene señalar, en primer lugar, que la presencia de un convenio o de un acuerdo firmado en la empresa o el centro de trabajo constituye una variable de diferenciación formal. Ciertamente, el antiguo artículo L. 132-13 al. 1 CT (hoy, art. L. 2252-1 al. 1) se refiere a las relaciones entre convenios o acuerdos colectivos de ámbito superior a la empresa, y el antiguo artículo L. 132-23 al.1 CT (hoy art. L. 2253-1), contempla la presencia de un convenio o acuerdo colectivo de empresa.

Pese a esta diferenciación, se observa una regla general según la cual los convenios o acuerdos colectivos de ámbito más reducido “*pueden constar*” de disposiciones más favorables. Sin perjuicio de la posición doctrinal mayoritaria,

consideramos que esta regla contempla el momento creativo y permite, a los convenios de ámbito más reducido, mejorar las condiciones de trabajo previstas en los de ámbito más amplio. Por lo tanto, la aplicación de la disposición convencional más favorable se manifiesta como la consecuencia lógica del principio de favor enunciado legalmente en el momento creativo. La jurisprudencia se puede leer en este sentido (Cass. Soc. de 8 de junio de 1999). En cualquier caso, esta interpretación recuerda con fuerza el papel del orden público social tratado durante el análisis de las relaciones entre ley y convenio.

Por otra parte, apoyando las consideraciones anteriores, ambos artículos regulan las relaciones entre convenios desde el punto de vista temporal y establecen la obligación de adaptación del convenio de ámbito más reducido cuando entra en vigor un convenio de ámbito más amplio. Esta regla no se refiere al momento creativo, pues considera las consecuencias de la entrada en vigor de un convenio de ámbito más amplio.

En este marco apaciguado, la facultad del convenio o acuerdo de empresa de adaptar el convenio sectorial en función de las especificidades de la empresa (antiguo art. L. 132-23 al.1 *in fine* CT) ha suscitado intensas controversias doctrinales. Consideramos que la facultad de adaptación se despliega en el respeto al principio de favor y supone una subordinación intelectual del acuerdo de empresa al convenio sectorial, que debe ser respetado en su sustancia y su equilibrio.

En definitiva, el principio de favor permite un reparto funcional entre los diferentes ámbitos de negociación que es conforme a la concepción francesa de la negociación colectiva como derecho de los trabajadores.

En segundo lugar, el carácter imperativo de las reglas legales o la capacidad de las partes negociadoras de disponer del principio de favor constituyen dos opciones distintas, objeto de una controversia doctrinal. En efecto, si es cierto que un convenio de ámbito reducido no puede apartarse de un convenio de ámbito más amplio, un sector doctrinal estima que un convenio de ámbito más amplio puede prever la aplicación de convenios de ámbito más reducido, al margen del principio de favor. Un acuerdo nacional interprofesional firmado en 1995 se inscribe en esta última interpretación. Consideramos que el marco legal no cuadra con esta interpretación y no permite a las partes negociadoras poner en jaque al principio de favor. La jurisprudencia parece acoger esta posición pues lo califica de principio fundamental del derecho del trabajo, lo que implica que su inaplicación resulte únicamente de la voluntad de la ley.

En tercer lugar, la aplicación de lo más favorable conlleva la determinación del método de comparación. En este punto, podemos estimar que los jueces aprecian grupos de ventajas que se refieren al mismo objeto o a la misma causa respecto al conjunto de los trabajadores. Sin embargo, los jueces aplican con libertad esta regla según el caso concreto. Más allá, las cláusulas de compromiso en materia de empleo han conducido a los jueces a aplicar un método global que acarrea la apreciación de los convenios en su conjunto.

En cuarto lugar, el principio de favor juega en presencia de un producto fruto de un proceso de negociación colectiva distinto del convenio o del acuerdo colectivo de trabajo. En efecto, estos acuerdos, denominados atípicos, se equiparan a un compromiso unilateral del empleador y deben, por lo tanto, respetar las disposiciones legales y convencionales sin perjuicio del juego del principio de favor.

Conclusión § 1

En sustancia, podemos estimar que el dispositivo legal establece, por principio, un sistema piramidal en el cual el convenio o acuerdo de empresa debe ser más favorable para los trabajadores que el convenio sectorial regional que, a su vez, debe ser más favorable que el convenio sectorial nacional. Por consiguiente, el convenio de sector nacional constituye la piedra angular de la estructura de la negociación colectiva.

§ 2: La regla de no-afectación en derecho español

Ante todo, precisamos que este párrafo se limita al análisis del dispositivo legal anterior a la reforma de 1994 y a las reformas de 2011 y 2012.

El derecho español se desenvuelve en un marco radicalmente diferente del derecho francés. En él, no está previsto ningún reparto funcional o material. El ET-80 establece una regla de no-afectación, que facilita la estabilidad del convenio en vigor, y que consiste en la aplicación del principio *prior in tempore*. El entonces artículo 84 ET dispone que “*un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto*”. El criterio que permite regular las relaciones entre convenios es, por tanto, cronológico. Por otra parte, el verbo “*afectar*”

corresponde a cualquier modificación o alteración sin consideración de su aspecto cualitativo. Así, la regla de no-afectación excluye cualquier aplicación del principio de favor previsto en el artículo 3.3 ET.

Ahora bien, esta regla juega en el momento aplicativo. Aún así, en el momento creativo, debería conducir a las partes negociadoras a condicionar el contenido del convenio a las disposiciones convencionales ya aplicables. La realidad práctica demuestra lo contrario. Cada unidad de negociación se considera autónoma de las otras, lo que produce un sistema desarticulado. En efecto, el artículo 84 ET debe ser objeto de una interpretación amplia según la cual, la libertad de negociación en un ámbito más reducido está garantizada y permite la conclusión de un convenio, sin perjuicio de las condiciones de su aplicación efectiva.

Una primera aproximación nos lleva a subrayar que esta regla de no-afectación padece de un obvio efecto perverso. Concretamente, produciría una petrificación de la estructura de la negociación colectiva. Indiscutiblemente, el cambio de unidad de negociación, permitiendo la aplicación de un convenio de ámbito distinto, constituye una posibilidad real. Sin embargo, se encuentra fuertemente limitada y se reduce, por principio, a un momento puntual, el de la denuncia del convenio anterior, y a las hipótesis de cambio de unidad descendente, en las cuales el convenio denunciado es de ámbito más amplio que el convenio que pretende realizar el cambio de unidades. Surge, pues, una cierta tendencia descentralizadora

Una variable suplementaria debe ser tomada en cuenta y se refiere al juego del deber de negociar (art. 89.1 ET) en las hipótesis de cambio de unidades de negociación. Se trata indudablemente de una cuestión compleja. Consideramos que su aplicación varía según la vigencia o no del convenio afectado y tiene lugar independientemente de las condiciones efectivas de aplicación del convenio posterior.

En cualquier caso, es importante señalar que el artículo 84 ET es dispositivo para las partes negociadoras de acuerdos colectivos determinados, concretamente de los pactados en virtud del artículo 83.2 ET. Estos acuerdos contienen reglas o mecanismos de racionalización del sistema convencional. Así, las partes negociadores tienen capacidad para organizar la estructura de la negociación colectiva, lo que resulta totalmente conforme con el reconocimiento amplio de la autonomía colectiva. Ahora bien, hay que apuntar que eso no implica la desaparición de la ley. La determinación de

la estructura de la negociación corresponde pues, a una competencia compartida entre la ley y la negociación colectiva.

Los acuerdos del artículo 83.2 ET, denominados “*acuerdos marco*” o “*convenios para convenir*”, plantean varias dificultades relativas a su ámbito de aplicación, sus firmantes y su eficacia.

Es conveniente proceder a un salto en el tiempo y tomar en cuenta las modificaciones realizadas por la reforma de 2011. Pues bien, podemos afirmar que las cláusulas en materia de estructura de la negociación pueden integrar, no solamente un acuerdo interprofesional en la materia firmado por los sindicatos más representativos estatales y autonómicos, sino también un acuerdo sectorial nacional o autonómico en la materia y un convenio colectivo de trabajo sectorial nacional o autonómico ordinario. En los dos últimos casos, el conjunto de los sindicatos representativos en el ámbito considerado participa en la negociación.

Según el artículo 83.3 ET, estos acuerdos “*tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos*”. En materia de eficacia, resulta claro que su función de estructuración difiere de la función normativa tradicional de los convenios. Pues bien, de conformidad con esta función específica, las cláusulas en materia de estructura de la negociación tienen valor normativo, que se despliega sobre los distintos negociadores incluidos en el ámbito del acuerdo-marco. Se podría hablar de eficacia normativa colectiva general que alcanza a los sujetos colectivos. Sin embargo, a nivel interprofesional, la práctica negocial ha optado por atribuir eficacia contractual a numerosos acuerdos estatales e interprofesionales cuyo objetivo era explícitamente la racionalización de la estructura de la negociación (entre ellos, citamos el AINC-97 o el AENC 2010). Su aplicación real resulta pues, condicionada a la disciplina interna y a la autoridad e influencia de la central sindical sobre sus bases. Desde un punto de vista comparativo, observamos que el derecho español permite a las partes negociadoras, contrariamente al derecho francés, disponer de la eficacia legalmente reconocida a lo pactado.

Ahora bien, los interlocutores sociales no han aprovechado y/o no han podido aprovechar su capacidad de actuación en materia de estructura de la negociación colectiva. Así, en la práctica, se aplica mayoritariamente el principio *prior en tempore* lo que ha permitido la consolidación de un modelo de estructura de la negociación en el cual predomina el convenio sectorial provincial (en concordancia con las estructuras organizativas de las asociaciones profesionales).

Finalmente, conviene tratar del conflicto que implica un convenio colectivo extraestatutario. Las soluciones propuestas se inscriben en las discusiones relativas a la naturaleza jurídica reconocida a estos convenios. Pese a la existencia de contradicciones en la jurisprudencia, y considerando que se trata de contratos, concluimos en la aplicación del 3.1 c) ET. En cualquier caso, en presencia de un convenio colectivo estatutario, el convenio extraestatutario no puede establecer disposiciones menos favorables.

Conclusión § 2

La distinción entre las cuestiones de estructura de la negociación colectiva y de determinación de las condiciones de trabajo representa una llave interpretativa del dispositivo español. Éste deja en mano de los interlocutores sociales de ámbito más amplio la misión de establecer sus propias estructuras de la negociación. En este sentido, se puede evocar un fenómeno de centralización de la estructura de la negociación colectiva que no presume de la tendencia centralizadora o no, de la determinación de condiciones de trabajo.

Sobre esta cuestión, la aplicación práctica de la regla legal ha desembocado en una tendencia descentralizadora que favorece el convenio provincial y los cambios descendentes de unidades de negociación.

Conclusión SECCIÓN II

Sin perjuicio de algunos matices necesarios, podemos afirmar que el derecho francés contempla el conflicto de convenio como una ventaja para los trabajadores consecutivamente al juego del principio de favor. En cambio, el derecho español impide todo tipo de conflictos consecutivamente a la regla de no-afectación que neutraliza el principio de favor. Ahora bien, la estabilidad del marco convencional que imposibilita cualquier mejora convencional externa constituye, sin duda, una ventaja para los empleadores.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO I

En materia de sucesión de convenios colectivos, la ausencia de conflictos debida al encadenamiento temporal de convenios excluye la aplicación del principio de favor. La sucesión de empresa constituye, sin embargo, una hipótesis que puede producir un conflicto. Pues bien, en este caso, el derecho francés recurre al principio de aplicación de la norma más favorable, principio fundamental del derecho del trabajo.

Por otra parte, las diferentes concepciones de la dimensión contractual o normativa del convenio explican en gran medida las divergencias relativas al fundamento de la reversibilidad de los derechos y en materia de determinación de los actores de la denuncia o de la revisión.

En materia de concurrencia entre convenios, los dispositivos legales son extremadamente distintos por dos motivos. En primer lugar, en España, los interlocutores sociales tienen la facultad, debido al carácter supletorio de la regla legal, de definir los mecanismos de racionalización de una determinada estructura de la negociación colectiva. En segundo lugar, cuando se aplica la regla legal, insistimos en la predominancia del principio de favor en derecho francés.

CAPÍTULO II: LA DECENTRALIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA EMANCIPACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN DE EMPRESA

Acabamos de señalar que los puntos de partida de ambos derechos en materia de concurrencia de convenios están muy alejados. Este capítulo tiene la finalidad de subrayar una nueva tendencia que permite, en cambio, un acercamiento de ambos derechos que consiste en favorecer la autonomía de la negociación en el ámbito empresarial.

El predominio de la negociación de empresa llama a la prudencia. Sus ventajas indiscutibles desde el punto de vista económico, se ven compensadas por las garantías ofrecidas por el ámbito sectorial, tanto desde el punto de vista social como económico. Así, no se trata de atribuir una preferencia absoluta a un ámbito determinado sino de

aprovechar las ventajas de ambos. Con este fin, se procede a un reparto de funciones y/o materias entre los distintos ámbitos.

En España, este reparto es una novedad respecto al dispositivo legal del ET-80. En Francia, se trata de diversificar las relaciones entre convenios introduciendo, además del reparto funcional mediante el principio de favor, otras modalidades. En cualquier caso, resulta fundamental identificar si es la ley o la negociación colectiva quien realiza este reparto y cuáles son las vías de comunicación entre ambas fuentes.

En este marco, podemos considerar que una amplia intervención de la ley cuadra con la concepción francesa del derecho de los trabajadores a la negociación colectiva. En cambio, el reconocimiento en España de la autonomía colectiva debe conducir a limitar el papel de la ley y a dejar en manos de los negociadores la determinación del modelo de reparto. Sin embargo, veremos que estas consideraciones no se verifican en los derechos positivos de ambos países.

De todos modos, es importante constatar que ambos dispositivos se inclinan por favorecer la autonomía de la negociación de empresa. Son los medios para alcanzar esta finalidad los que varían.

En Francia, en la reforma de 2004, se han multiplicado las hipótesis de negociación derogatoria directamente en la empresa y se ha permitido a los negociadores de sector establecer mecanismos de articulación distintos al principio de favor. La reforma de 2008 va más allá. Prevé la regla legal supletoria de preferencia al ámbito empresarial cuando no establece en materias concretas su aplicación preferencial.

En España, el cuadro es más denso y complejo. Una primera reforma del año 1994 abrió un nuevo camino debilitando el papel estructurante de los acuerdos marcos, lo que permitió, en la práctica, el fortalecimiento del ámbito sectorial provincial, y creando nuevos instrumentos distintos al convenio colectivo o al acuerdo colectivo, los acuerdos de empresa. Las recientes reformas legales de 2010, 2011 y especialmente de 2012, han modificado en profundidad el dispositivo legal hasta romper, según nuestra opinión, el espíritu del derecho a la negociación colectiva nacido después de la dictadura franquista. En efecto, resta a la autonomía colectiva la capacidad de elegir el modelo de estructura de la negociación y establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa en las materias centrales de la relación de trabajo. Más preocupante, desemboca en un desequilibrio mayor en las relaciones colectivas en

beneficio de la parte empresarial. Así, la puesta en práctica de los acuerdos de empresa que permite el descuelgue del convenio, y las condiciones de modificación de estos acuerdos plantean serias dudas desde un punto de vista constitucional.

SECCIÓN I: Los ataques a la tradicional centralidad del ámbito sectorial en derecho francés

La reforma legal de 2004 ha redefinido el papel del convenio de sector, que puede optar por la emancipación de la negociación de empresa, y ha favorecido los acuerdos de empresa derogatorios a la ley en detrimento de las disposiciones sectoriales. La ley de 2008, sin ningún lugar a duda, ha reforzado esta tendencia e incluso la ha superado en dos aspectos.

Con el fin de tratar esta evolución legislativa, dos ideas centrales pueden ser destacadas. En primer lugar, el convenio de sector se erige como pieza clave de la estructura de la negociación colectiva, puede determinar su grado de imperatividad y, consecuentemente, establecer mecanismos de articulación distintos al principio de favor.

En segundo lugar, la ley establece mecanismos que permiten específicamente a la negociación de empresa ampliar su ámbito de actuación en menoscabo del convenio de sector.

§ 1: El principio de favor a disposición de los negociadores sectoriales

La reforma de 2004 sigue atribuyendo un papel central al convenio de sector pero le asigna nuevas funciones. Así, el convenio de sector no es solo la base normativa a partir de la cual el convenio de empresa puede mejorar las condiciones de trabajo, sino que se le atribuye entre otras funciones, la capacidad de poner en jaque el principio de favor y, así, permitir a un convenio de ámbito reducido derogar las disposiciones de un convenio de ámbito más amplio. El principio de favor se convierte, por lo tanto, en un objeto de negociación.

Como en el dispositivo anterior, la ley de 2004 distingue los conflictos en función de la presencia de un convenio o acuerdo de empresa.

Cuando se trata de convenios de ámbitos superiores a la empresa, el artículo L. 2252-1 CT mantiene la regla clásica según la cual el convenio de ámbito reducido puede

comportar disposiciones más favorables, pero dispone que esta regla se aplica en defecto de pacto contrario.

En presencia de un convenio o acuerdo de empresa, pese al mantenimiento de sus funciones clásicas, en gran medida guiadas por el principio de favor, la reforma de 2004 introduce un nuevo precepto que establece un principio y unas excepciones. El artículo L. 2253-3 CT prevé en su párrafo 2, el principio de derogación por la empresa que le permite poner en jaque el juego del principio de favor. El reparto entre ámbitos de negociación se realiza, por lo tanto, mediante el principio de especialidad.

Esta regla conoce, sin embargo, dos excepciones. La primera, y fundamental, se refiere al carácter supletorio del principio antes expuesto. En efecto, la libertad de derogación está reconocida salvo si el acuerdo de ámbito más amplio establece otra cosa. La segunda excepción contempla una serie de materias que, en todo caso, impiden a la negociación de empresa apartarse de las disposiciones sectoriales (art. L. 2253-3 CT párrafo 1). El salario mínimo, las clasificaciones, la protección social complementaria y la mutualización de los fondos destinados a la formación profesional constituyen materias en las cuales la derogación es imposible y representan el ámbito, legalmente garantizado y sin duda residual, de aplicación del principio de favor.

Esta nueva lógica ha sido avalada por el Consejo constitucional (DC nº 2004-494 de 24 de abril). Los jueces han reafirmado el valor meramente legislativo del principio de favor y han considerado, como justificación suficiente a la preferencia por el ámbito de empresa, la introducción de la “imperfecta” exigencia mayoritaria.

Conclusión § 1

En definitiva, parece interesante insistir en dos aspectos. Por una parte, la imperatividad de las leyes relativas a la estructura de la negociación ha desaparecido. Así, los interlocutores sociales tienen un papel decisivo para regular los mecanismos de articulación entre convenios y, específicamente, para determinar el marco de aplicación del principio de favor. Se trata indudablemente de un fortalecimiento importante de la autonomía colectiva. Por otra parte, resulta obvia la opción legal supletoria de privilegiar los ámbitos más reducidos de negociación.

§ 2: Los favores legales para los acuerdos de empresas

La emancipación y el fomento de la negociación de ámbito empresarial constituyen una prioridad de las reformas de 2004 y 2008. Cada una opta por distintas modalidades de concreción. Mientras la reforma de 2004 aumenta a favor de la negociación de empresa las facultades de derogación a la ley anteriormente limitadas a los convenios colectivos extendidos, la reforma de 2008 da un paso más y atribuye una preferencia aplicativa al acuerdo de empresa en materia de tiempo de trabajo.

Anteriormente a la reforma de 2004, las facultades de derogación están abiertas esencialmente al convenio sectorial extendido. Pues bien, la reforma de 2004 aumenta considerablemente estas facultades a nivel empresarial en las mismas condiciones. Dos materias están peculiarmente afectadas: la jornada de trabajo y los contratos precarios.

Así, el Código del Trabajo contempla tres modalidades de derogación según los ámbitos habilitados. Pueden derogar a la ley el convenio sectorial extendido, el acuerdo de empresa en el marco definido a nivel sectorial por un convenio extendido, o el convenio sectorial extendido “o” el acuerdo de empresa.

En esta última hipótesis, el acuerdo de empresa se sitúa en pie de igualdad con el convenio sectorial extendido. Consecuidamente, el acuerdo de empresa ve aumentado su ámbito material de actuación, el acto de extensión pierde su solemnidad y se multiplican las posibilidades de derogación a la ley.

Sin embargo, el uso de la conjunción “o” no determina qué acuerdo o convenio aplicar si ambos han aprovechado la facultad de derogación. Consideramos que la facultad de derogación conduce a poner en jaque el principio de favor entre la ley y la negociación colectiva pero no actúa en las relaciones entre el ámbito sectorial y el ámbito empresarial. Así, el acuerdo de empresa queda sometido a la regulación sectorial en relación con la facultad de derogación. La reforma de 2008 parece reforzar esta posición.

En cualquier caso, el marco legal procedente de la reforma de 2004 que, insistimos, confía a los interlocutores sociales las facultades de modificar la estructura de la negociación colectiva, no ha sido muy aprovechado en la práctica.

En este contexto, la reforma de 2008 establece de forma clara e imperativa la aplicación preferencial del acuerdo de empresa en una materia específica, el tiempo de

trabajo. Esta opción legal explícita a favor de la negociación de empresa, permite esquivar la prudencia de los negociadores de sector para favorecer la emancipación de las empresas. Más allá, resulta pertinente subrayar que esta opción no toma en consideración la opinión consensuada de los interlocutores sociales plasmada en una “Posición común” anterior a la reforma, según la cual, el convenio de sector seguía siendo el centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva.

La modificación realizada por la reforma de 2008 consiste en sustituir la conjunción “o” por la fórmula “*en defecto de*”. Así, el convenio de sector es claramente supletorio a la intervención del acuerdo de empresa. A la inversa, en las otras hipótesis, podemos por lo tanto pensar que el acuerdo de empresa queda sometido a las disposiciones convencionales.

El carácter supletorio del convenio sectorial previsto por la ley produce dos consecuencias. Por un parte, implica restringir el ámbito de actuación del convenio sectorial a las empresas en las cuales no se puede negociar a causa de la ausencia de negociadores salariales. Por otra parte, conduce a la inaplicación del principio de favor. Así, el acuerdo de empresa se aplica independientemente de su carácter más o menos favorable.

Conclusión SECCIÓN I

Para concluir, resulta pertinente resaltar la doble cara del dispositivo legal. En efecto, por un lado, refuerza el papel central del convenio de sector, especialmente mediante la posibilidad de poner en jaque el principio de favor como mecanismo de articulación entre convenios. En todo caso, el retroceso de la ley en la materia es obvio y se materializa por su conversión de imperativa a supletoria. Se trata, sin duda, de una novedad considerable pues el dispositivo francés, de conformidad con la concepción del derecho a la negociación colectiva, imponía sus mecanismos en materia de estructura de la negociación colectiva y se mostraba receloso ante el reconocimiento de la autonomía colectiva.

Por otro lado, la ley recupera su carácter imperativo y prevé la aplicación preferencial del acuerdo de empresa en materia de tiempo de trabajo. En este caso, el principio de favor no juega consecutivamente al carácter supletorio del convenio de sector impuesto por vez primera por la ley.

SECCIÓN II: La descentralización legal de la estructura de la negociación colectiva en derecho español

A mediados de los noventa se impone una constatación: los interlocutores sociales no han aprovechado su facultad de establecer la estructura de la negociación colectiva y se aplica mayoritariamente la regla legal supletoria de no-afectación del artículo 84 ET, que produce una estructura petrificada, desarticulada y relativamente descentralizada.

En este contexto, la reforma de 1994 realiza un doble movimiento que consiste en establecer un reparto de materias entre convenios colectivos y en crear una nueva figura, distinta de los convenios colectivos, no solamente desde el punto de vista material, los acuerdos de empresas. Veremos que las modificaciones en materia de concurrencia entre convenios no han alcanzado los objetivos fijados, sino muy al contrario.

Pese a la voluntad pretendida de los interlocutores sociales de regular la estructura de la negociación colectiva, las disfunciones del dispositivo legal han favorecido el mantenimiento de la estructura establecida. Así, el sistema español se caracteriza por su perfil desarticulado, que gira en torno a los convenios o acuerdos estatales, a los mayoritarios convenios sectoriales provinciales y a los convenios de empresa. Se dibuja un modelo intermediario de centralización de nivel medio.

Pues bien, las últimas reformas legales, por un lado, han profundizado en el camino fijado por la reforma de 1994, por otro, han modificado sustancialmente el papel respectivo de la ley y de la autonomía colectiva en materia de estructura de la negociación y, por otro, han establecido un dispositivo claramente a favor de la emancipación de la negociación en la empresa.

Un hilo conductor presente en estas sucesivas reformas constituirá la base del razonamiento. Se trata del doble ámbito de actuación de las políticas legales a favor de la negociación de empresa. Por un lado, la ley establece reglas de concurrencia entre convenios y, por otro lado, define el papel de los acuerdos de empresa.

§ 1: La opción legal a favor del convenio de empresa

A fin de analizar la evolución de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos, es procedente distinguir cuatro etapas.

La primera etapa empieza por la reforma de 1994. Mientras se mantiene la regla de no-afectación y su carácter supletorio, se introduce dos nuevos párrafos.

Por un lado, se establece una regla especial de concurrencia que permite la aplicación del convenio sectorial de ámbito más reducido (art. 84.2 ET). Así, además de las hipótesis en las cuales un acuerdo firmado en virtud del artículo 83.2 ET establece otras reglas, la regla de no-afectación conoce otra excepción que abre la puerta a la aplicación de un convenio posterior de ámbito más reducido aunque se aplique un convenio anterior de ámbito más amplio. La eficacia del convenio anterior de ámbito más amplio se ve neutralizada por este convenio, denominado evasivo, que se aplica independientemente de su carácter más o menos favorable. Conviene señalar que la ley prevé una exigencia de legitimación reforzada, pues su válida conclusión implica el apoyo de la mayoría exigida para constituir la comisión y no de la mayoría en cada uno de sus bancos. Por lo que se refiere a la apreciación de los ámbitos de los convenios, aunque la ley tenía como objetivo el fomento de la negociación a nivel autonómico respecto a la negociación estatal, la jurisprudencia admite que el convenio evasivo intervenga en un ámbito geográfico más reducido pero, igualmente, que su ámbito funcional sea más reducido. Sin embargo, estima que no puede jugar el deber de negociar considerando que se cumple la causa de exoneración relativa a la existencia de un convenio en vigor, ya aplicable.

Por otro lado, esta nueva excepción conoce a su vez una limitación, pues el artículo 84.3 ET establece una serie de materias excluidas que no pueden ser tratadas en el convenio evasivo: *“el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica”*. Este nuevo precepto tiene como finalidad poner en adecuación un ámbito de negociación y la regulación de condiciones de trabajo determinadas. Así, la ley opta por un reparto de materias entre ámbitos de negociación que, según la materia considerada, puede desembocar en una limitación de la libertad contractual de los negociadores de ámbito inferior.

En cualquier caso, es importante subrayar que este nuevo dispositivo conlleva una reducción de la capacidad de la autonomía colectiva para regular la estructura de la negociación. En efecto, las reglas de los nuevos artículos 84.2 y 84.3 ET son imperativas y no pueden ser modificadas por un acuerdo colectivo concluido en virtud

del artículo 83.2 ET, cuya función estructurante se ve, así, neutralizada. También se ve afectada la eficacia del convenio estatutario ordinario anterior y de ámbito más amplio, pues el convenio evasivo puede apartarse de sus disposiciones.

En definitiva, sin perjuicio de la introducción, por vez primera, de un reparto de materias matizado en algunos supuestos por un reparto funcional, esta reforma ha favorecido, en la práctica, la desarticulación entre ámbitos de negociación y el fortalecimiento del convenio sectorial provincial. Por otra parte, subrayamos que el convenio de empresa no goza de ninguna atención específica y representa el gran olvidado de la reforma (eso, sin perjuicio de la creación de los acuerdos de empresa).

La segunda etapa se inscribe como reacción al nuevo dispositivo legal nacido de la reforma de 1994 y se corresponde con la tentativa de los interlocutores sociales de (re)apropiarse de la determinación de la estructura de la negociación. Así, el AINC-97 inaugura una práctica convencional que consiste en la conclusión de acuerdos interprofesionales estatales, cuyo objetivo es la racionalización de la estructura de la negociación colectiva. Concretamente, el AINC-97 pretende convertir el ámbito sectorial estatal en el ámbito central y decisivo de la estructura de la negociación colectiva.

De forma general, la doble y contradictoria intervención de la ley y de la autonomía colectiva, no ha modificado sustancialmente la estructura de la negociación colectiva hasta ahora vigente.

La tercera etapa se refiere a la reforma de 2011, que constituye el primer paso de la emancipación del convenio de empresa. Tres aspectos relevantes de esta reforma pueden ser destacados

Primero, el dispositivo vuelve a atribuir a la autonomía colectiva la facultad de ordenar la estructura de la negociación colectiva. En efecto, los interlocutores sociales pueden adoptar reglas distintas a las opciones legales que son supletorias.

Por otra parte, este modelo legal supletorio convierte el convenio de empresa en instrumento preferencial en las materias centrales de las relaciones de trabajo. El nuevo artículo 84.2 ET dispone que el convenio de empresa “*tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias*”: la cuantía de salario base y de los complementos salariales, las compensaciones a las horas extraordinarias, así como la retribución, el horario y la

distribución del tiempo de trabajo, la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, de algunos aspectos de las modalidades de contratación y por último, de las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. La función normativa del convenio no sufre alteraciones pues puede regular estas materias. La regla juega en el momento aplicativo y da preferencia al convenio de empresa.

Finalmente, mantiene la regla de no-afectación y redefine el ámbito de actuación de los convenios evasivos en detrimento de los convenios provinciales sectoriales, pues el nuevo artículo 84.3 ET se refiere explícitamente al ámbito autonómico. Se mantiene un reparto de materias con algunas variaciones respecto a las materias afectadas (art. 84.4 ET). En cualquier caso, este reparto puede, en adelante, ser modificado por las disposiciones de un acuerdo del artículo 83.2 ET.

En definitiva, la reforma de 2011 ofrece una nueva oportunidad a los interlocutores sociales para definir ellos mismos los principios rectores de la racionalización de la estructura de la negociación colectiva. Independientemente de la opción legal para el fomento del convenio de empresa, su carácter supletorio se inscribe en total respeto al reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva. Ahora bien, si anteriormente la pasividad de los interlocutores sociales permitía el *statu quo*, en adelante, va a provocar la aplicación preferencial del convenio de empresa.

La reforma de 2012 marca la cuarta etapa, que consiste en neutralizar la función estructurante de los acuerdos firmados al amparo del artículo 83.2 ET y apostar con fuerza por la emancipación del convenio de empresa (por lo que se refiere a los convenios evasivos, no se realizan modificaciones). Así, la regla legal atribuyendo preferencia aplicativa al convenio de empresa, “*que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior*”, presenta un carácter imperativo que impide la adopción de reglas convencionales distintas al amparo del artículo 83.2 ET. El alcance de la neutralización de la función estructurante supera con creces el dispositivo de la reforma de 1994. En efecto, hoy por hoy, los convenios de empresa, cuya legitimación no es reforzada, disponen de un margen de actuación considerable para definir, sin interferencias, las condiciones de trabajo más importantes para los trabajadores.

Conclusión § 1

Frente a los desajustes de la reforma de 1994, la reforma de 2011 pretendía devolver a los interlocutores sociales la misión de racionalizar la estructura de la negociación, apostando, en caso de pasividad convencional, por el convenio de empresa y por el retroceso de los convenios provinciales. El modelo legal supletorio se articula en dos ámbitos: el ámbito sectorial estatal, que cumple una función estructurante y normativa (aplicándose en las empresas sin convenio propio), y el ámbito empresarial, que sale beneficiado de un reparto de materias, en algunos supuestos matizado por un reparto funcional, que le permite aumentar considerablemente los supuestos de su aplicación preferencial.

Pues bien, la reforma de 2012 realiza una inversión completa del papel de los interlocutores sociales en materia de estructura de la negociación colectiva y opta de forma radical e imperativa por la emancipación total y absoluta del convenio de empresa en las materias centrales de las relaciones de trabajo.

§ 2: El auge de los acuerdos de empresa derogatorios

Paralelamente al fomento del convenio de empresa resulta que, hoy en día, los acuerdos de empresa gozan de un ámbito de actuación que se ha ampliado considerablemente.

La figura de los acuerdos de empresa emerge fundamentalmente en la reforma de 1994, que regula estos instrumentos puntales, específicos y sin vocación generalista. Por otra parte, las últimas reformas legales, esencialmente de 2010 y 2012, han facilitado de manera sustancial el recurso a este tipo de acuerdos, que se convierten en instrumento de flexibilidad interna frente a los despidos.

Ante todo, conviene definir el marco del análisis, pues la noción de “*acuerdos de empresa*” abarca varios acuerdos muy heterogéneos. Dentro de una interpretación estricta, podemos incluir tres modelos de acuerdos de los cuales, el último resulta ser el más relevante para nuestro propósito, que es poner de relieve la emancipación de la negociación empresarial respecto al convenio sectorial.

El primer modelo se refiere a los acuerdos subsidiarios cuya función es colmar las lagunas convencionales. Por lo tanto, quedan sometidos a los convenios colectivos aplicables.

El segundo modelo contempla los acuerdos, denominados de reorganización productiva, previstos en varias disposiciones del ET (art. 40.2, 41, 47, 51). Estos acuerdos constituyen el resultado, deseable pero no necesario, de un periodo de consultas previo a la adopción, por parte del empresario, de una decisión en la materia considerada. Por lo tanto, se trata de garantizar la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y de someter a limitaciones cuya efectividad se puede poner entredicho, el poder del empresario. Así, no se proyectan hacia el convenio colectivo. Estos acuerdos quedan pues sometidos a las disposiciones convencionales aplicables.

Por último, el tercer modelo corresponde a los denominados acuerdos de descuelgue o acuerdos derogatorios, que son acuerdos de empresa capaces de modificar las disposiciones convencionales aplicables. Constituyen, sin duda, el paradigma de la emancipación de la negociación de empresa, pues se aplican de manera preferencial al convenio aplicable, que ve su eficacia puesta en jaque. Así, el objetivo de estos acuerdos es fomentar la capacidad de adaptación coyuntural de las empresas.

El ámbito de actuación de estos acuerdos está limitado a determinadas materias.

En la reforma de 1994, se establece el descuelgue en materia salarial (art. 82.3 ET) y el descuelgue de determinadas condiciones de trabajo previstas en un convenio (art. 41 ET varias veces modificado). La reforma de 2012 fusiona estas dos vías de descuelgue que, en adelante, están sometidas al mismo régimen jurídico (art. 82.3 ET).

Tras esas consideraciones ineludibles, el régimen jurídico de estos acuerdos nos conduce a apreciar las condiciones y exigencias que rodean su elaboración y a cuestionar su aplicación respecto al convenio, es decir, su eficacia y, más allá, su naturaleza.

Por lo que se refiere a su elaboración, el acuerdo de empresa queda sometido a una exigencia de causalidad, al cumplimiento de exigencias de legitimación, a una limitación material y a un periodo previo de consultas. Es conveniente aquí señalar que, anteriormente a la reforma de 2010, la de 1994 había confiado a los convenios sectoriales la regulación del descuelgue salarial en las empresas. En adelante, el descuelgue goza de un régimen legal autónomo que no contempla la intermediación del convenio sectorial.

Pues bien, según el artículo 82.3 al 2 ET, los acuerdos de empresa pueden ser concluidos *“cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de*

producción”. Apuntamos que la reforma de 2010 establece una presunción de existencia de causa una vez concluido el acuerdo. Pues bien, la ley establece los elementos de definición de dichas causas. La definición de la causa económica resulta ilustrativa del proceso legislativo. Hoy en día, existe causa económica “*cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o venta*”. Por otra parte, la ley precisa que “*en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*”. Este criterio meramente aritmético presenta la importante carencia de impedir una apreciación subjetiva y del contexto más global.

En definitiva, la evolución legislativa de las exigencias de causalidad demuestra la tendencia a flexibilizar y facilitar su cumplimiento. Esta voluntad de flexibilización encuentra, por otra parte, su paradigma en el artículo 41 ET relativo a las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo. Ahora bien, esta exigencia constituye un elemento decisivo para justificar jurídicamente la figura del acuerdo de descuelgue.

El cumplimiento de exigencias de legitimación es otro aspecto esencial de los acuerdos de empresa, conectado con su eficacia. La reforma de 2010 ha confirmado las posiciones jurisprudenciales y doctrinales y formula, de manera explícita, que los acuerdos de empresa deben ser concluidos “*por los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1*” (art. 82.3 ET).

Esta reforma establece una novedad considerable, pues contempla a las empresas sin representantes unitarios en las cuales, *a priori*, no se puede negociar en el marco estatutario. Así, puede intervenir una comisión *ad hoc* integrada de al máximo tres miembros. Corresponde a los trabajadores optar entre una comisión sindical (los sindicatos más representativos en el sector designan los miembros, que no tienen por qué ser trabajadores de la empresa) o una comisión compuesta directamente “*por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente*”.

Consideramos, entre otros argumentos, que la intervención directa de los trabajadores sin ninguna intermediación en ningún momento de parte de una estructura sindical plantea dificultades y pone entre comillas el equilibrio real en la negociación.

El contenido de los acuerdos de descuelgue resulta claramente normativo. Se trata de hecho de su finalidad. El artículo 82.3 ET dispone que “*el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa*”.

De conformidad con su cuerpo de acuerdos, tratan de materias determinadas. Sin embargo, la especificidad de estos acuerdos reside en que estas materias están limitadas por ley. En Francia, en los acuerdos derogatorios, la ley establece también las materias afectadas. Ahora bien, en Francia, la derogación se produce hacia la ley y no hacia el convenio colectivo aplicable.

Resulta de la evolución legal que el número y el contenido de las materias afectadas no han dejado de ampliarse. En su redacción actual, estas materias son la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento, las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley, y por fin, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Salvo esta última, son materias comunes a los acuerdos de reorganización productiva. Sin lugar a dudas, estas materias contemplan las condiciones de trabajo centrales y definitorias de la relación laboral.

El acuerdo de empresa de descuelgue, así como el acuerdo de reorganización, constituyen el resultado de un periodo de consultas previsto por ley, concretamente por el artículo 41.4 ET. Ahora bien, si la ausencia de acuerdo impide al empresario inaplicar unilateralmente el convenio colectivo, su poder de decisión no se ve afectado cuando se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el artículo 41 ET. De hecho, el necesario acuerdo traduce la intervención de la autonomía colectiva, que justifica la afectación a la eficacia del convenio colectivo, otra manifestación de la negociación colectiva.

Frente a la ausencia de acuerdo, el dispositivo legal no ha dejado de fomentar los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. A partir de la reforma de 2012, tres mecanismos actúan en momentos distintos.

Durante el periodo de consultas, las partes pueden recurrir a la comisión paritaria del convenio y a la mediación o al arbitraje. En ambos casos, siempre existe un acuerdo entre representantes de los trabajadores y el empresario o sus representantes para resolver el conflicto. Una vez el periodo ha terminado, la reforma de 2012 suprime esta

exigencia de acuerdo. En efecto, según la fórmula “*cualquiera de las partes*”, leamos el empresario, “*podrá someter la solución*” de la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos autonómicos que pueden, a su vez, designar a un árbitro, leamos la sumisión a un arbitraje público obligatorio. Debido a la jurisprudencia constitucional relativa al arbitraje obligatorio y a la intervención decisiva de la administración, que impide la existencia de un acuerdo entre representantes patronales y salariales, consideramos que este mecanismo de arbitraje puede ver su constitucionalidad puesta en entredicho.

Por lo que se refiere a la eficacia del acuerdo derogatorio, su reconocimiento legal, su finalidad y su función, y las exigencias de legitimación implican el reconocimiento de una eficacia que les permite aplicarse de forma imperativa y obligatoria a los contratos de trabajador afectados sin que se pueda invocar el convenio colectivo. Se trata, por lo tanto, de una eficacia muy similar a la de los convenios colectivos. Los mismos argumentos conducen a reconocer la misma eficacia a los acuerdos subsidiarios. Se atribuye también a los acuerdos de reorganización productiva una eficacia que garantiza su aplicación imperativa y automática a los contratos de trabajo afectados.

A partir de ahí, las discusiones se han desplazado hacia la naturaleza de los acuerdos de empresa. Volvemos pues a las discusiones ya contempladas en el análisis de los convenios extraestatutarios. El punto de partida es el artículo 37.1 CE, que gira en torno al sentido de la expresión “*fuera vinculante*”.

Consideramos que esta cuestión no encuentra una respuesta clara y obliga a tomar partido por una interpretación. Así, hemos considerado que dicha eficacia corresponde a la aplicación imperativa y automática a los contratos de trabajadores incluidos en el ámbito del convenio, de conformidad con la teoría de la eficacia real. Esta interpretación cuadra con la eficacia del conjunto de los acuerdos de empresa.

Tiene por otra parte, dos ventajas.

En primer lugar, permite mantener la unidad de los acuerdos de empresa. Ciertamente, los acuerdos de reorganización productiva se acercan más a una manifestación del derecho a la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, conectado al poder de decisión del empresario, que al derecho a la negociación colectiva. El carácter eventual del acuerdo de reorganización productiva, cuya ausencia

no paraliza el poder empresarial, las nuevas ubicaciones en el ET de los acuerdos de empresas, especialmente de los de descuelgue en el Título III ET, así como el carácter por esencia meramente técnico y de acompañamiento de las decisiones empresariales de los acuerdos de reorganización productiva, constituyen tres aspectos de diferenciación que inhabilitan los argumentos expuestos para los acuerdos subsidiarios o de descuelgue. Es conveniente admitir que estos acuerdos pueden constar, en la práctica, de cláusulas que fijen nuevas condiciones de trabajo.

Ahora bien, es cierto que estas cláusulas se aplican a los trabajadores individualmente sin que tengan que dar su consentimiento. Se puede afirmar que estos acuerdos despliegan una eficacia real, de conformidad con el artículo 37.1 CE, y pueden afectar a todos los trabajadores gracias al cumplimiento de las exigencias de legitimación. Sin embargo, es posible considerar que se aplican en virtud de los poderes del empresario.

Una repuesta puede encontrarse en las condiciones de modificaciones de los acuerdos de empresa. Esta cuestión permite subrayar la segunda ventaja de la teoría de la eficacia real, que consiste en delimitar las problemáticas relativas al artículo 41 ET.

Este artículo regula las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reconocidas, entre otros, “*en acuerdos o pactos colectivos*” que no son convenios colectivos del Título III ET y que se refieren, por lo tanto, a los acuerdos de empresa y, añadimos, a los convenios extraestatutarios. Así, estos acuerdos o pactos pueden ser modificados unilateralmente por el empresario mediante esta vía que, recordamos, no se condiciona a la existencia de un acuerdo. Como manifestación del derecho a la negociación y en virtud de la eficacia real de sus productos, su modificación necesita el acuerdo de la autonomía colectiva. Las exigencias de causalidad, la existencia de un periodo de consultas y el control limitado y *a posteriori* del juez no pueden justificar este ataque a la autonomía colectiva en beneficio de los poderes del empresario, lo que nos conduce a estimar inconstitucional el artículo 41 ET.

Ahora bien, otra interpretación puede salvar su inconstitucionalidad y darle sustancia. Considerando que los acuerdos de reorganización productiva permanecen en la esfera de los poderes del empresario y constituyen una limitación de éstos, podemos admitir que su modificación pasa por el mismo proceso que contempla la intervención final y unilateral del empresario. En definitiva, “*los acuerdos o pactos colectivos*” del artículo 41 ET se referirían a los acuerdos de reorganización productiva que garantizan un apoyo y una legitimidad reforzada a la decisión empresarial. El incumplimiento por

parte del empresario de los términos del acuerdo de reorganización productiva se aprecia en una dimensión contractual respecto a los representantes de los trabajadores firmantes.

Una última observación de índole comparativa nos conduce a señalar que, en derecho francés, la posibilidad por el empresario de modificar un producto de la negociación colectiva se realiza sin mención constitucional alguna al derecho a la negociación colectiva. En España, el artículo 37.1 CE conlleva que, lo que ha sido pactado colectivamente, sea modificado colectivamente.

Conclusión § 2

La negociación en el ámbito empresarial puede surgir desde una perspectiva ascendente como una limitación del poder del empresario. Desde una perspectiva descendente, puede constituir el mecanismo de emancipación de la empresa del marco legal y convencional. Los ataques al convenio colectivo estatutario mediante la flexibilización y el fomento de los acuerdos de empresa demuestran que la segunda perspectiva guía la evolución legal.

La noción de acuerdos de empresa es indudablemente compleja y heterogénea pues comprende acuerdos con finalidades distintas. Consideramos que la teoría de la eficacia real ofrece un marco coherente que da cuenta de la diversidad de los acuerdos cuyas peculiaridades resultan de las disposiciones legales. Queda, sin embargo, por resolver las dificultades en torno al artículo 41.2 ET, relativo a las modificaciones de condiciones de trabajo reconocidas en “*acuerdos o pactos colectivos*”.

En todo caso, es una pena que las últimas reformas legales no hayan clarificado las dudas acerca de la noción de acuerdos de empresa, especialmente mediante una reforma del artículo 3 ET.

Conclusión SECCIÓN II

El indiscutible fortalecimiento de la negociación en el ámbito de la empresa se realiza, en derecho español, a través de dos políticas legales: la conversión del convenio de empresa en centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva y el fomento y flexibilización de los acuerdos de empresa, particularmente los de

descuelgue. La existencia de una opción legal tan clara y explícita puede chocar con la concepción del derecho a la negociación colectiva, con el principio de libertad sindical y con el amplio reconocimiento a la autonomía colectiva. Se puede, por el contrario, considerar como una opción conforme a la competencia de la ley que, respetando el derecho a la negociación colectiva, privilegia, en el momento aplicativo, uno de sus productos sin mermar, en el momento creativo, la libertad negocial de otros.

En cualquier caso, parece incompatible con el reconocimiento de la autonomía colectiva, el procedimiento de arbitraje obligatorio en defecto de acuerdo de descuelgue a la expiración del periodo de consultas, pues no consta en ningún momento un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario o sus representantes.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO II

La emancipación de la negociación de empresa es una realidad en ambos países. Ahora bien, su intensidad varía fuertemente.

En Francia, la negociación colectiva de empresa solo dispone de prioridad aplicativa en materia de tiempo de trabajo. Por principio, el convenio de sector establece los mecanismos de articulación, entre los cuales, el principio de favor juega un papel importante. La autonomía colectiva guarda el control sobre la estructura de la negociación colectiva. Así, las reglas en materia de tiempo de trabajo representan la excepción que confirma la regla. En caso de silencio convencional, es notable el cambio de la lógica legal pues, desde la reforma de 2004, el convenio de empresa puede derogar el convenio sectorial. En España, la emancipación de la empresa es adquirida, pues se establece una prioridad aplicativa al convenio de empresa en los elementos claves de la relación de trabajo y, además, se fomenta y facilita el recurso a los acuerdos de empresa derogatorios

Ahora bien, surge una paradoja flagrante. Mientras el derecho francés, receloso de la autonomía colectiva, atribuye, por regla general, a los interlocutores sociales la facultad de regular la estructura de la negociación colectiva, el dispositivo español, promotor de la autonomía colectiva, demuestra hoy en día un autoritarismo latente y patente, que coloca la negociación en la empresa en centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva.

CONCLUSIÓN TÍTULO II

Pese a puntos de partida muy distintos, ambos derechos se caracterizan por una tendencia, más o menos pronunciada pero clara, hacia la emancipación de la negociación de empresa. Consecutivamente, el principio de favor tiende a decrecer en Francia y a no aparecer en España, pues no encaja con el fortalecimiento de las funciones de adaptación y de gestión de la negociación de empresa.

La cuestión de la sucesión de convenios deja patente la inexistencia de un principio de irreversibilidad de los derechos convencionales cuya permanencia depende de las partes negociadoras. También excluye la aplicación del principio de favor pues no se produce ninguna concurrencia de convenios. Sin lugar a dudas, el procedimiento de la revisión garantiza un marco más seguro para los trabajadores. En todo caso, el recurso frecuente a la denuncia plantea dificultades en derecho español, cuya opción radical, en caso de ausencia de acuerdo a la expiración del periodo de ultraactividad, deja a los trabajadores muy desprotegidos y, más paradójicamente, puede poner trabas a la conclusión de un nuevo acuerdo.

CONCLUSIÓN PARTE II

Se desprende del análisis un movimiento legislativo claro y definido. Éste se ilustra por un retroceso de la imperatividad de las leyes en beneficio de la negociación colectiva que ve, por consiguiente, ampliarse su ámbito de actuación. Ahora bien, los caminos tomados por ambos derechos varían en cuanto a su forma y a su intensidad. Las concepciones del derecho a la negociación colectiva constituyen una llave interpretativa pertinente para comprender las divergencias.

La evolución de las reglas legales en materia de estructura de la negociación colectiva conduce a poner de relieve el segundo paso de las políticas legislativas que consiste en favorecer la negociación de empresa. Aquí también, las formas y la intensidad varían. Sin embargo, surge una paradoja pues, en materia de estructura de negociación, el derecho francés se muestra más respetuoso con la autonomía colectiva.

Esta paradoja demuestra cómo la ley no deja de ser el elemento disparador de los movimientos en materia de estructura y puede intervenir de forma decisiva aunque sea en contra de la voluntad de la autonomía colectiva.

Frente a esta evolución, los trabajadores resultan, sin duda, desprovistos. De hecho, les puede quedar solamente su contrato de trabajo para escapar de la regresividad de los convenios. Sobre este punto, el derecho francés, cuando la ley no interviene de forma puntal para invertir la tendencia, parece mantener firme el contrato de trabajo, mientras el derecho español vela por garantizar la superioridad del colectivo sobre el individual. En cualquier caso, una modificación del contrato consecutiva a nuevas disposiciones convencionales puede conducir a un despido en principio procedente. Más allá, en España, la nueva redacción del artículo 41 ET en materia de modificación sustancial del contrato de trabajo resulta muy preocupante, poniendo en riesgo el carácter bilateral de la relación de trabajo.

CONCLUSIÓN GENERAL

Es patente que ambos derechos no han optado por la misma concepción del derecho a la negociación colectiva.

En España, se trata de un derecho-libertad constitucionalmente reconocido a los representantes de los trabajadores y a los de los empresarios, que convierte la autonomía colectiva en un límite de la intervención legal. En Francia, la negociación colectiva se concibe como una manifestación del principio constitucional de participación, por lo que se reconoce unilateralmente a los únicos trabajadores. Así, la ley debe garantizar esta limitación del poder empresarial y favorecer el reequilibrio de las relaciones de trabajo, elevándolas a nivel colectivo. Mantenido a nivel legal, esta concepción puede cambiar con más facilidad que en derecho español, pues éste, la ha plasmado en la Constitución.

Ahora bien, la multiplicación de las funciones de la negociación colectiva y el retroceso de su función de mejora, pone en cuestionamiento la viabilidad de la concepción francesa del derecho a la negociación colectiva.

En efecto, la ley ha apoyado, de manera constante, este movimiento de diversificación de las funciones de la negociación colectiva. Su intensidad y sus formas varían en Francia y en España. Sin embargo, se detecta un mismo movimiento que consiste en fomentar la emancipación de la empresa. Las relaciones de poder entre los interlocutores sociales habían permitido mantener un cierto equilibrio que, no obstante, no les había impedido tomar en consideración el necesario papel de la negociación de empresa. Así pues, fue la ley la que rompió este equilibrio para favorecer dicho nivel.

Sin duda, el derecho español ha dado recientemente un paso más, mediante la reformas de 2010 y 2011, pero especialmente mediante la última reforma de 2012. Dicha reforma plantea problemas de constitucionalidad indubitables. Por lo que nos interesa, el arbitraje público obligatorio y el contenido del artículo 41 ET resultan, según nuestra opinión, no conformes al texto constitucional, pues no garantizan el necesario acuerdo entre los interlocutores sociales para actuar en materia de negociación colectiva.

En todo caso, una variable permite entender, además de las distintas concepciones del derecho a la negociación colectiva, las divergencias entre ambos

derechos en cuanto al papel de la ley. Se trata de las exigencias relativas a las partes negociadoras y a la conclusión del convenio o del acuerdo. Así, el derecho español ha previsto, desde su formación, un dispositivo legal que pretende garantizar sobre todo la legitimidad de las partes negociadoras. Hemos visto que padece de carencias en el momento de la aprobación del convenio. En cualquier caso, la hegemonía del criterio de la audiencia electoral y el juego de la exigencia mayoritaria constituyen los dos aspectos centrales del dispositivo cuyo favor por la negociación colectiva es indudable.

Estas consideraciones desplazadas al derecho francés pueden conducir a pensar que las últimas reformas de 2004 y 2008, que modifican las reglas de representatividad introduciendo con fuerza el criterio de la audiencia electoral y consagran una exigencia mayoritaria, tienen como objetivo garantizar la legitimidad del convenio y constituyen la última etapa de un proceso, convirtiendo la negociación de empresa, desprovista de marco legal o convencional, en instrumento preferencial de regulación de las condiciones de trabajo. ¿La ley de 2008 en materia de tiempo de trabajo es así una excepción o una señal precursora?

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	13
SOMMAIRE GENERAL	17
INTRODUCTION.....	19
PARTIE PRELIMINAIRE : LES CONCEPTIONS FRANÇAISE ET ESPAGNOLE DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE	31
TITRE I : LA RECONNAISSANCE DE LA FIGURE CONVENTIONNELLE.....	32
CHAPITRE I : LA PRISE EN COMPTE DES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL.....	33
SECTION I : L'influence négative du dogme libéral.....	33
SECTION II : La reconnaissance forcée des acteurs collectifs	34
§ 1 : <i>L'intérêt collectif comme fondement des pouvoirs syndicaux en France.....</i>	<i>35</i>
§ 2 : <i>L'instabilité politique espagnole.....</i>	<i>36</i>
CHAPITRE II : LA CONSOLIDATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE.....	41
SECTION I : L'instauration de deux modèles de conventions collectives en France	41
SECTION II : L'utilisation détournée de la convention collective par la dictature franquiste.....	44
CONCLUSION TITRE I	50
TITRE II : LA PROCLAMATION DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE	51
CHAPITRE I : LE SENS ET LA PORTEE DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE.....	52
SECTION I : La perspective constitutionnelle du droit à la négociation collective	52
§ 1 : <i>La proclamation de l'article 37.1 CE du droit à la négociation collective.....</i>	<i>52</i>
A. La double garantie de l'article 37.1 CE	56
B. Les titulaires du droit à la négociation collective	59
§ 2 : <i>Le rattachement du droit à la négociation collective au principe de participation des travailleurs en droit français.....</i>	<i>62</i>
A. Le principe-norme de participation	63
B. La portée constitutionnelle de la négociation collective	66
1. La polysémie de la notion « de principe » en droit du travail.....	66
2. La conception jurisprudentielle de la négociation collective comme principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 CF.....	68
Conclusion SECTION I.....	69
SECTION II : Les rôles et limites de l'intervention légale	70
§ 1 : <i>La traduction légale du droit à la négociation collective</i>	<i>71</i>
A. La promulgation du Statut des Travailleurs et la reconnaissance explicite de la négociation collective comme manifestation de l'autonomie collective.....	73
1. Le caractère bidirectionnel du droit à la négociation collective	74
2. L'instauration d'un devoir de négocier à la charge de la partie réceptrice de la demande de négociation	75
a) Le contenu du devoir de négocier	76
b) Les limitations du devoir de négocier	80
B. La proclamation légale du « droit des salariés à la négociation collective » en France	88
1. Les éléments structurels de la loi de 1971	89
a) Le caractère univoque d'un <i>droit</i> reconnu aux <i>salariés</i>	89
b) Le maintien de la dimension conflictuelle de la convention collective.....	91
2. Les procédures de négociations obligatoires instaurées par la loi de 1982	95
a) La négociation obligatoire au niveau de la branche	96
b) La négociation obligatoire dans l'entreprise à la charge de l'employeur.....	99
c) Les contours de l'exigence de loyauté.....	104
Conclusion § 1.....	112
§ 2 : <i>La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective.....</i>	<i>113</i>
A. Le rôle de la notion de <i>contenu essentiel</i> en droit espagnol.....	114
1. Le contenu essentiel comme limite de l'intervention légale.....	115
2. La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective comme contenu essentiel de la liberté syndicale.....	116

B. Les implications de la proclamation légale du droit des salariés à la négociation collective en France	118
1. Le droit des salariés à la négociation collective comme PGD.....	119
2. Les limites au contenu de l'intervention légale : le noyau dur du droit à la négociation collective	122
3. Vers une transformation de la conception de la négociation collective: de la proclamation d'un droit des salariés à la reconnaissance de l'autonomie collective?	123
CONCLUSION CHAPITRE I.....	126
CHAPITRE II : L'EFFICACITE DE LA CONVENTION COLLECTIVE.....	127
SECTION I : L'application impérative et automatique au contrat de travail comme manifestation de l'effet normatif de la convention collective.....	128
§ 1 : <i>Le fondement légal en France</i>	129
§ 2 : <i>L'ambiguïté de l'article 37.1 de la Constitution Espagnole</i>	133
A. Les différentes thèses doctrinales	138
1. La thèse contractuelle	139
2. La thèse normative	141
3. La thèse intermédiaire : l'effet réel de la convention collective	142
B. L'ambiguïté jurisprudentielle	146
1. Les oscillations entre la thèse normative et celle de l'effet réel en matière de convention statutaire	147
2. Les oscillations entre la thèse de l'effet réel et celle de l'effet contractuel en matière de convention extrastatutaire.....	148
§ 3 : <i>La reconnaissance de l'efficacité réelle de la convention comme manifestation consubstantielle à la négociation collective</i>	151
SECTION II : La prérogative légale de déterminer l'efficacité personnelle de la convention	155
§ 1 : <i>L'élément distinctif du paradigme légal espagnol</i>	156
A. La convention statutaire renforcée.....	157
B. La convention extrastatutaire d'efficacité limitée.....	158
§ 2 : <i>L'atténuation du principe de l'efficacité limitée en droit français</i>	161
A. Les implications de l'article L. 2254-1 CT.....	161
B. La procédure administrative de l'extension	163
1. Les règles encadrant la procédure de négociation de la convention collective susceptible d'être étendue	164
2. Le caractère réglementaire de la convention collective étendue	166
CONCLUSION TITRE II.....	169
CONCLUSION PARTIE PRELIMINAIRE	171
PARTIE I : L'INTERVENTION LEGISLATIVE LORS DE L'ELABORATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE.....	173
TITRE I : LE CADRE LEGAL RELATIF AU PROCESSUS DE NEGOCIATION ET DE CONCLUSION : LA QUÊTE DE LEGITIMITE DE LA CONVENTION COLLECTIVE.....	175
CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES ACTEURS DE LA NEGOCIATION	179
SECTION I : La notion de représentativité des organisations professionnelles en France et en Espagne, spécialement en matière de négociation sectorielle	181
§ 1 : <i>Les conceptions légales espagnole et française de la représentativité syndicale en matière de négociation collective</i>	182
A. La représentativité en droit espagnol : condition d'accès à la négociation	184
B. La représentativité en droit français : condition traditionnelle de validité de la convention..	190
§ 2 : <i>Les critères de la représentativité prouvée des syndicats de salariés en droit positif</i>	195
A. Les différentes configurations du critère de l'audience électorale	196
1. L'audience électorale comme critère unique et exclusif en droit espagnol	196
2. La nouvelle configuration du critère de l'audience électorale par la loi de 2008 en droit français	204
B. Les conditions d'application de l'audience électorale	217
1. Les carences du critère de l'audience électorale mesurée par rapport aux élections professionnelles	218

a) Un processus électoral imparfait : les problèmes d'application des élections professionnelles en matière de représentativité syndicale	219
b) Un processus électoral dénaturé : la syndicalisation des élections professionnelles	229
2. L'opportunité de recourir à des critères supplémentaires?	238
a) L'inapplication du critère d'implantation syndicale en Espagne.....	239
b) Les autres critères de représentativité en droit français et la place centrale du critère de l'audience électorale en matière de négociation collective.....	242
C. Des panoramas syndicaux sous influence légale	244
1. Le pluralisme « très tempéré » en Espagne	245
2. Le traditionnel « pluralisme à cinq composantes » du droit français.....	248
§ 3 : <i>La mesure de la représentativité des organisations d'employeurs : un mal endémique commun</i>	250
A. La nature et la capacité conventionnelle des organisations d'employeurs	251
B. L'exigence de représentativité en matière de négociation collective sectorielle	254
1. La généralité de l'exigence de représentativité en Espagne	254
2. L'exigence de représentativité comme exception en droit français.....	260
3. Les difficultés pour apprécier la représentativité.....	261
C. La représentation patronale au niveau du groupe	266
1. Le mandat légal au représentant de l'entreprise dominante en France	267
2. L'autoorganisation patronale en Espagne.....	270
Conclusion SECTION I.....	274
SECTION II : La représentation salariale dans la négociation d'entreprise	276
§ 1 : <i>La représentation syndicale</i>	277
A. L'identification de la partie syndicale dans la négociation.....	279
1. Le délégué syndical comme négociateur de principe en France.....	280
a) Le renforcement de la légitimité du DS	281
b) L'intervention du syndicat par d'autres voies que le DS	286
2. Les conditions d'intervention des sections syndicales en Espagne	292
a) La problématique de l'intervention directe du syndicat résolue par le RDL /2011..	293
b) La légitimation initiale des sections syndicales	295
3. La détermination des négociateurs syndicaux au niveau global de l'entreprise composée de plusieurs centres de travail ou de plusieurs établissements et dans le groupe d'entreprises.....	306
a) L'entreprise composée de plusieurs centres de travail ou de plusieurs établissements	307
b) La négociation au niveau du groupe d'entreprises	313
B. L'intervention des syndicats affiliés à une organisation plus représentative	315
1. L'inefficacité du lien affiliatif en matière de négociation collective en droit français et la disparition annoncée de la présomption de représentativité	318
a) Les carences du dispositif antérieur à la loi de 2008.....	319
b) La progressive généralisation de la représentativité prouvée.....	323
2. La limitation des effets de l'irradiation par la portée de la légitimation initiale.....	333
Conclusion § 1.....	339
§ 2 : <i>La représentation élue : intervention alternative ou subsidiaire</i>	341
A. La compétence de la représentation unitaire en matière de négociation collective statutaire en Espagne	346
1. La traditionnelle prédominance de la représentation unitaire.....	349
2. La nouvelle logique du RDL 7/2011 et le sens de la réforme	355
B. L'intervention de la représentation élue dans les entreprises dépourvues de délégué syndical en France	360
1. L'intervention subsidiaire.....	363
2. L'intervention doublement limitée	366
a) Les objets de la négociation	367
b) L'intervention préférentielle des RSS en fonction de l'effectif de l'entreprise.....	370
3. L'entrée en vigueur des procédures de négociations subsidiaires	373
Conclusion § 2.....	376
CONCLUSION SECTION II:.....	377
CONCLUSION CHAPITRE I.....	379
CHAPITRE II : L'APPUI DE L'EXIGENCE MAJORITAIRE	383
SECTION I : L'exigence majoritaire comme condition de validité de la négociation et de la conclusion d'une convention statutaire en Espagne	385
§ 1 : <i>Les intérêts majoritaires représentés dans la commission de négociation</i>	385

A. La formation de la commission de négociation au niveau sectoriel et au niveau du groupe	393
1. Le droit à faire partie de la commission	394
2. La mise en œuvre de l'exigence majoritaire et les conséquences en l'absence de résultats électoraux	399
3. L'application du principe de proportionnalité représentative	405
B. La formation de la commission de négociation au niveau de l'entreprise	411
1. Le droit à faire partie de la commission	412
2. La mise en œuvre de l'exigence majoritaire et les conséquences en l'absence de résultats électoraux	417
a) Les modalités d'appréciation de l'exigence majoritaire	417
b) Les conséquences de l'absence de représentation unitaire et l'hypothèse des conventions catégorielles	420
3. La répartition des postes dans la commission : l'application jurisprudentielle du principe de proportionnalité représentative avant sa consécration par la réforme de 2011	428
C. La désignation des membres physiques de la commission et son fonctionnement	437
Conclusion § 1.	443
§ 2 : Les modalités d'adoption de la convention collective : modèle de décompte des voix et cadre de référence de l'appréciation de la représentativité.	444
A. Les différentes positions doctrinales	446
1. La doctrine favorable au vote personnel	447
2. La doctrine favorable au vote proportionnel	449
3. La doctrine favorable au critère mixte	450
B. La tendance jurisprudentielle	452
C. Le cadre de référence de l'appréciation de la représentativité	455
CONCLUSION SECTION I:	459
SECTION II: L'exigence majoritaire comme condition de validité de la conclusion d'une convention collective de travail en France	460
§ 1 : La double déclinaison de l'exigence majoritaire des accords ou conventions conclus par les syndicats et les délégués syndicaux	463
A. La majorité d'opposition comme condition d'annulation de la convention	464
1. L'assouplissement des conditions de mise en œuvre	464
2. Un mécanisme contestable	467
B. La majorité d'engagement comme condition de validité de la convention	470
1. L'instauration conventionnelle de l'exigence majoritaire dans la loi de 2004	471
2. La consécration légale de la majorité relative d'engagement par la loi de 2008	474
a) La majorité relative d'engagement	475
b) Une mise en œuvre problématique	477
§ 2: Les conditions de conclusion de la convention négociée par des représentants autres que le DS	483
A. La conclusion par les représentants élus majoritaires et l'approbation des syndicats représentatifs au niveau de la branche	484
B. La conclusion par les représentants syndicaux hors DS et le recours au « référendum »	492
Conclusion SECTION II:	497
CONCLUSION CHAPITRE II	501
CONCLUSION TITRE I	503
TITRE II : L'INTERVENTION LEGISLATIVE RELATIVE AU CONTENU DE LA CONVENTION COLLECTIVE	507
CHAPITRE I : L'AUTORITE DE LA LOI COMME POINT DE DEPART ET LA FONCTION ORIGINALE D'AMELIORATION DE LA CONVENTION	509
SECTION I : Les fondements de la supériorité hiérarchique des lois	510
§ 1 : La supériorité de la loi définie dans le cadre constitutionnel	510
A. L'encadrement de la supériorité hiérarchique de la loi en droit espagnol	511
B. La subordination de la convention à la loi en droit français	516
Conclusion § 1.	519
§ 2 : La supériorité de la loi définie dans le cadre légal : l'impérativité des lois.	520
A. La soumission de la convention aux dispositions légales de droit nécessaire en Espagne	522
B. La loi d'ordre public en droit français	525
SECTION II : L'originalité du droit du travail : l'impérativité relative	528
§ 1 : Les fondements de l'impérativité relative	530
A. L'article L. 2251-1 in fine CT	530
B. Les minimums de droit nécessaire évoqués à l'article 3.3 ET	532

§ 2 : <i>L'impérativité relative : une option légale parmi d'autres</i>	536
A. Le jeu de l'article 3.3 ET au moment applicatif	536
B. Le dogme évanescent de l'ordre public social en France.....	538
1. La signification de l'OPS	538
2. Le domaine de l'OPS	540
Conclusion SECTION II:	541
CONCLUSION CHAPITRE I.....	543
CHAPITRE II : L' AUTOLIMITATION DE LA LOI COMME TENDANCE ACTUELLE ET LES FONCTIONS D' ADAPTATION ET DE GESTION DE LA CONVENTION COLLECTIVE	545
SECTION I: Les manifestations de l'émancipation de la négociation collective.....	546
§ 1: <i>L'intervention de la négociation collective en amont de la loi : sa fonction législative</i>	546
A. La loi de 2007 et l'association des interlocuteurs sociaux au processus législatif en France 549	
1. La procédure de la loi de 2007	551
2. Evaluation critique de la réforme: la mainmise étatique	553
B. La concertation sociale en Espagne : une pratique conventionnelle et politique enracinée et malmenée	558
Conclusion § 1:	565
§ 2: <i>Les modes d'articulations en aval de la loi distincts à l'impérativité relative</i>	566
A. La relation de complémentarité au sens strict : la convention comme règlement d'application	568
1. Une relation consubstantielle à la place de la négociation collective en droit espagnol.....	568
2. La fonction réglemantaire de la convention collective comme voie de reconnaissance du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux en droit français.....	571
B. La relation de supplétivité.....	575
1. Une relation conforme à la place de la négociation collective en droit espagnol	575
2. L'accord dérogoaire en droit français.....	577
C. La « pure dispositivité » ou la délégalisation.....	583
1. Le paradigme de la reconnaissance de l'autonomie collective en droit espagnol.....	584
2. Les réticences du droit français	587
Conclusion § 2:	588
Conclusion SECTION I.....	589
SECTION II: Les nouveaux cadres de la négociation collective	589
§ 1: <i>Le mythe de la flexibilité</i>	591
A. La mise en œuvre de la flexibilité.....	592
1. L'essor de la négociation à partir de la réforme de 1994 en droit espagnol	592
2. Un processus lent mais certain en droit français	594
B. La flexibilité : « une vieille rengaine »	600
Conclusion § 1.....	603
§ 2: <i>Les relations de la loi et de la convention en matière d'emploi</i>	603
A. La négociation en matière d'emploi en France.....	604
1. La négociation sur l'emploi comme paradigme de la négociation de concession	605
2. L'(in)efficacité des clauses en matière d'emploi.....	608
a) La force obligatoire de l'engagement en matière d'emploi.....	608
b) Vers un renforcement de l'effectivité des engagements en matière d'emploi?	612
B. De l'homogénéisation des conditions d'emploi à la prétendue flexisécurité en Espagne	616
1. Les différents cadres légaux	618
2. L'intervention des interlocuteurs sociaux.....	623
Conclusion § 2.....	627
Conclusion SECTION II	628
CONCLUSION CHAPITRE II.....	631
CONCLUSION TITRE II.....	633
CONCLUSION PARTIE I.....	635

PARTIE II : L'INTERVENTION DE LA LOI LORS DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE : LES MECANISMES D'ARTICULATION ENTRE LES DIVERSES SOURCES APPLICABLES AUX RELATIONS DE TRAVAIL 637

TITRE I : L'ARTICULATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE ET DES AUTRES SOURCES	641
CHAPITRE I : L'ARTICULATION DES CONVENTIONS COLLECTIVES ET DES NORMES HÉTÉRONOMES	643
SECTION I: Les apports partiels et partiels du droit communautaire.....	644
§ 1: <i>L'articulation entre les directives européennes et la négociation collective</i>	647
A. La législation européenne négociée.....	648
B. La mise en œuvre des directives par les interlocuteurs sociaux.....	650
1. Le renvoi de l'Etat.....	651
2. Le renvoi direct de l'UE.....	652
§ 2: <i>La mise en œuvre des accords autonomes européens selon les pratiques des Etats et des partenaires sociaux</i>	653
SECTION II: L'articulation entre la convention collective et les normes étatiques.....	658
§ 1: <i>L'articulation loi-convention: de l'application du plus favorable aux salariés à l'application préférentielle et indifférenciée de la norme conventionnelle</i>	659
A. Le postulat de l'application de la convention plus favorable comme corollaire de sa fonction traditionnelle d'amélioration	659
1. Le champ d'application de l'article 3.3 ET en droit espagnol.....	660
2. La formulation jurisprudentielle en droit français	661
B. L'application préférentielle et indifférenciée de la convention collective	663
1. L'impact des nouveaux modes d'articulation entre la loi et la convention au moment élaboratif	664
a) Les conséquences de la réduction de l'impérativité des lois en droit espagnol.....	664
b) La mise à l'écart du principe de l'application de la norme plus favorable par l'accord dérogatoire en France	666
2. Les méthodes de comparaison.....	668
a) La comparaison globale par groupes homogènes en Espagne.....	669
b) L'ambiguïté de la formule de «comparaison globale avantage par avantage».....	673
Conclusion § 1.....	676
§ 2: <i>L'application subsidiaire et spécifique du règlement</i>	676
A. L'articulation loi-convention au détriment de l'articulation traditionnelle loi-règlement comme particularité du droit du travail	677
1. Les relations classiques loi-règlement.....	677
a) La fonction de mise en œuvre des lois strictement appréciée en droit espagnol	677
b) Le domaine théoriquement étendu du règlement en France.....	679
2. L'option légale de privilégier la convention au détriment du règlement	680
a) La convention comme instrument de mise en œuvre de la loi au niveau sectoriel en Espagne	681
b) La convention comme norme de mise en œuvre des lois en France	683
B. L'application du règlement à défaut de convention collective	684
1. Les hypothèses restrictives du droit espagnol	684
2. Le rôle du règlement dans la loi de 2008 en matière de temps de travail en France	687
Conclusion § 2.....	688
CONCLUSION CHAPITRE I.....	689
CHAPITRE II : L'ARTICULATION ENTRE LA CONVENTION COLLECTIVE ET LE CONTRAT DE TRAVAIL	691
SECTION I: La fonction régulatrice guidée par le principe de faveur	693
§ 1: <i>La supériorité hiérarchique de la convention</i>	694
A. La reconnaissance de l'effet impératif et automatique	694
1. La dimension constitutionnelle en Espagne	694
2. L'actuelle conception légale en droit français	699
B. La disponibilité des droits conventionnels.....	700
1. La renonciation.....	701
2. La transaction	705
Conclusion § 1.....	708
§ 2: <i>L'application de la disposition contractuelle plus favorable</i>	709

A. Les fondements de l'application de la disposition contractuelle plus favorable.....	709
1. L'application de la disposition contractuelle plus favorable en droit français.....	709
2. L'hétérogène principe de condition plus avantageuse en Espagne.....	711
B. Les difficultés inhérentes aux modalités de comparaison.....	715
Conclusion SECTION I.....	716
SECTION II : Les brèches du modèle traditionnel.....	716
§ 1: <i>L'émancipation du contrat de travail</i>	717
A. Le sens de la prohibition d'établir des dispositions contraires en droit espagnol.....	719
B. Les renvois de la loi au contrat individuel de travail.....	722
1. Les renvois ponctuels et encadrés du droit français.....	722
2. Les renvois à l'autonomie individuelle dans la réforme de 1994.....	724
a) Les renvois de la loi au contrat.....	724
b) L'incidence de l'augmentation du rôle de la négociation collective.....	726
Conclusion § 1.....	729
§ 2: <i>Les limites à la résistance du contrat de travail</i>	729
A. L'application de la convention collective moins favorable dans le silence du contrat de travail.....	730
B. La portée du droit de refus en France.....	734
C. Le principe d'inamovibilité du contrat de travail et la suppression de la condition plus avantageuse en Espagne.....	739
CONCLUSION CHAPITRE II.....	747
CONCLUSION TITRE I.....	749
TITRE II : L'ARTICULATION ENTRE CONVENTIONS COLLECTIVES ET AVEC LES AUTRES PRODUITS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE.....	751
CHAPITRE I : LES MECANISMES TRADITIONNELS DE COORDINATION.....	757
SECTION I: Les hypothèses de successions de conventions collectives: la reconnaissance de la régressivité des conventions collectives.....	757
§ 1: <i>Les procédures de dénonciation</i>	760
A. Les procédures promouvant la renégociation d'une nouvelle convention juridiquement autonome.....	761
1. La procédure de la dénonciation.....	762
a) Les auteurs de la dénonciation.....	765
b) La promotion de la renégociation.....	773
2. L'application autonome du nouvel accord.....	777
a) « <i>L'accord exprès</i> » en droit espagnol.....	777
b) L'accord de substitution du droit français.....	782
B. Les conséquences de l'absence d'un accord de substitution.....	785
1. Le maintien légal des avantages individuels acquis en France.....	786
a) La contractualisation de l'AIA.....	786
b) La délicate qualification d'avantage individuel acquis.....	788
2. De l'ultraactivité indéfinie à la disparition programmée de la convention dénoncée en Espagne.....	792
a) Le droit antérieur à la réforme de 2011 et l'appréciation large du contenu normatif.....	793
b) Les réponses apportées par la loi de 2011 : l'exclusion du seul devoir de paix et le renforcement des mécanismes de solution.....	798
c) La limitation de l'ultraactivité et les risques de vides conventionnels dans la Loi 3/2012.....	805
§ 2: <i>Les procédures de révision</i>	810
A. La procédure légale de révision en droit français.....	811
B. « <i>Un véritable vide normatif</i> » en Espagne comblé par la réforme de 2012.....	817
§ 3: <i>Les transferts d'entreprise</i>	820
Conclusion SECTION I.....	826
SECTION II: Les règles de concurrence entre conventions collectives.....	828
§ 1: <i>La traditionnelle application de la règle du plus favorable en France</i>	830
A. Le fondement du mécanisme de l'application du plus favorable.....	831
1. L'hégémonique principe de faveur.....	832
2. La supplétivité de la branche soumise à l'existence de dispositions légales expresses.....	837
B. Les méthodes de comparaison.....	842
1. La comparaison semi-analytique par rapport à l'ensemble des salariés.....	842
2. La comparaison globale en présence d'une convention en matière d'emploi.....	844

C. La coordination avec les autres produits de la négociation collective	847
Conclusion § 1.....	848
§ 2 : La règle de non-affectation en droit espagnol	849
A. La règle de non-affectation.....	851
1. La règle légale de non-affectation comme préférence applicative de la convention déjà en vigueur.....	851
a) L'appréciation de l'affectation au moment applicatif	852
b) Les possibilités de changement d'unité de négociation	857
2. Les accords-cadre de l'article 83.2 ET	865
a) L'élaboration des accords-cadre.....	867
b) Les effets des accords-cadre.....	872
B. La coordination avec la convention extrastatutaire : les conditions d'application du plus favorable.....	881
Conclusion § 2.....	887
Conclusion SECTION II	888
CONCLUSION CHAPITRE I.....	889
CHAPITRE II: LA DECENTRALISATION DE LA STRUCTURE DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE ET L'EMANCIPATION DE L'ENTREPRISE.....	891
SECTION I: Les atteintes à la traditionnelle centralité de l'accord de branche en droit français	898
§ 1: La disponibilité du principe de faveur pour les négociateurs de branche	899
A. Le principe légal supplétif de liberté de déroger	899
B. La fonction régulatrice impartie à la convention de branche	906
§ 2: Les faveurs légales pour l'accord d'entreprise.....	907
A. Les facultés de dérogation directe issues de la loi de 2004	908
B. La passivité des interlocuteurs sociaux suite à la réforme de 2004	912
C. La supplévitivité de l'accord de branche en matière de temps de travail dans la réforme de 2008	915
Conclusion SECTION I.....	918
SECTION II: La décentralisation légale de la structure de la négociation collective en droit espagnol ..	919
§ 1: L'option légale en faveur de la convention d'entreprise.....	921
A. La réforme de 1994 et les travers des conventions évasives.....	922
1. La concurrence décentralisatrice	923
2. L'affaiblissement de l'article 83.2 ET	929
B. Les politiques conventionnelles confrontées aux réformes légales de 2011 et 2012	933
1. Les politiques conventionnelles	934
2. L'option légale en faveur de l'émancipation de la convention d'entreprise dans les réformes de 2011 et 2012	941
a) Le renforcement de la fonction structurante des accords-cadre et l'option légale supplétive pour l'émancipation de la convention d'entreprise dans la réforme de 2011	942
b) La mise à l'écart de l'autonomie collective et l'option légale impérative pour l'émancipation de l'entreprise dans la réforme de 2012.....	947
Conclusion § 1.....	950
§ 2: L'essor des accords d'entreprise dérogatoires	951
A. Les conditions d'élaboration des accords de décrochage	963
1. L'exigence de causalité malmenée	965
2. Les exigences de légitimation	971
a) L'assimilation des exigences de légitimation aux conventions statutaires comme règle de principe	972
b) Le recours à des négociateurs subsidiaires en cas d'absence de représentation unitaire: constitutionnalité et opportunité du mécanisme?	975
3. Contenu et procédure.....	979
a) Le contenu des accords de décrochage.....	979
b) La procédure	982
4. Les conséquences en l'absence d'accord.....	989
a) Les mécanismes traditionnels et renforcés de solutions extrajudiciaires de conflits	991
b) L'arbitrage obligatoire à la rescousse de l'employeur	995
B. L'efficacité des accords d'entreprises de décrochage et la nature des accords d'entreprise	1001
1. L'efficacité des accords de décrochage	1001
2. La nature et la notion d'accords d'entreprise	1004

a) Les carences des interprétations normative, contractuelle et fonctionnelle et la pertinence du caractère unitaire de la notion « d'accords d'entreprise ».....	1006
b) Les contreparties de l'application de la thèse de l'efficacité réelle.....	1015
<i>Conclusion § 2</i>	1023
Conclusion SECTION II	1024
CONCLUSION CHAPITRE II.....	1027
CONCLUSION TITRE II.....	1029
CONCLUSION PARTIE II.....	1033
CONCLUSION GENERALE	1037
INDEX ALPHABETIQUE.....	1043
BIBLIOGRAFÍA EN ESPAÑOL	1055
BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS.....	1099
RESUMEN EN ESPAÑOL	1135
TABLE DES MATIERES	1257

Résumé

Ce travail vise à réaliser une approche globale des systèmes de négociation collective français et espagnol au travers d'une approche comparative. Dans ce cadre, il apparaît que la loi joue, dans les deux pays, un rôle central. L'appréciation de la portée de son intervention doit cependant conduire, de manière préalable, à envisager le cadre constitutionnel dans lequel elle peut intervenir. Une fois cette étape franchie, suivant la distinction classique entre approche dynamique et statique de la négociation collective, l'analyse des conditions d'élaboration et d'application de ses différents produits, et spécialement de la convention collective de travail, permet de mettre en exergue un certain rapprochement des deux législations et ce, malgré des cadres constitutionnels substantiellement divergents. En effet, de manière très synthétique, il est possible de considérer que, dans les deux pays, la loi s'attache à garantir le maximum de légitimité aux accords et conventions tout en augmentant leur marge de manœuvre vis-à-vis d'elle-même et en favorisant l'émancipation de la négociation d'entreprise. L'approche comparative permet toutefois de souligner que l'intensité et les modalités de cette politique légale varient selon le pays en cause. Dans tous les cas, cette politique favorise une multiplication des fonctions de la négociation collective qui se réalise au détriment de sa fonction originaria d'amélioration des conditions de travail. Désormais, la négociation collective se convertit dans son essence en un instrument supplémentaire de gestion de l'entreprise offert aux employeurs.

Mots-Clefs : Négociation collective, convention collective, représentativité, ordre public social, articulation conventions, France, Espagne.

Resumen

Este trabajo persigue como objetivo general realizar una aproximación global a los sistemas de negociación colectiva español y francés, con el fin de difundir en ambos países, mediante un estudio comparativo, sus rasgos característicos. Uno de ellos corresponde al papel central de la ley para regular dichos sistemas. Así, es preciso elevar al nivel constitucional las discusiones para delimitar el marco de actuación de la ley. Una vez definido el marco constitucional de intervención de la ley en materia de negociación colectiva, y siguiendo la distinción clásica entre la dimensión dinámica y la dimensión estática del convenio colectivo, el análisis de las condiciones de elaboración y de aplicación de los productos de la negociación, especialmente del convenio colectivo de trabajo, permite poner de relieve que, pese a sustanciales divergencias en el plano constitucional, ambas legislaciones acercan posiciones. En efecto, de manera muy sintética, se observa cómo la ley pretende garantizar la máxima legitimidad al convenio fomentando, al mismo tiempo, su emancipación de los imperativos legales y el ámbito de negociación empresarial. Sin embargo, el enfoque comparativo del trabajo permite destacar que las opciones de ambos dispositivos legales no tienen la misma intensidad y no se reflejan en las mismas modalidades. En cualquier caso, es posible considerar que, en ambos países, la negociación colectiva no tiene ya como finalidad central la mejora de las condiciones de trabajo sino que se ha convertido en un instrumento suplementario de gestión de la empresa ofrecido a los empleadores.

Palabras claves: Negociación colectiva, convenio colectivo, representatividad, imperatividad de la ley, estructura negociación colectiva, España, Francia.

Abstract

The general objective of this work is to make a global approach to the Spanish and French systems of collective bargaining in order to spread its characteristics through a comparative study in both countries. One of these characteristics lies in the central role of the law to regulate these systems. Therefore it is necessary to raise the discussions to a constitutional level to delimit the legal action framework. Once the constitutional framework related to the action of the law in collective bargaining has been defined, and following the classical distinction between dynamic and static dimension of collective bargaining agreements, the analysis of the conditions of elaboration and enforcement of the bargaining, specially the bargaining agreements, will emphasize the fact that both legislations are similar, despite the substantial differences at constitutional level. In fact, the law attempts to ensure maximum legitimacy of the bargaining agreement, encouraging its emancipation from legal imperatives and employer bargaining at the same time. However, the comparative study shows that the options of both legal systems have not the same intensity and do not result in the same modalities. Despite of this fact, one can conclude by saying that in both countries the improvement of working conditions is not the collective bargaining agreements main goal. Therefore these agreements have become a supplementary instrument of the employer which is offered to workers as a management tool.

Key words: Collective bargaining, collective agreement, France, Spain