

UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE I
Faculté de droit
École doctorale Sciences juridiques et politiques – LIRHE

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ
Présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2007

par

Audrey LAFON

**LE RÔLE DU DIALOGUE SOCIAL
COMMUNAUTAIRE EN DROIT DU TRAVAIL
FRANÇAIS**

MEMBRES DU JURY

Monsieur Alain POUSSON

Professeur à l'Université de Toulouse I, Directeur de recherche

Monsieur Gérard JAZOTTES

Professeur à l'Université de Toulouse I

Madame Marie-Ange MOREAU

Professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence

Madame Christine NEAU-LEDUC

Professeur à l'Université de Montpellier I

Monsieur Pierre RODIÈRE

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Alain Pousson d'avoir dirigé avec attention ce travail.
Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma reconnaissance.

Je remercie également les membres du Lirhe pour leur soutien et leurs précieux conseils qui ont accompagné la réalisation de cette thèse.

A Lionel.
A Elise, à mes parents.
A mes amis.

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

act.	Actualités
aff.	Affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique du droit administratif
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bibli.	Bibliothèque
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>BS</i>	Bulletin social Francis Lefèbvre
c/	Contre
CA,	Cour d'appel
Cass. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} Civ.,	1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Ch., Ch. mixte	Chambre, Chambre mixte de la Cour de cassation
chr.	Chronique
<i>Chron. Intern. de l'IRES</i>	Chronique internationale de l'IRES
CE	Conseil d'État
CEEP	Centre européen des entreprises publiques
CES	Confédération européenne des syndicats
<i>Cf.</i>	Confer
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CFE-CGC	Confédération française de l'encadrement
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGPME	Confédération générale des petites et moyennes entreprises
CGT	Confédération générale du travail
CGT-FO	Confédération générale du travail - Force ouvrière
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
<i>D</i>	Recueil Dalloz, hebdomadaire, périodique
DC	Décision du Conseil constitutionnel
<i>DO</i>	Droit ouvrier
Doct.	Doctrine
<i>Dr. social</i>	Droit social
ét.	Étude
Fasc.	Fascicule
GOPE	Grandes orientations de politique économique
<i>Ibidem</i>	Au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique (semaine juridique)
<i>JCP éd. G, E, Soc.</i>	Juris-Classeur périodique, édition générale, entreprise, sociale
<i>JDI</i>	Journal de droit international
<i>JO</i>	Journal Officiel

<i>JOCE</i>	Journal Officiel des Communautés européennes
<i>JSL</i>	Jurisprudence sociale Lamy
juris.	Jurisprudence
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de la jurisprudence
Liais. Soc.	Liaisons Sociales
<i>LES</i>	Liaisons Sociales Europe
	Mouvement des entreprises de France
	Méthode ouverte de coordination
MOC	Numéro
N°, n°	Observations
obs.	Ouvrage précité
<i>Op. cit.</i>	Page
p.	Petites Affiches
<i>PA</i>	Plan d'action nationale
PAN	Préface
préf.	Presses universitaires
PU	Presses universitaires de France
PUF	Rapport
Rapp.	Recueil
Rec.	Répertoire civil Dalloz
Rép. civ.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Req.	Revue de droit du travail
<i>RDT</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RD publ.</i>	Revue internationale de droit comparé
	Revue internationale du travail
<i>RID comp.</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RIT</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RJS</i>	Revue de recherche juridique ou Droit prospectif
<i>RMCUE</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RRJ</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTD civ.</i>	Suivant(e)s
<i>RTD eur.</i>	Sommaire, sommaires commentés
suiv.	Spécialement
Somm., Somm. comm.	Semaine sociale Lamy
spéc.	Solidaires, unitaires et démocratiques
<i>Sem. soc. Lamy</i>	Suivant
SUD	Supplément
Suiv.	Ci-dessus
suppl.	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>supra</i>	Travail et protection sociale
TPICE	Traité instituant la Communauté européenne
	Traité instituant l'Union européenne
<i>TPS</i>	Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises
traité CE	Union économique et monétaire
traité UE	Union des confédérations de l'industrie et d'employeurs d'Europe.
UEAPME	
UEM	
UNICE	

UNSA
UPA
Vol.

Union nationale des syndicats autonomes
Union professionnelle de l'artisanat
Volume

SOMMAIRE

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	6
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	12
- PARTIE I - LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE A LA PRODUCTION LÉGISLATIVE.....	27
TITRE I LA PARTICIPATION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE À LA PRODUCTION LÉGISLATIVE DE LA COMMUNAUTÉ.....	29
Chapitre I Les partenaires sociaux européens intégrés à la procédure législative	30
Chapitre II Les partenaires sociaux européens associés à la méthode ouverte de coordination.....	56
Conclusion du Titre I.....	80
TITRE II L'INFLUENCE DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE SUR LA PRODUCTION LÉGISLATIVE FRANÇAISE	81
Chapitre I L'influence limitée sur le droit substantiel.....	84
Chapitre II L'influence espérée sur la procédure législative.....	120
Conclusion du Titre II	172
CONCLUSION DE LA PARTIE I	173
- PARTIE II - LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE A L'ELABORATION DE REGLES PROFESSIONNELLES.....	174
TITRE I L'INTERVENTION DES NIVEAUX COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS DANS L'ESPACE EUROPÉEN DE NEGOCIATION.....	176
Chapitre I La coordination des niveaux communautaire et français de négociations interprofessionnelles et sectorielles.....	178
Chapitre II Les prémices de la négociation dans l'entreprise transnationale.....	226
Conclusion du Titre I.....	267
TITRE II LA LEGITIMITE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS L'ESPACE EUROPÉEN DE NEGOCIATION	268
Chapitre I L'insuffisance de règles communautaires de représentativité	270
Chapitre II La nécessaire réforme de la représentativité des partenaires sociaux nationaux	286

Conclusion du Titre II	346
CONCLUSION DE LA PARTIE II	347
CONCLUSION GENERALE	348
BIBLIOGRAPHIE	351
INDEX	376
TABLE DES MATIÈRES	382

INTRODUCTION

« C'est une grande folie de vouloir être sage tout seul »
LA ROCHEFOUCAULD¹.

1. « La source négociée a conquis droit de cité »² en droit du travail français. De même, le dialogue social participe, aujourd'hui, pleinement à l'élaboration d'un droit du travail communautaire. A la suite du sommet organisé pour célébrer les vingt ans du dialogue social communautaire³, son rôle en droit du travail français, légal et conventionnel, mérite d'être étudié.

2. L'influence croissante du droit communautaire sur toutes les branches du droit français⁴ est largement affirmée⁵, parfois dénoncée⁶. La prééminence du droit communautaire sur les lois françaises découle à la fois de l'article 55 de la Constitution⁷ et du principe de

¹ *Maximes* (édition de 1678), 231, Garnier-Flammarion, 1977.

² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 5^{ème} édition, Montchrestien, 2006, spéc. n° 66.

³ Ce sommet s'est déroulé le 29 septembre 2005. Voir les pages du site de la Commission européenne sur le dialogue social : http://ec.europa/employment_social/social_dialogue.

⁴ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11^{ème} édition, Sirey, 2006, spéc. p. 74.

⁵ *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Sous la direction de J.-S. BERGE et M. L. NIBOYET, Bruylant, 2003.

⁶ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 48 et suiv. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 7^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 312.

⁷ « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

primauté du droit communautaire⁸. Le juge français écarte⁹ ainsi les dispositions légales ou réglementaires contraires aux traités communautaires¹⁰, au droit dérivé¹¹ et aux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)¹².

La doctrine française s'intéresse à l'influence du droit communautaire sur le droit du travail français¹³, mais délaisse quelque peu l'étude de l'influence des actes émis par les partenaires sociaux européens¹⁴.

3. Le droit du travail communautaire¹⁵ est l'une des branches, avec le droit de la sécurité sociale¹⁶, du « droit social communautaire ». Le droit social est intégré au « premier pilier » de l'Union européenne (UE), c'est-à-dire à la composante communautaire de l'Union¹⁷. Ce premier pilier correspond au traité instituant la Communauté européenne (traité CE).

En matière sociale, la Communauté a pour objectifs « *la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources*

⁸ Ce principe est dégagé par la jurisprudence de la CJCE (Arrêt Costa c/ENEL, du 15 juillet 1964, Rec. p. 1141) et appliqué par la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Contrats concurrence consommation*, 1993, n° 12, comm. 220) ; cf. P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, 2^{ème} édition, Defrénois, 2005, spéc. n° 302, et les développements de G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Sirey, 2006, p. 291 et suiv.

⁹ Certains auteurs pensent que les prises de position des juges sont de nature politique et non juridique (leur interprétation de l'article 55 serait dévoyée) : B. BEIGNIER, C. BLERY, *Cours d'introduction au droit*, Montchrestien, 2006, spéc. p. 153.

¹⁰ La Cour de cassation l'a admis dans le célèbre arrêt Jacques Vabre (Ch. mixte, 24 mai 1975, *D*, 1975, 497, concl. TOUFFAIT) et le Conseil d'État a suivi cette position, en reconnaissant à la juridiction administrative le pouvoir de contrôler la conformité aux traités des lois même postérieures (CE, 20 octobre 1989, Nicolo, *JCP éd. G*, 1989, II, 21371, concl. Frydman).

¹¹ Que ce soit les règlements (CE, 24 septembre 1990, Boisdet, *Rec. p.* 251), ou les directives (CE, 28 février 1992, Rothman, *Gaz. Pal.*, 1992, 2, p. 741, concl. M. LAROQUE).

¹² P. MALAURIE, P. MORVAN, *Op. cit.*, spéc. n° 302 ; F. TERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 311.

¹³ Parmi beaucoup de références : cf. les manuels : P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2002 ; B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006 ; et cf. des ouvrages et thèses : F. KESSLER et J.-F. LERHNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*, Editions Liaisons, 2003 ; M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Les relations sociales en Europe*, Liaisons sociales, 2005 ; N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit du travail français*, PUAM, 2000.

¹⁴ J.-C. JAVILLIER, « Sur l'Europe, le droit et le droit social », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 13, spéc. p. 14. Voir M. HECQUET qui a consacré une thèse sur le dialogue social européen (*Essai sur le dialogue social européen*, Préf. B. TEYSSIÉ, Bibli. de droit privé, Tome 488, LGDJ, 2007).

¹⁵ Pour certains l'existence d'un droit européen du travail est incertaine (T. REVET, « Un droit européen du travail ? », in *Le droit privé européen*, sous la direction P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 1998, p. 108).

¹⁶ L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2006, spéc. n° 174. C'est une coordination des régimes de sécurité sociale qui a été mise en place, le caractère national de la protection sociale demeure, même si certaines convergences peuvent être relevées (M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, coll. A droit ouvert, Dalloz, 2006, spéc. p. 12).

¹⁷ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, p. 17.

humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions » (article 136 du traité CE).

Même si les partenaires sociaux¹⁸ sont autorisés à négocier en matière de protection sociale et peuvent voir leur accord repris dans une décision prise à l'unanimité par le Conseil (article 139, §2, *in fine* du traité CE), le dialogue social ne concerne pas, dans les faits, cette matière¹⁹. L'étude du dialogue social communautaire se concentre, pour cette raison, sur le droit du travail, entendu au sens du traité CE comme les matières relevant du Titre VIII intitulé « L'emploi » et relevant du Titre XI, et spécialement du Chapitre 1, « Dispositions sociales ». Le droit du travail communautaire est vaste et se définit, en négatif, comme ce qui ne relève pas de la protection sociale et de la sécurité sociale.

4. La participation des partenaires sociaux européens à l'élaboration du droit communautaire du travail est assez récente. Dans le traité de Rome du 25 mars 1957, les partenaires sociaux ne sont présents qu'à travers le rôle du Comité économique et social. De plus, il est fait une allusion, dans l'ancien article 118, au droit syndical et à la négociation collective entre employeurs et travailleurs, en tant qu'objet de la collaboration des États membres en matière de politique sociale²⁰. Le droit du travail est une matière délaissée par le législateur européen pour éviter toute harmonisation, espérant peut-être une harmonisation « par la force invisible du marché »²¹. Les règles de droit du travail ne concernent, pour l'essentiel, que la libre circulation, jusqu'au tournant opéré lors d'un Conseil de la Communauté européenne, en 1974, qui a abouti à une décision portant sur un programme d'action sociale, jugé tout aussi nécessaire que la réalisation de l'Union économique et monétaire²². La Commission a été priée de mettre en place un programme pour que soient adoptées des mesures visant au plein emploi et à l'amélioration de la qualité du travail, à l'amélioration des conditions de vie et de travail ainsi qu'à l'amélioration de l'implication des travailleurs dans la vie de l'entreprise et à l'implication des partenaires sociaux dans les

¹⁸ L'expression « partenaires sociaux » est une facilité de langage, qui permet de nommer, d'une part, les organisations représentant les employeurs ou, dans certaines hypothèses un seul employeur, et, d'autre part, les syndicats.

¹⁹ La possibilité offerte dans le traité pourra être exploitée, dans le futur, par les partenaires sociaux ; futur qui semble lointain car, pour que les partenaires sociaux se saisissent d'une telle question, cela suppose que les institutions communautaires aient des compétences plus étendues en matière sociale, et la volonté d'harmoniser tous les droits nationaux en la matière.

²⁰ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 64.

²¹ M. FUCHS, « Le bilan du droit européen du travail », in *Les normes sociales européennes*, LSE, supplément n° 111, 2004, p. 23, spéc. p. 24.

²² M. FUCHS, *Ibidem*.

décisions économiques, sociales et politiques de la Communauté²³. Ce programme pose le principe d'une implication des partenaires sociaux, ce qui ne fera que se confirmer et s'amplifier par la suite, jusqu'à la situation actuelle qui désigne les partenaires sociaux comme acteurs principaux du droit communautaire du travail.

M. DELORS, dès sa nomination à la tête de la Commission en 1984, est conscient qu'une harmonisation du droit du travail ne peut pas être envisagée selon la conception traditionnelle de la construction communautaire. Il favorise l'idée d'un dialogue social par lequel, dans des domaines comme l'emploi et les conditions de travail, des solutions consensuelles peuvent être adoptées par les organisations d'employeurs et de salariés²⁴. Cet état d'esprit imprègne les rencontres de Val Duchesse, dès 1985, date qui marque véritablement la naissance du dialogue social selon la Commission²⁵. La Commission y convoque les partenaires sociaux, fixe l'ordre du jour des réunions, les préside (à la demande des partenaires sociaux) et assure le soutien logistique²⁶. Les partenaires sociaux se réuniront tous les ans, la Commission nourrissant l'espoir que ces rencontres aboutissent à des débats fructueux²⁷. Cette initiative de la Commission est le point de départ d'une intensification des rencontres des partenaires sociaux. Ces derniers parviendront même à s'émanciper de la Commission, en négociant de leur propre initiative²⁸.

5. L'Acte unique européen, signé les 17 et 28 février 1986, pose les premiers fondements juridiques de l'intervention des partenaires sociaux européens en droit communautaire du travail²⁹. L'ancien article 118 B envisage, dès 1986, à l'initiative de la Commission, que les partenaires sociaux européens peuvent négocier et créer des relations conventionnelles. La Commission se retrouve ainsi l'instigatrice du dialogue entre les partenaires sociaux.

La Commission confie, à la suite du Conseil européen de Rome des 14 et 15 décembre 1990, à un groupe de travail composé de représentants des partenaires sociaux (de l'Union des confédérations de l'industrie et d'employeurs d'Europe (UNICE), du Centre européen de l'entreprise publique (CEEP) et de la Confédération européenne des syndicats (CES)), la charge de définir le rôle que devraient jouer les partenaires sociaux dans le processus de

²³ M. FUCHS, *Ibidem*.

²⁴ M. FUCHS, *Op. cit.*, spéc. p. 26.

²⁵ Voir sur le site de la Commission : http://ec.europa/employment_social/social_dialogue

²⁶ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 726.

²⁷ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*.

²⁸ Les partenaires sociaux européens, de leur propre initiative, ont conclu un accord sur le télétravail, le 16 juillet 2002, *cf.* n° 265.

²⁹ J.-C. SECHE, L'Europe sociale après Maastricht, *Cahier de droit européen*, 1993, p. 509, spéc. p. 534.

décision de la Communauté. Les réflexions du groupe de travail sont consignées dans un texte qui est intégralement repris par les signataires de l'Accord sur la politique sociale du 7 février 1992³⁰.

Cet Accord sur la politique sociale communautaire va fonder le rôle des partenaires sociaux dans la prise de décision de la Communauté et également leur ouvrir la possibilité d'instaurer des relations conventionnelles au niveau européen. L'Accord est inséré dans les protocoles accompagnant le traité de Maastricht du 7 février 1992, sous le titre de « Protocole sur la politique sociale », ce qui lui accorde une portée juridique équivalente aux traités. Le texte de l'Accord est ensuite intégré, dans le traité d'Amsterdam (signé les 16 et 17 juin 1997), aux articles 137 et suivants. Les partenaires sociaux sont désormais consultés systématiquement lors de la procédure législative communautaire, et peuvent émettre un accord qui, sur leur demande, est repris dans une décision du Conseil, sur proposition de la Commission ; les partenaires sociaux peuvent aussi négocier et aboutir à des relations conventionnelles de leur propre initiative.

A partir des années 1990, les formes d'intervention des partenaires sociaux vont se multiplier, ils prennent part, sollicités par les institutions, à toutes les actions de la Communauté, que ce soit la réglementation communautaire ou les mesures de coopération des politiques de l'emploi.

6. Le dialogue social communautaire, devenu un élément essentiel du droit du travail, est garanti par l'ensemble des textes européens consacrant les droits fondamentaux, auxquels le traité sur l'Union européenne, et celui instituant la Communauté européenne, renvoient³¹. Ces droits fondamentaux protègent les acteurs du dialogue social ainsi que les moyens par lesquels ils s'expriment. La liberté syndicale et le droit à la négociation collective sont reconnus dans ces différents textes³².

³⁰ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 727.

³¹ La CJCE garantit l'effectivité de la protection de l'ensemble des droits fondamentaux reconnus dans les États membres. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1977 (aff. 11/70, Rec. p. 1125), la Cour énonce que « les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect », puis elle s'est prononcée spécifiquement sur la reconnaissance de la liberté syndicale (CJCE 28 octobre 1975, Rutili, aff. 36/75, Rec. p. 1219.).

³² Il est à noter que la liberté syndicale et les droits d'organisation et de négociation collectives sont reconnus respectivement dans les conventions n° 87 et 98 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), depuis 1948 pour la première et 1949 pour la seconde ; J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004, spéc. n° 245 et suiv.

L'article 6 du traité UE dispose : « 1. *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.*

2. *L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire (...)*³³ ».

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, affirme, dans son article 11, la liberté de réunion et d'association, garante de l'exercice des droits syndicaux³⁴.

Les droits sociaux fondamentaux sont également consacrés par la Charte sociale européenne ainsi que par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Le traité CE renvoie explicitement, dans son article 136, à ces deux Chartes. La Charte sociale européenne (signée à Turin le 18 octobre 1961, révisée à Strasbourg le 3 mai 1996) proclame notamment, dans la partie II, à l'article 29, le droit syndical et le droit à la négociation collective. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, du 9 décembre 1989, prévoit que « *le dialogue entre partenaires sociaux, qui doit être développé, peut déboucher, si ceux-ci l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles notamment au plan professionnel et sectoriel* » (article 12, §2).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 7 décembre 2000, dispose dans son article 12 « Liberté de réunion et d'association » (point 1) : « *Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts* ». L'autorité juridique de cette Charte aurait dû être renforcée par son intégration dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe qui n'est pas entré en vigueur en raison de sa non ratification par la France et les Pays-Bas. La Charte reste, pour l'instant, une simple proclamation. Cependant, elle sera intégrée au Traité simplifié qui devrait être signé par les chefs d'États des vingt-sept États membres, en décembre 2007, ce qui lui confèrera la même autorité que ledit Traité.

³³ Notre droit constitutionnel reconnaît la liberté syndicale dans l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946.

³⁴ Voir, par exemple, l'arrêt *Gustafsson c/ Suède* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le 25 avril 1996, *D*, 1997, p. 363.

Concernant les modalités d'exercice de la liberté syndicale, les articles 138 et 139 du traité CE³⁵ prévoient que les partenaires sociaux peuvent établir des relations conventionnelles. L'article 137 du traité CE dispose que, subsidiairement, la Communauté peut intervenir concernant « la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs ».

7. Les partenaires sociaux européens, malgré leur implication récente dans l'élaboration du droit du travail communautaire, sont désormais des acteurs à part entière de ce droit. La place qui leur est accordée est encouragée par les institutions communautaires elles-mêmes³⁶. La participation croissante des partenaires sociaux communautaires peut être mise en parallèle avec l'évolution de la participation des partenaires sociaux en France³⁷. Les partenaires sociaux français se sont d'abord vus reconnaître la possibilité de conclure des conventions collectives, puis ont été admis à participer au processus législatif.

8. Le droit français a, initialement, consacré l'existence de représentants syndicaux, avant de légiférer à propos des modalités des actes conclus par eux et les employeurs (ou les organisations d'employeurs). La loi du 21 mars 1884, dite loi Waldeck-Rousseau, autorise la possibilité de se regrouper en organisations professionnelles (mettant fin au délit de coalition posé par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791), et consacre le droit syndical. Il faut attendre la loi du 12 avril 1920 pour que soit affirmée explicitement la personnalité juridique des syndicats³⁸, leur reconnaissant ainsi la possibilité de défendre les intérêts collectifs de la profession devant toute juridiction et celle d'acquérir et de vendre des biens. Les principes posés par ces lois se retrouvent, aujourd'hui, en partie dans le Code du travail³⁹. Les syndicats et les organisations patronales ont pu réglementer les professions à partir de 1919, puis 1936 et 1950. La loi du 4 mars 1919 reconnaît l'existence du contrat collectif, elle sera modifiée et

³⁵ Concernant l'article 138 du traité CE prévoit que la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux ; l'article 139 dispose : « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* ». Seul l'article 139, dans l'ensemble du traité CE, concerne l'accord collectif communautaire.

³⁶ Ce qui ne semble pas faiblir : la déclaration de huit pays de l'Union européenne, du 14 février 2007, affirme la volonté de soutenir le dialogue social européen (reproduite dans *JCP éd. Soc. 2007*, Act. n° 99).

³⁷ Les droits nationaux, au sein de l'Union européenne, connaissent tous une forme de participation des partenaires sociaux et cette fonction normative puissante de la négociation collective : M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 15.

³⁸ G. COUTURIER, *Traité de droit du travail, 2/Les relations collectives de travail*, PUF, 2001, spéc. p. 328.

³⁹ N. OLSZAK, « La défense collective des intérêts : la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Editions ouvrières, 1998, p. 61, spéc. p. 70.

complétée par la loi du 24 juin 1936⁴⁰ qui va favoriser la conclusion et l'extension des conventions collectives⁴¹.

« A l'autorité de la « loi professionnelle » reconnue par la loi du 24 juin 1936 a succédé la reconnaissance de la liberté conventionnelle, enjeu principal de la loi [du 11 février] 1950, puis l'affirmation du droit des salariés à la négociation [par la loi du 13 juillet] 1971 »⁴². La loi de 1950 pose l'architecture des rapports entre la loi et la liberté conventionnelle, les autorités publiques s'en remettent aux négociations professionnelles pour la réglementation de certains thèmes⁴³. La loi de 1950 marque une étape importante car elle prévoit qu'une convention collective s'applique aux entreprises adhérentes à l'organisation d'employeurs signataire et à tous les salariés, qu'ils soient ou non adhérents aux organisations syndicales signataires. La convention collective est, ainsi, confortée dans son rôle de source du droit⁴⁴. Le droit de la négociation collective est renforcé par la loi du 13 juillet 1971⁴⁵ qui affirme le droit des salariés à la négociation collective⁴⁶, puis par la loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits de travail⁴⁷. Entre-temps, la loi du 27 décembre 1968 avait fait preuve d'une véritable innovation⁴⁸ en prolongeant la liberté syndicale par l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, et par l'instauration de la section syndicale et des délégués syndicaux.

La négociation collective s'est développée, en France, à tous les niveaux (interprofessionnel, de branche et d'entreprise) entretenant des rapports particuliers avec les pouvoirs publics. Dès 1971, le Gouvernement souhaite qu'une véritable politique contractuelle se mette en place⁴⁹. Ainsi, s'est développée la pratique dite des lois négociées, « consistant à donner force de loi à tout ou partie d'un accord national interprofessionnel, négocié à l'initiative des partenaires

⁴⁰ C. DIDRY, « La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936 », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Éditions ouvrières, 1998, p. 129.

⁴¹ J. PELLISIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 14.

⁴² M.-L. MORIN, « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Éditions ouvrières, 1998, p. 179.

⁴³ Les partenaires sociaux négocieront un régime d'allocations aux travailleurs privés d'un emploi (1958), l'allongement des congés légaux (1956) et l'institution d'une durée minimale de préavis de congédiement (1958) : J. PELLISIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 16.

⁴⁴ J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004, spéc. p. 418.

⁴⁵ M. DESPAX, LA réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971, *Dr. social*, 1971, p. 530.

⁴⁶ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, Préf. M. DESPAX, Bibli. de droit social, Tome 27, LGDJ, 1994.

⁴⁷ Loi n° 82-957.

⁴⁸ G. COUTURIER, *Op. cit.*, spéc. p. 329.

⁴⁹ J. LE GOFF, *Op. cit.*, spéc. p. 423.

sociaux ou du Gouvernement, pour réformer un domaine du droit du travail (mensualisation, formation professionnelle, emplois précaires, licenciements, aménagement du temps de travail, etc.) »⁵⁰. Le thème d'un développement du droit conventionnel s'est imposé depuis lors dans le débat⁵¹.

9. Les dernières modifications importantes du droit de la négociation collective sont intervenues assez récemment par le biais de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social⁵², et de la loi du 31 janvier 2007 dite de modernisation du dialogue social⁵³. Ces deux lois ont réformé, en profondeur, le droit de la négociation collective : la première a modifié les conditions de validité des conventions collectives et l'articulation des niveaux de négociation, et la seconde a formalisé les rapports entre les partenaires sociaux et le législateur.

10. Les partenaires sociaux, en droit français, sont les porte-parole des salariés et des employeurs ainsi que les auteurs de normes professionnelles. Ils exercent ces fonctions, confortés par les droits constitutionnels. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁵⁴, à son alinéa 6, reconnaît 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* », et l'alinéa 5 dispose que « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».

11. L'expression « dialogue social » est très utilisée. Elle semble d'abord être entrée dans les habitudes du langage communautaire⁵⁵, avant de pénétrer formellement le droit français (dans les intitulés de la loi du 4 mai 2004 et du 31 janvier 2007⁵⁶). Le dialogue social ne connaît pourtant pas de définition juridique précise⁵⁷.

⁵⁰ A. SUPROT, *Le droit du travail*, Que sais-je ?, 3^{ème} édition, PUF, 2006, spéc. p. 103.

⁵¹ J. LE GOFF, *Op. cit.*, spéc. p. 426.

⁵² Loi n° 2004-391.

⁵³ Loi n° 2007-130.

⁵⁴ Intégré au bloc de constitutionnalité avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, Liberté d'association (n° 71-44 DC).

⁵⁵ Particulièrement la Commission qui y fait référence dans ses communications. Le terme « dialogue social » a été employé pour la première fois, au niveau européen, dans l'Accord social de Maastricht ; E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle*, coll. « travaux du CERIC », Bruylant, 2007, spéc. p. 112.

⁵⁶ Il y fait référence aussi dans les nombreux rapports remis au Gouvernement français.

⁵⁷ N. MAGGI-GERMAIN, Sur le dialogue social, *Dr. social*, 2007, p. 798.

La Commission, qui a encouragé la participation des partenaires sociaux, a sa propre conception du dialogue social⁵⁸ qui regroupe quatre domaines : l'information, la consultation, le partenariat pour l'emploi et la négociation⁵⁹. La Commission s'intègre au dialogue social⁶⁰, elle l'incite, le conduit et l'entérine (ce que lui commande, d'ailleurs, l'article 138 §1 du traité CE).

« Au-delà d'un indéniable effet de mode, l'expression (dialogue social) renvoie nécessairement à une certaine conception des rapports sociaux dans laquelle les conflits d'intérêts, sans être niés, peuvent se résoudre par un échange d'informations et un débat sur les objectifs qu'une collectivité entend se donner et les moyens de les réaliser »⁶¹. Le dialogue social fait référence à la large part octroyée aux partenaires sociaux dans la production du droit. Le droit du travail, qu'il soit communautaire ou interne, s'enrichit des négociations issues des relations des partenaires sociaux.

Le « dialogue »⁶² a une acception plus large que celle du langage courant⁶³. Ce terme s'entend, ici, non pas simplement d'un « entretien entre deux personnes », mais d'un échange de paroles et d'informations entre deux parties ou plus, ainsi que des actes qui résultent de cet échange. Le dialogue est « social » car il a pour acteurs principaux les partenaires sociaux⁶⁴,

⁵⁸ COM(98) 322, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, 20 mai 1998, p. 2.

⁵⁹ L'Organisation Internationale du Travail (OIT) retient les mêmes éléments pour décrire ce qu'est le dialogue social : « toutes formes de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre représentants des Gouvernements, des employeurs et des travailleurs sur des questions d'intérêt commun liées à la politique économique et sociale. Il peut se présenter sous la forme soit d'un processus tripartite, dans lequel le Gouvernement serait officiellement partie au dialogue, soit de relations bipartites impliquant uniquement la main d'œuvre et la direction (ou les syndicats et les organisations d'employeurs), avec ou sans la participation indirecte du Gouvernement. La concertation peut être informelle ou institutionnalisée, mais le plus souvent elle est les deux à la fois. Elle peut avoir lieu aux plans national ou régional ou au niveau de l'entreprise. Enfin, elle peut être interprofessionnelle, sectorielle, ou une combinaison des deux ». Définition donnée sur le site Internet de l'OIT, sur la page « dialogue social » ;

<http://ilo.org/public/french/dialogue/themes/sd.htm>.

⁶⁰ COM(98) 322, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, 20 mai 1998, p. 9. La Commission s'octroie un certain nombre de missions : promouvoir l'échange d'informations ; adapter les procédures de consultation au niveau interprofessionnel, sectoriel. La Commission se donne un rôle premier puisqu'elle veut établir un nouveau cadre de dialogue, mais aussi des consultations au titre de l'accord sur la politique sociale, établir un partenariat pour l'emploi, mettre l'accent sur l'action conjointe et la négociation. Pour la Commission, la raison d'être du dialogue social est de permettre la rencontre des partenaires sociaux afin de définir des objectifs communs et d'aboutir à des engagements concrets.

⁶¹ P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005, spéc. p. 100.

⁶² Le mot dialogue est emprunté au latin *dialogus*, du grec *dialogos* « entretien, notamment philosophique », sur le modèle des dialogues de Platon, formé sur *logos* « discours » (E. BAUMGARTNER, P. MENARD, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le Livre de Poche, 1996).

⁶³ Définition extraite du dictionnaire *Littré*.

⁶⁴ En l'absence de partenaires sociaux, certains acteurs peuvent y pallier pour qu'existe le dialogue social, cf. *infra* n° 343 et suiv.

contribuant à l'élaboration de la norme sociale. « Il doit être le moyen de communication entre les différents interlocuteurs en droit social »⁶⁵.

Le « dialogue social » est divers : il peut être tantôt passif, tantôt actif selon l'intensité d'intervention des partenaires sociaux. Lorsque ces derniers sont simplement informés et consultés, il s'agit d'une forme de dialogue social passive car les partenaires sociaux ne décident pas de règles particulières. Le dialogue social peut aussi revêtir des formes actives lorsque les partenaires sociaux élaborent des actes juridiques. Il peut s'agir, d'une part, d'actes contraignants, comme la rédaction d'accords ou de conventions collectives⁶⁶ établis exclusivement par les partenaires sociaux, ou la rédaction de lois (françaises ou communautaires) auxquelles les partenaires sociaux sont associés. Ce peut être, d'autre part, des actes émis par les partenaires sociaux ou auxquels ils participent, sans qu'il soit possible de les ranger dans des cadres juridiques clairement identifiés. Ce sont les actes de *soft law* (ou droit souple ou mou) qui sont des actes juridiques sans véritable force contraignante, mais qui engendrent des conséquences pratiques.

Le dialogue social permet de désigner toutes les formes d'intervention des partenaires sociaux et, par extension, tous les actes émis par les partenaires sociaux, indépendamment de la nature juridique de ces derniers.

12. Le dialogue social révèle le rôle de créateurs de normes des partenaires sociaux. Ils sont les auteurs de conventions collectives, sources incontestées du droit du travail⁶⁷, et ils sont également, aujourd'hui, à l'origine d'autres types de normes. Ils n'exercent plus seulement leurs prérogatives pour élaborer des règles professionnelles, mais contribuent aussi à l'élaboration législative. Le développement du dialogue social est encouragé, en France, par les pouvoirs publics, alors même que le taux de syndicalisation n'a jamais été aussi bas⁶⁸. Par

⁶⁵ G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique, Autour de trois exercices*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2007, spéc. p. 350.

⁶⁶ Les termes accords ou conventions collectifs sont employés indifféremment tout au long de la thèse, la différence retenue dans le Code du travail ne concernant que le contenu. En effet, l'article L. 132-1 du Code du travail dispose que « *la convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières visées à l'article L. 131-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou des sujets déterminés dans cet ensemble* ».

⁶⁷ G. LYON-CAEN, *Le droit conventionnel du travail*, D, 1963, chr. p. 15 ; M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, *Traité de droit du travail*, Tome VII, sous la direction de G. H. CAMERLINCK, 2^{ème} édition, Dalloz, 1989, spéc. n° 1.

⁶⁸ Le taux de syndicalisation en France, en 2004, était de 9,7% des travailleurs (chiffre donné par l'OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*, in *Le Monde* suppl. Economie, daté du mardi 25 avril 2006, p. III). La DARES, quant à elle, relève un taux de syndicalisation d'environ 7 % (Premières synthèses, n° 14.2, avril 2007, rapportée dans *Sem. soc. Lamy*, 30 avril 2007, n° 1305, p. 8).

ailleurs, les institutions communautaires ne semblent pas concevoir la construction du droit du travail communautaire sans les partenaires sociaux.

13. La place prise par les partenaires sociaux en droit du travail laisse entrevoir, de façon générale, de possibles transformations dans la manière d'élaborer le droit. Ces évolutions s'inscrivent dans un contexte de bouleversements juridiques, en raison de la mondialisation (ou globalisation)⁶⁹.

Nombreux sont ceux qui, dans un tel environnement⁷⁰, appellent à repenser le droit. Des changements semblent déjà se produire, qui conduisent à un « renouvellement sans précédent de la pensée juridique : la construction pyramidale du droit autour du rôle central de l'État est remise en question »⁷¹. Sans que les repères hiérarchiques actuels disparaissent, se greffent de nouveaux raisonnements qui ne tiennent plus compte seulement de l'État comme cadre de règles, mais d'autres entités, publiques comme privées, par exemple l'Union européenne ou l'entreprise transnationale.

On assiste à l'avènement d'un modèle de construction juridique en réseau⁷², entendu comme une trame composée d'éléments reliés entre eux par des liens d'interaction qui répondent à des règles de fonctionnement ; les éléments du réseau ne sont pas classés hiérarchiquement, à l'inverse d'une structure pyramidale⁷³. Cette théorie permet d'envisager la construction d'un droit pluraliste où se mêlent des règles émanant d'États, de la Communauté européenne et de personnes privées⁷⁴. Ainsi, s'entrecroisent des accords conclus par les partenaires sociaux communautaires, des lignes directrices émises par le Conseil, des lois nationales, des

M. Antoine MAZEAUD suggère que les syndicats français se regroupent, comme c'est le cas dans de nombreux pays, pour mettre fin à l'émiettement du paysage syndical français (« Les sources du droit du travail à l'épreuve du dialogue social », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 355, spéc. n° 3)

⁶⁹ La globalisation et la mondialisation sont synonymes : « la mondialisation, dans ses caractéristiques actuelles, est une phase nouvelle du développement de l'économie, fondée sur de nouveaux processus d'internationalisation des échanges, échappant pour une large part aux contrôles des États, et reposant sur une interdépendance des facteurs » (M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 3).

⁷⁰ A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, coll. Droit et société, 2^{ème} édition, LGDJ, 2004, spéc. p. 19.

⁷¹ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 4.

⁷² F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?, Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 14.

⁷³ F. OST, M. van de KERCHOVE, *Op. cit.*, spéc. p. 24. A. SUPIOT définit les réseaux comme « des structures polycentriques, dont chaque élément est à la fois autonome et relié à tous les autres ». La difficulté réside dans l'articulation de tous ces éléments (*Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, spéc. p. 187).

⁷⁴ Parmi une littérature nombreuse exposant le pluralisme : M. DELMAS-MARTY, La mondialisation du droit : chances et risques, *D*, 1999, chr., p. 43, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, 2006, spéc. p. 7 et suiv. ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, L'ordonnement des relations de travail, *D*, 1998, chr., p. 359.

conventions collectives nationales, des règlements et directives. Les rapports de certains de ces actes, entre eux, sont connus : le droit communautaire dérivé s'impose au droit interne, une loi et une convention collective nationales ne peuvent y être contraires. Mais, s'agissant d'autres actes, la question de leur articulation se pose. Par exemple, comment un accord conclu par les partenaires sociaux communautaires, qui est un acte de droit privé, s'applique-t-il en droit français ? Quelles sont les conséquences en droit interne des incitations contenues dans les lignes directrices, alors qu'elles appartiennent à des mécanismes de coopération politique au niveau communautaire ?

14. Cette profusion de sources bouleverse les repères habituels de la réglementation. D'ailleurs, la réglementation semble plutôt laisser place à la régulation. Ces deux notions s'opposent : « réglementer, c'est dicter des règles de l'extérieur, tandis que réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation »⁷⁵. La régulation traduit de nouveaux modes d'élaboration de règles qui font participer les personnes auxquelles elles s'adressent. En l'occurrence, les partenaires sociaux participent à l'élaboration de la loi communautaire ou nationale ; ils peuvent conclure des accords collectifs, ainsi que rédiger des positions communes et des codes de conduites. La diversification des sources du droit traduit-elle une dégradation de ces sources ? Ou bien, cette diversification est-elle la manifestation d'une adaptation du droit, dans une société de plus en plus complexe ?

15. La diversification des sources du droit semble être le reflet de la complexité du monde. La confrontation du droit du travail et de la mondialisation est très médiatisée : les délocalisations de main d'œuvre des pays occidentaux vers des pays où le coût du travail est minime inquiètent, en raison des pertes d'emploi qu'elles engendrent. Le contexte économique des échanges mondiaux conduit à une transformation des comportements des acteurs économiques : mobilité des individus, transfert des activités économiques vers des territoires différents et éparpillés dans le monde. Le droit du travail doit s'adapter à des situations qui ne connaissent plus de frontières⁷⁶ et doit imaginer des solutions efficaces pour

⁷⁵ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Quadrige, PUF, 2002, spéc. p. X.

⁷⁶ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004, spéc. n° 31 et suiv. La défense des droits fondamentaux peut être une solution pour faire face à la mondialisation, mais des sanctions efficaces peuvent faire défaut, cf. *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, sous la direction d'I. DAUGAREILH, Bruylant-LGDJ, 2005.

continuer à protéger les salariés⁷⁷. La réglementation émanant de l'État n'est plus, à elle seule, une solution satisfaisante. D'autres entités doivent prendre part à l'élaboration du droit.

En droit du travail, l'État n'a plus le monopole d'édiction des règles⁷⁸. Les institutions communautaires émettent, en effet, de nombreux textes. De plus, les partenaires sociaux prennent davantage l'initiative d'établir des règles au niveau communautaire ainsi qu'au niveau interne. Cette place occupée par les partenaires sociaux apparaît comme une solution pour rendre les normes plus efficaces, car les règles professionnelles qu'ils édictent sont applicables au-delà des frontières⁷⁹. La participation des partenaires sociaux est le signe le plus marquant de l'évolution des méthodes d'élaboration du droit du travail.

16. Cette participation est d'autant plus bénéfique, qu'elle se produit à un niveau régional qui est l'Union européenne⁸⁰. L'espace communautaire apparaît comme un niveau pertinent pour élaborer des règles transnationales, seules à même de faire face aux enjeux que pose la mondialisation. Les partenaires sociaux européens se sont saisis des possibilités de négociation qui sont offertes à ce niveau pour intervenir. La convention collective semble être l'instrument le plus adéquat pour établir des règles transnationales de droit du travail⁸¹. Pourtant, ce n'est pas le seul moyen utilisé par les partenaires sociaux⁸², puisqu'ils élaborent aussi des codes de conduites, des positions communes, des programmes d'action, etc... Les partenaires sociaux privilégient le pragmatisme, enclenchant des mutations profondes dans les relations professionnelles⁸³.

⁷⁷ C'est un défi pour le droit du travail : F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 2007, spéc. p. 21.

⁷⁸ A. SUPIOT, *Op. cit.*, spéc. p. XVI.

⁷⁹ La participation des partenaires sociaux à des instruments internationaux n'est pas une spécificité de la Communauté européenne. Les partenaires sociaux peuvent être sollicités dans les procédures de fonctionnement de l'OIT, J.-M. SERVAIS, *Op. cit.*, spéc. n° 98.

⁸⁰ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 130.

⁸¹ « Un monde où le travail s'internationalise appelle de son côté des normes matérielles internationales, ou plutôt transnationales du travail ; pourquoi ne serait-ce pas aux conventions collectives de créer ce droit transnational du travail, comme il leur revient de créer, pour partie, le droit national du travail ? Source consacrée du droit interne du travail, la convention collective participerait alors au mouvement de rapprochement des droits nationaux, à l'harmonisation des législations sociales » : P. RODIERE, *La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de sources professionnelles*, Litec, 1987, spéc. n° 6.

⁸² E. MAZUYER, Les instruments juridiques du dialogue social européen : états des lieux et tentative de clarification, *Dr. social*, 2007, p. 476.

⁸³ Mutations pressenties par J.-C. JAVILLIER, « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail », in *Le droit collectif du travail questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène SINAY*, Peter Lang, 1994, p. 219, spéc. p. 222.

17. Le droit du travail contemporain s'inscrit à la fois dans un espace étendu et restreint ; il fait intervenir de nombreux acteurs : institutions européennes, État, partenaires sociaux ; enfin, il se caractérise par une multitude de normes. L'articulation de ces multiples espaces, acteurs, et normes est complexe.

Les liens entre le dialogue social communautaire et le droit français sont un élément de cette complexité. Les actes émis par les partenaires sociaux européens, pour recevoir application, vont devoir être mis en œuvre en droit interne. La question se pose de savoir si les rapports, entre le dialogue social communautaire et le droit français, sont les mêmes que ceux existant entre ce dernier et les actes émis par les institutions communautaires.

18. Les acteurs du dialogue social communautaire, qui sont des personnes privées, sont associés à la procédure législative communautaire, participant ainsi au changement de la conception traditionnelle de la loi émise par des autorités détentrices de la puissance publique. Lorsque, dans l'espace communautaire, les partenaires sociaux participent à l'élaboration de la loi, cela emporte des conséquences en droit français lequel est tenu de respecter le droit communautaire.

Par ailleurs, les partenaires sociaux produisent toutes sortes de règles professionnelles en dehors de leur association à loi. Comment le dialogue social, lorsqu'il régit uniquement les relations professionnelles au niveau communautaire, trouve-t-il à s'imposer en droit français ?

Le droit du travail français réceptionne le droit communautaire et, par là même, les normes qui résultent du dialogue social communautaire, qu'elles soient légales ou professionnelles. Le dialogue social communautaire va alors jouer un rôle en droit interne, en contribuant à la production législative (Partie I) et à l'élaboration de règles professionnelles (Partie II).

Partie I. La contribution du dialogue social communautaire à la production législative

Partie II. La contribution du dialogue social communautaire à l'élaboration de règles professionnelles

- PARTIE I -

**LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL
COMMUNAUTAIRE A LA PRODUCTION LÉGISLATIVE**

19. Le dialogue social communautaire contribue à la production législative, par sa participation à la production législative européenne et l'influence qu'il exerce sur le droit français. L'expression « production » législative a été choisie pour désigner l'ensemble des processus d'élaboration de la loi ainsi que leurs résultats.

Le droit communautaire a établi, d'un point de vue institutionnel, la participation des partenaires sociaux européens à la procédure législative classique (règlements, directives). Par ailleurs, les institutions communautaires ont souhaité associer les partenaires sociaux européens à une méthode particulière d'élaboration du droit communautaire, qui est la méthode ouverte de coordination, mettant en œuvre la politique européenne de l'emploi (Titre I).

Les principes du droit communautaire qui obligent les États membres à transposer le droit dérivé, et qui les incitent à suivre les injonctions des politiques de coopération, conduisent le droit français à une nécessaire réception du droit communautaire. Lorsque les partenaires sociaux européens participent à la production législative communautaire, la question se pose de savoir si cette participation influence le droit français, tant du point de vue substantiel que formel (Titre II).

TITRE I

LA PARTICIPATION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE À LA PRODUCTION

LÉGISLATIVE DE LA COMMUNAUTÉ

20. La participation des partenaires sociaux européens à l'élaboration du droit du travail communautaire est encadrée par le traité CE, tout en étant, par ailleurs, vivement encouragée par les institutions, notamment par la Commission. Cette dernière est, en effet, incitée par l'article 138 du traité CE « *de promouvoir la consultation des partenaires sociaux et prend toute mesure utile pour faciliter le dialogue social* ».

Les méthodes d'intervention sont diverses. La méthode classique (élaboration de directives) se combine avec une méthode de construction communautaire plus récente (méthode ouverte de coordination régissant les politiques de l'emploi), illustrant la nouvelle gouvernance de l'Union européenne.

Les partenaires sociaux européens participent à ces deux méthodes d'élaboration du droit, mais à des degrés divers : ils sont intégrés comme acteurs à part entière dans la procédure législative communautaire (Chapitre I), alors qu'ils sont simplement associés aux coopérations en matière d'emploi (Chapitre II).

Chapitre I

Les partenaires sociaux européens intégrés à la procédure législative

21. Le rôle des partenaires sociaux communautaires dans la procédure législative apparaît singulier : ce n'est qu'en droit du travail qu'un tiers aux institutions participe à la procédure législative. Les partenaires sociaux sont véritablement intégrés à la procédure d'élaboration du droit communautaire car ils sont consultés sur la pertinence d'une action communautaire dans le domaine de la politique sociale.

Lorsqu'une action est effectivement conduite, ils sont par principe consultés sur le contenu par la Commission. Puis, ils peuvent négocier et élaborer un texte (Section I), pouvant être repris par la Commission, présenté au Conseil, lequel peut le transformer en un acte législatif communautaire (article 138 et 139 du traité CE) (Section II). C'est ce qui fait l'originalité de la procédure législative en matière sociale (Section III).

Section I. La loi sociale rédigée par les partenaires sociaux

Les partenaires sociaux européens, qui ont la possibilité d'être rédacteurs de la loi sociale, ne peuvent intervenir que dans le cadre fixé par le traité CE : en matière sociale, l'action législative de la Communauté n'est que subsidiaire (§I). Le traité CE détermine précisément les modalités de l'intégration des partenaires sociaux à la procédure législative (§II).

§ I - L'action subsidiaire de la Communauté en matière sociale

22. La Communauté européenne est un grand marché intérieur c'est-à-dire « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux* »⁸⁴ est garantie par le traité CE. Le droit social communautaire participe de la construction du marché intérieur, grâce à la réalisation du principe de libre circulation des travailleurs, et à la mise en œuvre du principe d'égalité et des politiques

⁸⁴ Article 14, §2 du traité CE.

d'harmonisation sociale⁸⁵. Il s'agit de la dimension sociale du marché intérieur⁸⁶. Le droit du travail, qu'il soit communautaire ou interne, doit être compatible avec la réalisation du marché intérieur⁸⁷, c'est-à-dire avec les règles qui garantissent la libre concurrence.

23. L'action de la Communauté, en matière sociale, doit s'efforcer d'atteindre les valeurs que le système communautaire s'est fixé. Elle doit tendre à la réalisation du progrès social. L'article 136 du traité CE dispose :

« La Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. »

L'article 136 du traité CE ajoute que l'accomplissement du progrès social doit se réaliser dans le respect de la compétitivité de l'économie de la Communauté.

Des auteurs ont interprété ces dispositions comme permettant l'octroi de droits supplémentaires pour les salariés⁸⁸. Cet objectif, néanmoins, n'est pas toujours atteint. Le développement de la législation sociale communautaire ne s'analyse pas en une accumulation de dispositions toujours plus favorables que les dispositions les plus favorables des États membres. D'ailleurs, l'évolution de la législation française, elle-même, ne semble pas systématiquement aller vers plus de progrès social⁸⁹. Les normes sociales paraissent plutôt s'ordonner autour de règles impératives, d'un ordre public absolu et de principes

⁸⁵ Il s'agit des libertés économiques figurant dans le traité ; pour un exposé clair de ces libertés, voir notamment : F. KESSLER, J.-P. LHERNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*, Editions Liaisons, 2003, n° 42 et suiv.

⁸⁶ F. BARON, dans sa thèse (*Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, PUAM, 1998) explique cet aspect.

⁸⁷ « Le droit communautaire constitue par conséquent un nouveau paramètre dans le débat actuel portant sur les fins et les moyens du droit social », in F. BARON, *Op. cit.*, spéc. n° 623. Voir aussi : A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence, Observations sur une rencontre », in *Les orientations du droit social contemporain, Mélanges dédiés à Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 331, spéc. p. 343.

⁸⁸ F. SARAMITO, « Le progrès social est-il encore un objectif du droit communautaire ? », in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales évolutions récentes, études en hommage à Madame le Professeur Hélène SINAY*, Peter LANG, 1994, p. 299 ; G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 8^{ème} édition, Dalloz, 1993, p. 167, spéc. n° 219.

⁸⁹ J. PÉLISSIER se demande si le principe de faveur existe encore : « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 95, spéc. p. 106 et suiv.

fondamentaux. Il en est de même en droit communautaire, où le respect des prescriptions minimales est obligatoire⁹⁰.

La législation communautaire peut être une source de progrès pour certains pays, dont la France considérée pourtant comme un pays très protecteur des droits des salariés. Certaines législations communautaires ont permis au droit français de réaliser des avancées⁹¹, par exemple : la directive 91/533 du 14 octobre 1991⁹² relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail ; et la directive 92/56 du Conseil du 24 juin 1992⁹³ qui procède à la modification de la directive 75/129 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

Ainsi, on peut considérer qu'il existe un progrès social dû à l'harmonisation communautaire, même si elle se manifeste à des degrés divers dans différents États. La législation communautaire édicte seulement des prescriptions minimales, et s'accompagne de clause de non-régression⁹⁴. L'inquiétude, en France, concernant la disparition du caractère protecteur du droit du travail, à cause de la prééminence du droit de la concurrence communautaire, semble être contrebalancée par l'idée de progrès social⁹⁵.

24. La Communauté exerce une véritable fonction législative⁹⁶, de « type étatique »⁹⁷, reconnue par la CJCE⁹⁸. Il est nécessaire de rappeler les points principaux du droit communautaire institutionnel concernant ses compétences en droit du travail.

⁹⁰ Les États sont donc autorisés à prendre des dispositions encore plus protectrices, voir CJCE, 17 décembre 1998, *Societa Italiana Petroli SPA (IP)*, commentée par F. MEYER, Le progrès social est encore un des objectifs du droit communautaire, *DO*, 1999, p. 10.

Le principe de subsidiarité, en plus de pallier une défaillance des droits nationaux, permet d'instaurer un cadre constitué de prescriptions minimales, reprenant ainsi la méthode traditionnelle du droit du travail : il existe un plancher minimum qui permet de construire un ordre public communautaire, base de « l'édification d'un véritable droit du travail communautaire » : Ph. LANGLOIS, *Op. cit.*, spéc. p. 203. Le droit interne, lorsqu'il met en œuvre une directive, peut améliorer son contenu, voir la thèse de N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée*, Préf. P. RODIÈRE, PUAM, 2001.

⁹¹ P. POCHET, L'actualité du droit du travail communautaire : la mise en œuvre de la charte de 1989 ?, *Dr. social*, 1993, p. 695.

⁹² JOCE L.288 du 18 octobre 1991.

⁹³ JOCE L. 245/3 du 26 août 1992.

⁹⁴ P. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 696 et suiv. Sur ce point Cf. la thèse de N. MOIZARD, et son article, Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français, *Dr. social*, 1999, p. 916. Cf. *infra*, n° 127.

⁹⁵ G. LYON-CAEN, Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht, *Op. cit.*, spéc. p. 151. En revanche, si le droit du travail semble plutôt épargné, il en va différemment du droit de la sécurité sociale, dans la mesure où la Communauté ne fixe pas de règles précises concernant les services publics.

⁹⁶ C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, LGDJ, 1995, cité par G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Armand Colin, 2006, spéc. p. 47.

⁹⁷ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Armand Colin, 2006, spéc. p. 46.

⁹⁸ CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 629.

Les compétences de la Communauté en droit du travail sont encadrées par le traité CE. Elles sont définies, de façon générale, comme exclusives ou concurrentes de celles des États membres.

25. En matière sociale (*a fortiori* concernant le droit du travail), la Communauté possède des compétences concurrentes de celles des États membres⁹⁹. Les compétences de la Communauté sont prévues au Titre XI « Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse », Chapitre 1 « Dispositions sociales ». Il s'agit plus particulièrement des articles 136 à 145 du traité CE.

La règle de la majorité a progressé, mais des domaines encore essentiels du droit du travail nécessitent l'unanimité du Conseil, ce qui limite les possibilités d'action dans ce domaine. Les domaines concernés par une décision à la majorité qualifiée sont : l'amélioration du milieu du travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, les conditions de travail, l'information et la consultation des travailleurs, l'intégration des personnes exclues du marché du travail, l'égalité entre hommes et femmes, la lutte contre l'exclusion sociale, la modernisation des systèmes de protection sociale (sans être préjudiciable au domaine nécessitant l'unanimité du Conseil qui est la sécurité et la protection sociale)¹⁰⁰.

Les domaines dans lesquels le Conseil statue à l'unanimité¹⁰¹ sont : 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, y compris la cogestion - excepté une mesure nationale plus favorable -, et les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté.

26. La répartition des compétences entre le droit communautaire et le droit national est garantie par le respect d'un certain nombre de principes.

Ils sont énoncés à l'article 5 du traité CE qui dispose :

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. »

⁹⁹ L'expression « compétences concurrentes » et celle de « subsidiarité » sont critiquées par G. LYON-CAEN qui les juge inappropriés ; le langage juridique utilisé par la Communauté semble très approximatif. Cf. G. LYON-CAEN, Subsidiarité et droit social européen, *Dr. social*, 1997, p. 382.

¹⁰⁰ Article 137, point 1 a), b), e), h), i), j), k) du traité CE.

¹⁰¹ Article 137, point 2 b) du traité CE.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».

Selon ce texte, la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres obéit aux principes de proportionnalité (dernier alinéa ci-dessus), et de subsidiarité (2^{ème} alinéa ci-dessus)¹⁰².

27. L'interprétation du principe de proportionnalité ne suscite pas vraiment de débats. M. ISAAC et M. BLANQUET le définissent ainsi : « La proportionnalité signifie que, dans la mise en œuvre d'une compétence, si la Communauté a le choix entre plusieurs modes d'action, elle doit retenir, à efficacité égale, celui qui laisse le plus de liberté aux États, aux particuliers, aux entreprises »¹⁰³.

28. Le principe de subsidiarité a suscité, quant à lui, une littérature juridique importante. Pour certains auteurs, il s'agit d'un « principe régulateur de l'exercice des compétences et non un principe d'attribution de compétences, (...) il permet d'organiser pour chaque domaine de compétence concurrente, un partage, qui peut varier dans le temps, suivant les circonstances et les nécessités des objectifs visés »¹⁰⁴. La Communauté a un rôle secondaire par rapport aux États membres, et n'intervient qu'à la double condition fixée par l'article 5 du traité CE.

Le principe de subsidiarité est présent expressément dans le traité CE depuis le traité de Maastricht¹⁰⁵. La Commission, ensuite, en a précisé les contours dans une communication

¹⁰² Dans le traité instituant une Constitution pour l'Europe, ils étaient énoncés à l'article I-11. Etait également annexé un « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

¹⁰³ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 68. G. LYON-CAEN considère que la Communauté n'agit que si les États sont défaillants, cela ne se confond pas, selon l'auteur, avec un système de répartition de compétences, *in* Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht, D, 1993, chr. XXXIII, p.149, spéc. p. 150.

¹⁰⁴ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, p. 63 ; dans le même sens D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, n° 101.

¹⁰⁵ Pour l'exposé de l'évolution de ce principe, Cf. V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *in* *L'Europe et le droit, Mélanges en Hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 35. Notons, par ailleurs, que G. LYON-CAEN situe l'origine de l'idée de subsidiarité dans la doctrine sociale de l'Église. En effet, « il s'agissait au XIX^{ème} siècle d'adopter une position intermédiaire entre l'individualisme libéral et le socialisme étatique », *in* *Op. cit.*, p. 149.

faite au Conseil et au Parlement européen¹⁰⁶. Les objectifs de ce principe sont clairs. Les critères d'application de la subsidiarité « doivent contribuer à assurer le citoyen que les décisions seront prises le plus près possible de lui (...) »¹⁰⁷. Il est évident que l'action de la Communauté se limite au domaine de compétences attribuées par les traités, et que cette action doit être justifiée par le défaut d'actions nationales. Lorsque le législateur communautaire intervient, « le principe de subsidiarité commande de veiller aux places respectives de la législation communautaire qui devrait être un cadre, et des initiatives nationales à l'intérieur de ce cadre »¹⁰⁸. Ainsi, la subsidiarité « tend plutôt à limiter les compétences communautaires qu'à en favoriser l'élargissement »¹⁰⁹. Les États membres agissent en priorité (leur action est plus proche des citoyens), leur défaillance entraîne l'action de la Communauté. Il survient un effet d'emboîtement de l'action nationale dans l'action communautaire.

Dans cette configuration, les États membres veillent à l'application de la norme communautaire et doivent, pour garantir l'efficacité de la norme, coopérer à l'instruction des plaintes pour non-respect du droit communautaire¹¹⁰.

29. Le principe de subsidiarité a pour conséquence que la compétence de la Communauté en matière sociale demeure l'exception. En d'autres termes, le partage de compétences entre la Communauté et le droit interne du travail permet à la Communauté de légiférer dans les domaines (prévus par les traités) où les États membres sont défaillants. C'est pourquoi le droit du travail français demeure ainsi essentiellement national¹¹¹, bien que les traités poursuivent la réalisation de valeurs sociales comme l'égalité, la lutte contre les discriminations, la libre circulation des personnes¹¹². Ce phénomène ne s'explique pas seulement par les dispositions institutionnelles du traité. Il est, en effet, difficile, d'un point de vue politique, d'adopter des normes dérivées en matière sociale, d'autant que les compétences, dans cette matière, sont encadrées par les exigences du marché unique¹¹³.

¹⁰⁶ SEC (92) 1990 final, RTD eur. oct.-déc. 1992, n° 4, p. 728.

¹⁰⁷ Communication de la Commission de 1990, *Op. cit.*, p. 728.

¹⁰⁸ Communication de la Commission de 1990, *Op. cit.*, p. 738.

¹⁰⁹ F. CHALTIEL, Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht, *RMCUE*, n° 469, juin 2003, p. 365, spéc. p. 368 ; dans le même sens, Ph. MARTIN, Le droit social communautaire : droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sociale ?, *RTD eur.*, 1994, p. 609, spéc. p. 616.

¹¹⁰ Communication de la Commission de 1990, *op. cit.*, p. 740.

¹¹¹ M.-A. MOREAU, « Règlements et directives en matière sociale », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 34, spéc. p. 39.

¹¹² M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 39.

¹¹³ Les règles du marché intérieur conditionnent les règles sociales, celles-ci étant aussi un moyen de réaliser le marché intérieur. Ce caractère indissociable des règles du marché et des règles sociales est mis en lumière tout au

30. D'aucuns jugent regrettable que l'action de la Communauté soit restreinte par le principe de subsidiarité, en plus de la limite de compétences imposée par le traité¹¹⁴. L'idée d'une harmonisation européenne du droit du travail demeure séduisante, même si elle apparaît à tout le moins difficile.

31. En droit du travail, le principe de subsidiarité, selon la doctrine, connaît des acceptions propres.

Pour certains, il existe une double subsidiarité : une subsidiarité institutionnelle et une subsidiarité de l'action communautaire par rapport à celle des partenaires sociaux. « Cette seconde subsidiarité n'entraîne pas une entière dépendance de l'action communautaire institutionnelle par rapport à celle des partenaires sociaux, mais elle a pour objet de donner au dialogue social les moyens de se réaliser et de se substituer aux processus communautaires traditionnels »¹¹⁵. Le traité a mis en place une forme originale de dialogue social, propre à la Communauté. Ceci engendre une forme « d'auto-réglementation »¹¹⁶, c'est-à-dire que les normes doivent être édictées par des organes qui sont proches des intéressés. Ainsi, en matière sociale, l'intervention des partenaires sociaux est privilégiée. L'auto-réglementation est préférable aux décrets hétéronomes (en référence à une résolution du Conseil du 6 décembre 1994 sur la politique sociale, JO CE C 368, 23 décembre 1994, qui indique clairement que le Conseil considère les partenaires sociaux comme « *plus proches de la réalité sociale et des problèmes sociaux* », le dialogue social doit être privilégié pour élaborer une politique sociale « *pragmatique et proche des citoyens* »).

« L'idée d'une subsidiarité « horizontale » (entre les institutions et les partenaires sociaux), complétant celle de subsidiarité « verticale », s'est progressivement imposée depuis plusieurs années, [la] priorité étant progressivement donnée aux partenaires sociaux dans l'élaboration des normes au détriment des institutions elles-mêmes »¹¹⁷.

long de la thèse de F. BARON, *Marché intérieur et droit social de l'Union européenne*, préf. M.-A. MOREAU, PUAM, 1998.

¹¹⁴ Voir notamment : S. SIMITIS, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?*, *Dr. social*, 1997, p. 655, spéc. p. 666.

¹¹⁵ P. LANGLOIS, *Europe sociale et principe de subsidiarité*, *Dr. social*, 1993, p. 201, spéc. p. 207.

¹¹⁶ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2002, spéc. n°40.

¹¹⁷ V. OGIER-BERNARD, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, *JCP éd. G*, 2004, n° 12, Doct. I 118, p. 493, spéc. n° 4. Voir aussi, E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle*, coll. « travaux du CERIC, Bruylant, 2007, spéc. p. 134.

32. D'autres auteurs, outre la critique du terme même de subsidiarité¹¹⁸, sont en désaccord avec l'idée d'une subsidiarité de l'action communautaire par rapport à celle des partenaires sociaux européens. L'action des partenaires sociaux relève plutôt d'une extension de la compétence communautaire à travers le développement de la négociation collective européenne¹¹⁹ (c'est de l'ordre de la liberté contractuelle et non de la subsidiarité). L'action des partenaires sociaux est à envisager dans le cadre des rapports entre la loi et la convention, et non dans celui des rapports entre l'État et la Communauté¹²⁰.

Le principe de subsidiarité, tel qu'énoncé à l'article 5 du traité CE, n'a pas une double définition en matière sociale. Il ne concerne que la manière d'organiser la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres¹²¹, et non les procédures propres au droit communautaire. La subsidiarité ne concerne pas la répartition des compétences matérielles entre la communauté et les partenaires sociaux¹²². Si le rôle de la Commission peut n'être que subsidiaire par rapport à celui des partenaires sociaux, en ce qui concerne l'élaboration d'une directive, le mot « subsidiarité » s'utilise dans son sens commun¹²³ et non comme le concept juridique du même nom. « Cette forme de subsidiarité est très particulière »¹²⁴.

33. Dans tous les cas, « présentée à la fois comme la solution aux échecs du processus normatif traditionnel et comme un palliatif du déficit démocratique de la construction européenne, la participation des acteurs sociaux au processus d'élaboration de la norme communautaire place l'Europe sociale sous le signe du tripartisme entre la Commission, le patronat et les syndicats européens »¹²⁵.

L'action de la Communauté en matière sociale ne peut être que subsidiaire au regard de l'action des États membres. La Communauté intervient, en respectant les compétences que le

¹¹⁸ Notamment : G. LYON-CAEN, Subsidiarité et droit social européen, *Dr. social*, 1997, p. 382.

¹¹⁹ G. LYON-CAEN, *Op. cit.*, spéc. n° 8.2.

¹²⁰ G. LYON-CAEN, *Ibidem* ; la subsidiarité n'existe pas, il suggère qu'il y a eu confusion entre le principe de subsidiarité et celui d'ordre public social communautaire, n° 9.2 à 10.2.

¹²¹ C. VIGNEAU, Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire, *RTD eur.*, 2002, p. 653, spéc. n°1 et note n°6.

¹²² *Cf. infra* n° 60.

¹²³ « Caractère de ce qui est subsidiaire », c'est-à-dire « qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut », *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Henri Capitant, 8^{ème} édition « Quadrige », PUF, 2007, spéc. p. 890.

¹²⁴ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, Préf. M. Despax, Bibli. de droit social Tome 27, 1994, LGDJ, spéc. n° 176.

¹²⁵ D. GADBIN, L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire, *RTD eur.*, 2000, p. 1 ; C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°1.

traité CE lui octroie, ainsi que les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Dans ce cadre, les partenaires sociaux sont intégrés à la procédure législative.

§ II – Les modalités de l'intégration des partenaires sociaux à la procédure législative

34. L'Accord sur la politique sociale du 7 février 1992 a mis en place des procédures de consultation et de négociation des partenaires sociaux européens, dans le cadre de l'élaboration de la loi¹²⁶. Avec le traité d'Amsterdam, ces procédures sont désormais intégrées au traité CE. Le traité organise le processus de négociation qui aboutit à la rédaction de la loi sociale communautaire.

La consultation des partenaires sociaux est systématique dans les domaines de la politique sociale communautaire. De plus, ils ont la possibilité de conduire eux-mêmes des négociations sur ce thème qui peuvent ensuite, selon leur choix, être reprises par les institutions, ou bien aboutir à une convention collective communautaire¹²⁷.

Le traité CE expose clairement de quelle façon les partenaires sociaux sont associés à l'élaboration d'une directive (A), mais ne règle pas la question des partenaires sociaux autorisés à participer à cette procédure. C'est donc, en pratique, que s'est définie la représentativité des partenaires sociaux (B).

A. Les règles procédurales d'intervention des partenaires sociaux

L'intervention des partenaires sociaux s'exécute en deux temps : d'abord la phase de consultation obligatoire (a), ensuite la phase de négociation (b).

a) L'obligation de consultation

35. L'initiative de la consultation des partenaires sociaux européens revient en principe à la Commission. L'article 138 § 1 du traité CE énonce la mission de la Commission : elle « *a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des*

¹²⁶ J.-C. SECHE, L'Europe sociale après Maastricht, *Cahier de droit européen*, 1993, p. 509, spéc. p. 534.

¹²⁷ Cf. Partie II, n° 230 et suiv.

parties ». La Commission doit faciliter le dialogue¹²⁸ et non l'imposer¹²⁹, ce dialogue peut aboutir à de simples avis ou à des accords. La consultation des partenaires sociaux par la Commission est obligatoire dans la procédure d'élaboration de la norme communautaire, concernant les matières qui relèvent de la compétence de la Communauté¹³⁰.

36. La Commission consulte les partenaires sociaux « sur l'orientation possible d'une action communautaire »¹³¹. Il existe des controverses quant au rôle exact de cette première phase. Certains pensent¹³² que cette phase permet seulement aux partenaires sociaux de faire connaître leur volonté de négocier¹³³. D'autres admettent, au contraire, qu'au cours de cette phase peut débiter une véritable négociation¹³⁴, cette négociation pouvant se dérouler en dehors du cadre institutionnel. Il est possible, en dehors de ce cadre, d'exercer la liberté contractuelle.

Ces deux opinions ne sont pas antinomiques : les partenaires sociaux ne peuvent pas négocier sur des sujets autres que ceux expressément prévus par le traité, si l'on est dans le cadre institutionnel, mais ils peuvent le faire au nom de la liberté contractuelle. Dans cette dernière hypothèse, les partenaires sociaux se trouvent en dehors du processus d'élaboration de la norme communautaire. Les partenaires sociaux, lorsque la Commission les sollicite, s'engagent dans « un cadre hétéronome d'élaboration de la règle conventionnelle »¹³⁵, mais ils conservent le choix de l'élaboration de la norme par voie conventionnelle.

37. Si, après la consultation des partenaires sociaux, la Commission estime souhaitable d'agir, elle les consulte une seconde fois sur le contenu de la proposition envisagée. Les

¹²⁸ La Commission s'est expliquée sur ce qu'elle entend faire pour promouvoir le dialogue social dans une communication intitulée « Adapter et promouvoir le dialogue social », COM (1998)322 final. Il s'agit pour elle d'intervenir dans quatre domaines : l'information des partenaires sociaux, la consultation plus flexible à tous les niveaux des partenaires sociaux, une réforme sur le partenariat du comité permanent de l'emploi et le développement de la négociation à tous les niveaux.

¹²⁹ B. TEYSSIÉ, *La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale*, *JCP éd. E*, 1994, n° 16, chr. 352, p. 215, spéc. n° 19 et suiv.

¹³⁰ Article 138, §2 du traité CE.

¹³¹ Article 138, §2 du traité CE.

¹³² P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n°116 ; C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°14.

¹³³ C'est l'interprétation retenue par la Commission, dans la communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale, présentée au Conseil et au Parlement européen, COM (93)600, point 29.

¹³⁴ B. TEYSSIÉ semble considérer qu'au cours de cette première phase, la négociation est possible, Cf. B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Litec, 3^{ème} édition, 2006, spéc. n° 103. Le Conseil économique et social a fait connaître un point de vue similaire dans un avis concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen, JOCE C 397, 31 décembre 1994, n°4.1.

¹³⁵ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°13.

partenaires sociaux peuvent, à cette occasion, remettre à la Commission un avis ou une recommandation¹³⁶.

Les partenaires sociaux peuvent aussi décider de poursuivre l'action envisagée, sans être sollicités par la Commission. Ils font alors connaître à la Commission leur volonté d'engager entre eux un processus de négociation pouvant conduire à la conclusion d'un accord¹³⁷.

38. Dès lors que les partenaires sociaux sont saisis, le processus législatif de la communauté revêt un aspect particulier : le contenu de la norme sociale est négocié par les partenaires sociaux. La procédure législative de « droit commun » (proposition de la Commission au Conseil, prise de décision par le Conseil et éventuellement par le Parlement) se poursuit, que les partenaires sociaux concluent ou non un accord. S'ils concluent un accord et décident de le transmettre, par l'intermédiaire de la Commission, au Conseil, cela confère à l'acte négocié la force obligatoire d'un acte communautaire. Cette procédure met en lumière le fait qu'il n'est pas opportun d'opposer systématiquement la loi au contrat (l'hétéronomie à l'autonomie)¹³⁸. Le rôle des institutions communautaires et des partenaires sociaux apparaît comme complémentaire. La procédure législative communautaire a le mérite d'octroyer une place aux partenaires sociaux.

b) La négociation voulue

39. Au moment de la seconde consultation par la Commission sur le contenu de la proposition envisagée, les partenaires sociaux ont neuf mois pour négocier leur accord, sauf prolongation décidée en commun avec la Commission.

Le rôle de la Commission, pendant cette période, n'est pas déterminé par le traité CE. Au regard de l'objectif assigné à l'article 138 du traité CE, les partenaires sociaux sont libres de négocier entre eux. Si les partenaires sociaux se mettent d'accord, il y a une répartition des rôles entre la Commission et les partenaires sociaux : la Commission ou les partenaires sociaux ont l'initiative de déclencher une négociation, les partenaires sociaux négocient et concluent sur le contenu de la norme, la Commission présente ce contenu au Conseil. La

¹³⁶ Article 138 § 3 du traité CE.

¹³⁷ Article 138 § 4 et 139 §1 du traité CE.

¹³⁸ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 91 : « la voie négociée ou autonome est prioritaire, la voie législative ou hétéronome est subsidiaire ». M. VIGNEAU remarque aussi que l'autonomie, dans ce cas, n'est pas entière mais qu'elle a un cadre hétéronome. « Ce cadre limite l'espace contractuel et le choix relatif aux parties négociatrices », C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°14 et suiv. ; ce qui rejoint la question de la représentativité des syndicats habilités à négocier, *Cf. infra* n° 62 et suiv.

Commission « se retire provisoirement du jeu sauf toutefois le rôle de promotion du dialogue qui continue de lui revenir »¹³⁹.

40. Les partenaires sociaux, lors du déroulement des négociations, établissent librement le contenu de l'accord dans le respect des compétences et de l'ordre public communautaire¹⁴⁰. Il n'y a pas de règles particulières, excepté la durée limitée de neuf mois pour négocier¹⁴¹.

41. Si les partenaires sociaux n'aboutissent pas à un accord, la Commission conserve son pouvoir d'initiative et peut transmettre un projet de directive au Conseil, selon les procédures prévues au traité. L'article 138 du traité CE, en effet, n'impose pas la conclusion d'un accord par les partenaires sociaux, mais uniquement leur consultation et leur négociation. En cas de désaccord des partenaires sociaux, le texte est élaboré par la Commission.

42. Les partenaires sociaux sont titulaires, en priorité, de la possibilité d'élaborer la norme législative communautaire, mais ils ne détiennent pas ce rôle de façon exclusive. Ils sont responsables du rôle qu'ils entendent réellement jouer dans le processus législatif, dans la mesure où l'absence d'un accord conduit à les exclure du processus.

43. L'incitation à la négociation par les organes communautaires confère une origine hétéronome à la négociation collective communautaire, contrairement aux expériences nationales où les relations professionnelles sont issues de situation d'anomie¹⁴². Alors qu'historiquement les droits collectifs européens sont issus de luttes et de grèves, les premières réglementations du droit collectif sont des initiatives de la Commission (initiative de Val Duchesse en 1985). Des cas de mobilisations européennes sont apparus plus tard (par exemple, le conflit collectif organisé en soutien des employés licenciés de Renault Vilvoorde¹⁴³, début 1997).

Les partenaires sociaux pour prétendre être intégrés au sein de la procédure législative doivent être représentatifs.

¹³⁹ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n°116.

¹⁴⁰ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°14. Pour une étude de référence voir S. POILLOT-PERUZZETTO, *Ordre public et droit communautaire*, D, 1993, chr., p. 177.

¹⁴¹ Article 138 § 4 du traité CE.

¹⁴² C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°2.

¹⁴³ F. VANDAMME, *La fermeture de l'Usine Renault-Vilvoorde : conséquences politiques et sociales internationales*, RMCUE, 1997, p. 512.

B. La définition pragmatique de la représentativité des partenaires sociaux

44. Au niveau communautaire, aucune règle ne régit le droit syndical. La représentativité n'est pas réglementée, à croire que les institutions n'ont pas voulu trancher cet épineux problème. La Commission s'est appuyée sur des données empiriques pour apprécier la représentativité des partenaires sociaux européens participant à la procédure d'élaboration du droit communautaire. Dans la mesure où les partenaires sociaux européens font partie intégrante du processus législatif, la question de leur légitimité, donc de leur représentativité, doit être éclaircie.

45. Les partenaires sociaux¹⁴⁴ (la Confédération européenne des syndicats (CES), du Centre européen des entreprises publiques (CEEP), de l'Union des industries de la Communauté européenne (UNICE))¹⁴⁵, ont élaboré un certain nombre de critères définissant la représentativité des partenaires sociaux visés par l'Accord sur la politique sociale de 1992 et, désormais, par le traité CE.

Voici les six conditions que doivent remplir les organisations :

- être organisées au niveau européen, interprofessionnel ou sectoriel ;
- être composées d'organisations nationales elles-mêmes considérées comme représentatives - dans leur cadre national ;
- être représentées dans tous les États membres ;
- être composées d'organisations dans lesquelles l'adhésion est volontaire ;
- être composées de membres ayant le « droit d'être impliqués » directement ou non dans des négociations de niveau national ;
- être chargées par leurs membres de les représenter dans le dialogue social communautaire.

Cette proposition des partenaires sociaux a reçu l'assentiment de la Commission dans une communication du 14 décembre 1993¹⁴⁶. La Commission a ensuite appliqué ces critères avec l'acceptation du Conseil. Dans plusieurs communications, la Commission a donné la liste des

¹⁴⁴ Pour une description de l'ensemble des partenaires sociaux européens et de leurs niveaux d'intervention, Cf. P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 67 et suiv. Cf. *infra* n° 263 et suiv.

¹⁴⁵ Proposition faite à la Commission, 29 octobre 1993.

¹⁴⁶ Communication de la Commission concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée au Conseil et au Parlement européen, COM (93)600, point 24.

organisations qu'elle considère comme représentatives¹⁴⁷, et qui peuvent participer à l'élaboration de la norme communautaire. Lorsque la Commission parle de partenaires sociaux, elle fait référence à ces organisations.

46. Ultérieurement, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a fixé les règles concernant la représentativité, dans un célèbre arrêt du 17 juin 1998, « Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UAPME) contre le Conseil »¹⁴⁸. Il a dégagé le concept de « représentativité cumulée suffisante » qui fait référence à l'ensemble des critères nécessaires afin qu'un syndicat soit apte à négocier dans le cadre de l'élaboration d'une norme communautaire¹⁴⁹.

Ce concept conduit à distinguer les deux phases de la procédure législative. Au cours de la première consultation¹⁵⁰, dans la phase d'élaboration de la législation communautaire, la Commission doit consulter tous les partenaires sociaux qu'elle a, elle-même, identifiés comme représentatifs¹⁵¹. Lorsqu'au cours de la seconde phase les partenaires sociaux décident de négocier un accord, ils fixent à leur tour la représentativité en se reconnaissant mutuellement comme des interlocuteurs légitimes. C'est ce que l'on appelle la « reconnaissance mutuelle ». Il y a donc une double exigence de représentativité¹⁵² : une représentativité simple lors de la phase de consultation, et une représentativité « multiple »¹⁵³ lors de la phase de négociation. Les partenaires sociaux consultés par la Commission ont un droit d'entrée pour la négociation ; les partenaires sociaux non consultés par la Commission ne bénéficient pas de ce droit ; et ceux qui en bénéficient peuvent être exclus des négociations par les autres¹⁵⁴.

Cette forte exigence de représentativité des partenaires sociaux européens se conçoit au regard de leur participation au processus d'élaboration de la norme communautaire.

¹⁴⁷ Communication de la Commission concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée au Conseil et au Parlement européen, COM (93)600 ; Communication de la Commission concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire, COM (96)448 final ; Adapter et promouvoir le dialogue social, COM (1998)322 final.

¹⁴⁸ Aff. T 135/96, M.-A. MOREAU, Sur la représentativité des partenaires sociaux européens, *Dr. social*, 1999, p. 53.

¹⁴⁹ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n°118.

¹⁵⁰ Cf. *supra* n° 36.

¹⁵¹ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, p. 53.

¹⁵² La notion de « double représentativité » est employée par P.-H. ANTONMATTÉI, « Négociation des accords collectifs de niveau communautaire », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 26, spéc. p. 30.

¹⁵³ P.-H. ANTONMATTÉI, *Ibidem*.

¹⁵⁴ D. GADBIN, *Op. cit.*, spéc. p. 40.

47. La double représentativité conduit à une définition plurielle du terme « partenaire social » employé à l'article 138 du traité CE. La notion de « partenaire social » renvoie à deux réalités différentes : elle « recouvre au sens large toute organisation ou groupement admis à des négociations collectives et, dans une acception plus étroite, vise les organisations associées au processus décisionnel communautaire »¹⁵⁵.

48. « Un droit de la représentativité et de la représentation des partenaires sociaux au niveau européen prend ainsi naissance au travers d'usages engendrés par des actes présentant le double caractère de ne pas lier et d'avoir fait l'objet d'une concertation entre autorités communautaires et partenaires sociaux »¹⁵⁶.

L'amorce de la construction d'un droit syndical européen est issue de la pratique. L'explication réside dans le fait que les partenaires sociaux sont eux-mêmes les artisans de la législation communautaire, et aussi par la préférence des institutions communautaires pour le développement des bonnes pratiques et de ce que l'on nomme la *soft law*¹⁵⁷.

49. Le fait que les partenaires sociaux soient représentatifs leur accorde une légitimité nécessaire pour être les délégués du pouvoir normatif. En effet, « plus (la légitimité) sera élevée, plus ils apparaîtront investis d'une forte légitimité, donc susciteront emprunts, imitations et ralliements »¹⁵⁸. La nécessaire légitimité des partenaires sociaux, rédacteurs de la loi, conduit à s'interroger sur la pertinence des critères de représentativité. Le mécanisme de reconnaissance mutuelle est-il suffisant¹⁵⁹ ?

Les partenaires sociaux défendent les intérêts corporatistes dont ils sont les représentants¹⁶⁰. Ces intérêts sont très larges au niveau communautaire. La CES représente les plus grandes

¹⁵⁵ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 17.

¹⁵⁶ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 118.

¹⁵⁷ Notamment dans le cadre des politiques de l'emploi, *Cf.* n° 97 et suiv.

¹⁵⁸ B. TEYSSIÉ, La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale, *JCP éd. E*, 1994, n° 16, chr. 352, p. 215, spéc. n° 31.

¹⁵⁹ Elles sont jugées assez sévèrement par A. SUPLOT, à cause de leurs conséquences politiques :

« Cette mutation de la fonction (légiférante) syndicale peut paraître étrange (...). 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 des syndicats, 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 ; si bien que cette élévation serait surtout un effet de perspective produit par l'affaïssement du projet politique européen » (« La loi dévorée par la convention ? », *Op. cit.*, spéc. p. 637).

¹⁶⁰ S. SIMITIS, *Op. cit.*, spéc. p. 666.

centrales syndicales des États membres, la représentation patronale semble plus divisée. Mais leur représentativité est souvent mise en doute.

50. En pratique, le système actuel de représentativité se traduit par une mainmise de certaines organisations. Une dérive est à craindre : les grands syndicats européens peuvent refuser l'accès aux négociations de plus petites organisations catégorielles.

Cette remise en cause de la légitimité proviendrait du fait que les grandes centrales syndicales européennes ne tiennent pas compte de plus petits syndicats. Les syndicats autonomes seraient marginalisés dans le processus d'intégration européenne¹⁶¹. La CES aurait des difficultés à « enclencher une dynamique qui transcende les intérêts et les réalités nationales, (et à exercer une) politique autonome et alternative à celle proposée par la Communauté européenne »¹⁶². L'absence d'accès des syndicats autonomes au processus d'élaboration de la norme législative communautaire ne garantirait pas la pleine et entière légitimité des grandes centrales syndicales. La CES est particulièrement fragilisée par la faible représentativité de certaines centrales nationales, lesquelles composent ensuite le syndicat européen¹⁶³.

51. Un autre argument peut être retenu comme faisant douter de la représentativité des syndicats participant au processus d'élaboration de la norme communautaire : seule la règle de la « représentativité cumulée suffisante » énoncée par les juges du TPICE s'applique. L'existence d'une réglementation communautaire éviterait, peut-être, l'incertitude quant à la représentativité des partenaires sociaux. Il apparaît cependant difficile d'aboutir à une réglementation, les droits nationaux étant très divers. Le rapport de l'Institut des Sciences du

¹⁶¹ J.-M. DENIS, *Le syndicalisme autonome face à la construction européenne : quelles menaces, quelles perspectives ?*, *Dr. social*, 2001, p. 526, spéc. p. 531. Ce syndicalisme se développe surtout autour des évolutions concernant le service public.

L'auteur se concentre sur le groupe des Dix et l'Union nationale des syndicats autonomes. Ces syndicats sont organisés en réseaux européens. L'exemple est donné concernant les services postaux, où pour faire face aux évolutions européennes les problèmes doivent être examinés à un niveau transnational. Il existe aussi un réseau concernant les transports, et les banques. L'auteur (p. 530) pense que ces unions syndicales sont la conséquence des dérégulations contemporaines. L'agrégation est le moyen de survie des syndicats autonomes.

¹⁶² J.-M. DENIS, *Op. cit.*, spéc. p. 532.

¹⁶³ A. SUPIOT, « La loi dévorée par la convention ? », *Op. cit.*, spéc. p. 635 : « ces nouvelles dispositions (art. 137 et 138 CE) en font les sujets actifs de l'élaboration du droit. Ce renversement de perspective mérite d'être rapproché de l'affaiblissement corrélatif, dans tous les États membres, de la représentativité syndicale. Tout se passe comme si la place accordée aux syndicats dans l'élaboration de la loi s'accroissait en proportion inverse de leur représentativité, et donc de leur légitimité ».

Cf. infra n° 363 et 368.

Travail de l'Université Catholique de Louvain de 1999¹⁶⁴, le démontre. Pour définir des critères européens de la représentativité, il conviendrait d'évaluer l'importance du principe majoritaire¹⁶⁵. La définition d'une représentativité communautaire serait sans doute un élément permettant de résoudre les problèmes liés à la représentativité syndicale dans de nombreux pays européens¹⁶⁶.

La mise en place de règles incontestables de représentativité des partenaires sociaux semble essentielle, eu égard au rôle qu'ils jouent dans l'élaboration de la norme communautaire. Les partenaires sociaux peuvent décider à l'issue de la négociation, menée en application de l'article 138 du traité CE, de demander au Conseil que les résultats de cette négociation deviennent un acte législatif communautaire.

Section II. La loi sociale adoptée par les institutions

52. C'est l'article 139 du traité CE qui prévoit la suite de la procédure d'élaboration de la norme législative en matière sociale. Une fois que les partenaires sociaux ont été consultés, et qu'ils ont négocié et conclu un accord, la mise en œuvre de cet accord peut intervenir « *dans les matières relevant de l'article 137, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* » (article 139 § 2)¹⁶⁷.

53. L'application de l'article 139 du traité CE exclut le Parlement européen. Le Parlement est l'organe de représentation « des peuples des États réunis dans la Communauté »¹⁶⁸. Il n'a pas l'ensemble des pouvoirs que détient un parlement dans un régime démocratique de séparation des pouvoirs. Dans les domaines où le Conseil statue à l'unanimité, le Parlement européen est simplement consulté¹⁶⁹. Le Parlement partage le pouvoir législatif avec le

¹⁶⁴ Rapport commandé par la Direction Générale Emploi, Relations industrielles et Affaires sociales de la Commission européenne, intitulé « Rapport sur la représentativité des organisations européennes de partenaires sociaux », 1^{ère} partie.

¹⁶⁵ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 21, voir aussi M.-L. MORIN, Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, *Dr. social*, 2000, p. 1083. De plus, rappelons que l'ensemble des pays européens connaît des problèmes liés à la représentativité, Cf. A. SUPLOT, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, spéc. p. 160 et suiv. Ces problèmes pourraient être réglés si la question de la représentativité était réglementée par le droit communautaire.

¹⁶⁶ A. SUPLOT, *Op. cit.*, spéc. p. 160 et suiv.

¹⁶⁷ L'analyse des normes conventionnelles, non présentées au Conseil, est l'objet du Titre II de la Partie II.

¹⁶⁸ Articles 189 du traité CE, pour une étude détaillée, *ibidem*.

¹⁶⁹ Article 137 du traité CE point 3 ; cf. *supra* n° 25.

Conseil dans les matières où le Conseil statue à la majorité qualifiée (procédure de co-décision, article 251 du traité CE)¹⁷⁰.

54. Le rôle du Parlement, en matière sociale, est inexistant lorsque les partenaires sociaux entrent en scène¹⁷¹. L'article 139 du traité CE prévoit, en effet, que lorsque les partenaires sociaux ont conclu des accords dans les matières relevant de l'article 137, et qu'ils souhaitent les mettre en œuvre par voie de directive, la Commission les transmet au Conseil qui décide seul¹⁷². « Le Parlement européen a estimé dans plusieurs résolutions que le dialogue social ne devait pas être un substitut systématique à la procédure législative en matière sociale et a réclamé d'être à tout le moins co-décideur au même niveau que le Conseil dans la mise en œuvre des accords »¹⁷³. Cette demande est restée lettre morte.

La carence des pouvoirs du Parlement, toutes les fois où, en matière sociale, les partenaires sociaux participent à la procédure législative, suscite un débat opposant les concepts de démocratie sociale et de démocratie parlementaire (ce qui nécessairement renvoie à la notion de représentativité). Le problème posé par la prééminence de la démocratie sociale est important si on prend en compte l'évolution du syndicalisme. Aujourd'hui, les revendications syndicales sont la manifestation d'intérêts corporatistes (au sens propre et non péjoratif du terme) qui se trouvent éloignés des intérêts d'autres catégories comme les consommateurs, et de préoccupations générales comme l'environnement¹⁷⁴. Au vu de ces constatations, la démocratie sociale semble peu légitime à supplanter la démocratie parlementaire.

Cette forme de légitimité sociale ne saurait remplacer la légitimité démocratique dont est investi le Parlement¹⁷⁵. Faut-il choisir entre l'une ou l'autre de ces formes de légitimité ? La

¹⁷⁰ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 104 et suiv.

¹⁷¹ Le Conseil économique et social est simplement consulté et informé au moment de l'élaboration de la directive.

¹⁷² Il y a une montée en puissance du rôle des partenaires sociaux, P. RODIÈRE, *Op. cit.*, n° 128. Ce qui a pour conséquence un affaiblissement de notre Parlement national. Cela rend inefficace la procédure de l'article 88-4 de la Constitution car la consultation du Parlement national n'apportera aucun changement, V. OGIER-BERNARD, *Op. cit.*, spéc. n° 12.

¹⁷³ M. E. BLAS LOPEZ, Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation, *Dr. social*, 2006, p. 540, spéc. p. 549 ; les résolutions du Parlement citées par l'auteur sont les suivantes : Résolutions du Parlement européen relatives à une directive du Conseil concernant l'accord cadre sur le travail à durée déterminée, A4-352/97 (1997) et JO C-279/430 (1999), opinion du Parlement du 15 mars 1996 et COM (96)448 final, p. 13.

¹⁷⁴ S. SIMITIS, Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?, *Dr. social*, 1997, p. 655, spéc. p. 661 ; l'auteur donne comme exemple, entre autres, le cas du secteur alimentaire allemand dans lequel le syndicat s'est prononcé contre toute intervention législative destinée à protéger les non-fumeurs en invoquant les 15000 emplois qui seraient menacés dans l'industrie du tabac.

¹⁷⁵ Comme le souligne J.-E. RAY, Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?, *Dr. social*, 2000, p. 574, spéc. p. 578 : « Malgré la très créative analyse du TPI de Luxembourg (...) mettant sur un pied d'égalité le Parlement et les partenaires sociaux européens (qu'en aurait pensé la

réponse doit être, sans ambiguïté, négative. Il est regrettable que le Parlement européen soit absent au sein de cette procédure, la légitimité politique ne pouvant être exclue de la démocratie sociale¹⁷⁶. L'utilisation du contrat ne devrait pas être une solution alternative à l'intervention du Parlement, mais une solution complémentaire.

55. Une fois que l'accord a été conclu par les partenaires sociaux et qu'ils ont décidé de le transmettre à la Commission, celle-ci opère un contrôle de son contenu afin de vérifier qu'il n'est pas contraire au traité CE. La Commission contrôle aussi la représentativité des signataires à un double niveau¹⁷⁷ : les partenaires sociaux doivent bénéficier d'une représentativité cumulée et doivent représenter l'ensemble des intérêts professionnels concernés par l'accord.

56. Postérieurement à ce double contrôle, la Commission saisit le Conseil qui prend sa décision. L'analyse du terme « décision » doit être effectuée. En droit communautaire, ce vocable vise, en effet, un acte particulier¹⁷⁸ qui n'a pas de portée générale et ne s'adresse qu'aux destinataires qu'elle désigne. Retenir cette acception serait limiter considérablement la réglementation en matière sociale. De façon évidente, il faut entendre ce terme au sens large. Ainsi, la Commission, dans une proposition du 31 janvier 1996¹⁷⁹, a précisé que ce terme de « décision » renvoie aux instruments contraignants de l'article 249 du traité CE. Au moment de sa proposition au Conseil, la Commission choisit le type de norme, c'est un « choix d'espèce »¹⁸⁰. Le traité CE prévoit plusieurs sources de droit dérivé permettant à la Communauté d'exercer ses prérogatives. L'article 249 du traité CE dispose :

« Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des

CJCE ?), il ne semble pas que la démocratie sociale, technique de représentation mais aussi système de valeurs, puisse se contenter de cette naïve alternative. Ainsi le traité d'Amsterdam lui-même, évoquant le Conseil économique et social communautaire (articles 257 à 262), évoque les « représentants des différentes catégories de la vie économique et sociale (producteurs, agriculteurs, transporteurs, travailleurs, négociants et artisans, professions libérales) et de l'intérêt général ».

¹⁷⁶ G. BORENFREUND, M.-A. SOURIAU, Les rapports de la loi et de la convention collective une mise en perspective, *Dr. social*, 2003, p. 72, spéc. p. 80 ; G. LYON-CAEN, Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective, *Dr. social*, 2003, p. 355, spéc. p. 356 : « le pouvoir politique est plus apte que la négociation sociale à imaginer, à réformer, à concilier, à dégager une norme acceptable et acceptée. On a parlé à tort et à travers du dialogue social ; il ne saurait remplacer l'exercice de la démocratie »

¹⁷⁷ Conformément à l'arrêt du TPICE, *Cf.* n° 46.

¹⁷⁸ *Cf.* article 249 du traité CE.

¹⁷⁹ COM (96)26, 31 janvier 1996, concernant le congé parental.

¹⁸⁰ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 127.

règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis»¹⁸¹.

57. L'article 249 du traité CE ne consacre pas de hiérarchie entre les différents actes communautaires. Aucun n'a vocation à s'imposer aux autres¹⁸², les institutions ont le choix de l'instrument leur apparaissant le plus approprié.

De façon générale, le règlement est la principale source de droit dérivé¹⁸³. L'article 249 du traité CE précise qu'il a « *une portée générale* » et qu'il est « *obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre* ». Le règlement, en droit du travail, a seulement été utilisé dans les années 1970 (à propos des transferts d'entreprise et des licenciements). Cet instrument juridique n'est désormais plus employé même dans des domaines où une coordination transnationale est exigée¹⁸⁴.

58. La directive¹⁸⁵ a la préférence de la Commission et du Conseil, elle est « l'instrument premier de la politique sociale »¹⁸⁶, un instrument original d'harmonisation¹⁸⁷. La directive est « une méthode de législation à deux étages »¹⁸⁸. Elle a vocation à être une loi-cadre, incitant à un partage des tâches et à une collaboration entre le niveau communautaire et le niveau national¹⁸⁹. L'article 249 du traité CE définit les obligations qu'elle engendre : elle « *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 directive n'est pas en principe directement applicable.

¹⁸¹ La dénomination des actes et, peut-être, leur nature changeait avec le traité instituant une Constitution pour l'Europe, article I-33.

¹⁸² G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 203, précisent que l'ensemble des tentatives esquissées au moment de Maastricht et Amsterdam a échoué. (Voir aussi H. GAUDIN, Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ?, *RTD eur.*, n° 1, 1999, p. 1.) L'établissement d'une hiérarchie dans les sources communautaires doit passer par la reconnaissance de la loi communautaire donc d'un choix « constitutionnel » (P.-Y. MONJAL, La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires, *RTD eur.*, 1996, p. 681, spéc. p. 716).

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 35.

¹⁸⁵ Les directives ne doivent pas être confondues avec des règles de normalisation : elles n'ont pas la même valeur normative. En matière de sécurité, les directives énoncent des exigences essentielles, alors que les règles de normalisation portent sur des spécificités techniques. Cf. Ph. MARTIN, L'harmonisation sociale en débat, *Dr. social*, 1997, p. 303, spéc. p. 307 ; voir aussi A. SUPIOT et I. VACARIE, Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques), *Dr. social*, 1993, p. 18.

¹⁸⁶ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, n° 92.

¹⁸⁷ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 34. La directive est « l'instrument de prédilection permettant l'harmonisation » : E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle*, coll. « travaux du CERIC », Bruylant, 2007, spéc. p. 55.

¹⁸⁸ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 205.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

Le choix privilégié de la directive, dans des matières comme le droit du travail, s'explique en raison de la matière concernée. Le droit du travail est l'objet d'importantes différences entre les États, la directive est l'instrument adéquat pour poser un cadre réglementaire (pas trop détaillé), en laissant une marge de manœuvre aux États membres. L'adoption d'une directive est le résultat d'un compromis¹⁹⁰. Ce compromis peut avoir pour résultat certaines différences dans l'application du droit communautaire par les États membres¹⁹¹.

59. Lorsque la Commission propose une directive au Conseil, le texte de l'accord (par exemple l'accord-cadre sur le congé parental) n'est pas, parfois, incorporé au texte mais mis en annexe. Il s'agit d'un procédé qui rappelle la loi française du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 qui lui a été annexé. Cela correspond aussi au mécanisme de l'extension par arrêté ministériel¹⁹².

La Commission considère qu'elle ne peut pas modifier l'accord conclu par les partenaires sociaux¹⁹³. Elle s'auto-censure, en quelque sorte, lorsque l'accord est conforme au traité CE. De toute évidence, il en va différemment si l'accord ne respecte pas le traité : soit la commission modifie les dispositions litigieuses, soit la Commission saisit de nouveau les partenaires sociaux pour qu'ils suppriment les illégalités.

Le Conseil peut, néanmoins, en vertu de l'article 250 du traité CE, amender à l'unanimité une proposition de la Commission. Cette possibilité n'a jamais été utilisée en pratique par le Conseil en matière sociale¹⁹⁴.

Le traité CE, à son article 137, renvoie à l'article 251 du traité CE, ce qui signifie que les directives en matière sociale sont adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée, sur initiative de la Commission.

¹⁹⁰ Mme MOREAU note deux conséquences : le compromis entre les modèles nationaux donne naissance à une norme différente du droit national ce qui peut constituer un effet perturbateur (comme en France concernant le travail le dimanche), mais qui est l'essence de l'uniformisation ; le compromis peut aussi donner lieu à des autorisations pour les États membres d'exiger une réserve, ce qui limite la cohérence générale des textes (M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 39).

¹⁹¹ Le Royaume-Uni a été condamné pour ne pas avoir adapté ses normes nationales : G. LYON-CAEN, *Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable*, *Dr. social*, 1994, p. 923.

¹⁹² P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n°127.

¹⁹³ COM (93)600, communication du 14 décembre 1994, faisant suite à une proposition des partenaires sociaux du 29 octobre 1993, sur le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de l'accord sur la politique sociale, point 10.3

¹⁹⁴ V. OGIER-BERNARD, *Op. cit.*, spéc. n° 11.

L'intégration des partenaires sociaux à la procédure législative, en matière sociale, marque l'originalité de cette procédure.

Section III. La particularité de la procédure législative en matière sociale

60. Le pouvoir législatif est finalement assuré à la fois par le Conseil et les partenaires sociaux¹⁹⁵. Les institutions communautaires, elles-mêmes, ont cautionné la participation des partenaires sociaux alors celle-ci n'était pas encore consacrée par le traité CE. Le Conseil, dans une résolution du 6 décembre 1994¹⁹⁶, revendique une politique sociale « pragmatique et proche des citoyens », en ce sens qu'il vaut mieux « un accord conclu entre partenaires sociaux au niveau européen que des mesures hétéronomes édictées par le Conseil »¹⁹⁷. Les institutions démontrent ainsi qu'elles sont promptes à mettre en avant des solutions pragmatiques pour accélérer certaines évolutions¹⁹⁸.

61. La participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi sociale communautaire est singulière. Aucune autre matière n'associe à la rédaction de la loi un tiers aux institutions. Cette situation a pu être qualifiée « d'autoréglementation »¹⁹⁹ ou bien « d'accords légiférants »²⁰⁰. La procédure législative octroie aux partenaires sociaux un rôle précis : ils sont les rédacteurs de la loi, s'ils en expriment la volonté. Dans cette configuration, le contrat est intégré, par le biais procédural, à l'élaboration de la loi communautaire.

¹⁹⁵ A. SUPIOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. social*, 2003, p. 59, spéc. p. 66 : l'absence de « nation européenne » a favorisé des entorses au principe démocratique, d'abord par la répartition des pouvoirs entre les différents organes communautaires, ensuite en permettant en matière sociale que « les partenaires sociaux puissent s'inviter à la place du Parlement dans le processus d'élaboration des directives ».

¹⁹⁶ JOCE n° C 368, 23 décembre 1994.

¹⁹⁷ V. OGIER-BERNARD, *Op. cit.*, spéc. n° 4.

¹⁹⁸ La Commission encourage vivement le dialogue social et souhaite y être étroitement associée. La Commission manifeste encore cette volonté dans sa communication relative au partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM(2004) 557 final, http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/aug/com_final_fr.pdf
COM (98)322, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, 20 mai 1998, p. 9.

¹⁹⁹ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, *Op. cit.*, spéc. n°40.

²⁰⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, édition « Quadrige », PUF, 2002, p. X, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. social*, 2003, p. 59, spéc. p. 66.

62. Lorsque les partenaires sociaux élaborent une convention collective reprise par les institutions dans un texte communautaire, la conclusion suivante s'impose : la négociation collective est élevée au rang de source de norme sociale communautaire²⁰¹.

La participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la norme communautaire conduit à analyser les rapports de la loi et de la convention. Le droit du travail « offre un excellent point d'accès à cette question des rapports de la loi et de la convention »²⁰² (...). « C'est en droit du travail, en effet, qu'ont été forgés les alliages les plus singuliers de l'autonomie et de l'hétéronomie, qu'il s'agisse de la convention collective, faite de loi et de règlement, de la loi négociée, qui mêle convention et législation, ou du contrat de travail, qui insère un statut dans le louage de services »²⁰³.

L'acte législatif communautaire et la convention élaborée par les partenaires sociaux se trouvent entremêlés l'un à l'autre. Le rapport entre la loi et la convention est un rapport d'imbrication. La loi ne s'oppose pas à la convention, elles sont inséparables. La loi « est dévorée par la convention »²⁰⁴.

63. La convention ne se limite plus à la détermination des rapports entre particuliers, son rôle dans le processus législatif communautaire se définit comme une modalité de rédaction de la loi. La loi, quant à elle, n'est plus élaborée selon un processus traditionnel²⁰⁵ car elle a besoin d'une procédure particulière pour assurer son efficacité.

64. L'efficacité de la norme semble de plus en plus soumise à l'approbation de celui auquel elle s'applique. Les normes ne peuvent plus être imposées exclusivement de l'extérieur, comme elles ne peuvent être issues que de l'intérêt des particuliers. Aujourd'hui, la loi n'est légitime que s'il existe une forme d'accord des destinataires de la loi²⁰⁶. La légitimation a lieu antérieurement ou postérieurement à l'édiction de la règle. Concernant la règle communautaire, c'est antérieurement qu'elle intervient. La légitimation postérieure

²⁰¹ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 13.

²⁰² A. SUPLOT, *Op. cit.*, spéc. p. 632.

²⁰³ A. SUPLOT, *Ibidem*.

²⁰⁴ A. SUPLOT, « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 631, spéc. p. 637.

La convention ne peut exister sans la loi, même s'il y a une tendance à vouloir substituer la convention à la loi, comme au niveau communautaire.

²⁰⁵ Le processus traditionnel communautaire, qui déjà se distingue du droit français, fait intervenir la Commission, le Conseil et le Parlement.

²⁰⁶ A. SUPLOT, « La loi dévorée par la convention ? », *Op. cit.*, spéc. p. 635. Cela concerne aussi bien l'édiction des règles par la puissance publique que par la puissance privée.

intervient lorsque les partenaires sociaux exercent leur fonction réglementaire de mise en œuvre de la loi²⁰⁷.

La mise en valeur, dans un processus législatif, de la convention collective correspond aussi aux vertus que l'on prête à ce type de normes. En effet, l'opinion suivante est assez répandue : la négociation collective permet l'adaptabilité de la norme²⁰⁸.

65. Cette forme de réglementation sociale, qui se veut plus proche des personnes auxquelles elle s'applique, est également en adéquation avec le cadre économique dans lequel elle est mise en œuvre. Le marché entraîne une transformation des rapports entre la loi et le contrat²⁰⁹. M. SUPIOT met en évidence les limites de la loi : on exige toujours plus de la loi, mais celle-ci est loin de répondre à toutes les attentes. On se tourne alors vers le contrat et la négociation collective. « C'est ce qu'on appelle la « procéduralisation » du droit, dont l'aspect le plus méconnu est de transporter dans la sphère contractuelle les questions concrètes et qualitatives qui étaient auparavant réglées par la loi »²¹⁰. Le contrat apparaît comme le moyen plus approprié de régulation, permettant une meilleure adaptation aux besoins du marché.

66. En tant que rédacteurs de la loi, les partenaires sociaux ont la possibilité d'exprimer l'intérêt général, alors qu'ils ne représentent que les travailleurs et les employeurs. Les partenaires sociaux sont investis d'objectifs qui dépassent le simple intérêt de leur profession. Le contrat n'a plus seulement vocation à régler les rapports entre particuliers, il a vocation à participer au fonctionnement de la société en général. Cela ne signifie pas que l'autonomie contractuelle²¹¹ et la liberté contractuelle²¹² augmentent, mais bien que le contrat est investi de fonctions nouvelles.

²⁰⁷ Cf. n° 167 et suiv.

²⁰⁸ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, *Op. cit.*, spéc. p. 139.

²⁰⁹ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, édition « Quadrige », PUF, 2002, p. XIII : « C'est seulement parce que l'État a pris en charge les aspects incalculables de la vie humaine que le marché a pu être conçu comme un mécanisme d'autorégulation et être envisagé abstraitement, indépendamment des personnes qui contractent et des choses sur lesquelles il porte. État et Marché, loi et contrat, sont indissociablement liés. Dans un monde qui se complique, s'internationalise, la répartition des rôles entre la loi et le contrat se transforme (p. XVI).

²¹⁰ A. SUPIOT, *Op. cit.*, spéc. p. XVI.

²¹¹ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, p. 653.

²¹² A. SUPIOT, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, *Op. cit.*, spéc. p. 67, qui tire de cette remarque la conséquence suivante, dans la mesure où la loi se décharge sur le contrat, le contrat se trouve investi d'objectifs « qui dépassent (le) simple intérêt patrimonial » des parties. Au plan collectif le contrat participe à l'intérêt général, ce qui se traduit « par l'instrumentalisation des sources du droit » (au plan individuel cela se traduit par la normalisation des comportements et respect de normes techniques comme les ISO).

67. Ce phénomène de l'intégration du contrat dans l'élaboration de la loi relève du droit négocié. « La force de la règle » « dépend désormais du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration », le droit négocié « est le fruit d'une délibération collective »²¹³. Cette présence d'un droit négocié occupant une place de choix dans la hiérarchie des normes est le signe de la complexification du droit, de son pluralisme, et est par là même l'une des manifestations pour M. CHEVALIER de l'émergence d'un droit post-moderne²¹⁴.

68. Le droit communautaire du travail se présente comme un laboratoire d'expérimentation juridique, dépassant le clivage classique loi/convention.

Les nouvelles fonctions attribuées à la convention font que les partenaires sociaux ont des relations non pas conflictuelles mais pacifiées²¹⁵, amenant à un « dialogue de raison »²¹⁶. La culture syndicale qui a accompagné la construction communautaire est une culture de la négociation, et non une culture de la confrontation et du rapport de force²¹⁷, comme dans la plupart des États membres, notamment en France. Le droit syndical européen émerge par un processus inverse à celui des droits nationaux, même si les partenaires sociaux européens ont parfois utilisé la stratégie du conflit (grèves et manifestations dans toute l'Europe) afin de défendre au mieux les intérêts des salariés. L'association des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi conduit de façon structurelle à un dialogue pacifié, réservant peut-être les rapports éventuellement conflictuels aux échanges entre employeurs et salariés dans le cadre de l'élaboration de normes professionnelles.

²¹³ J. CHEVALIER, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, *RD publ*, 1998, p. 659, spéc. p. 675.

²¹⁴ J. CHEVALIER, *Ibidem*.

²¹⁵ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, p. 653.

²¹⁶ O. QUINTIN, Bilan et perspectives du dialogue social en Europe, *PA*, n° 79, 3 juillet 1998, p. 17 ; ce dialogue de raison est pour l'auteur un complément du dialogue interétatique.

²¹⁷ C'est ce que précise la Commission (dans sa communication, COM(98) 322, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, 20 mai 1998, p. 2) qui décrit le rôle des partenaires sociaux comme suit : « les partenaires sociaux ne sauraient être confondus avec d'autres organisations tels les groupes de pression ou d'intérêt du fait de leur capacité à s'engager dans une démarche contractuelle ».

69. Conclusion du Chapitre I. Le droit communautaire a envisagé, en matière sociale, la participation des partenaires sociaux sous l'angle procédural. Il n'a pas choisi de répartir les compétences législatives entre les partenaires sociaux et les institutions, selon un critère matériel²¹⁸.

Ce système est audacieux car tous les domaines du droit du travail communautaire sont susceptibles d'être règlementés par les partenaires sociaux. Pourtant, l'attribution de compétences aux partenaires sociaux, selon un critère procédural, est le système le plus simple car cela évite de choisir les domaines matériels respectifs des uns et des autres et, de plus, cela empêche ultérieurement les inévitables conflits de compétences. Par ailleurs, cette répartition permet au Conseil (l'organe législatif) de conserver ses prérogatives en droit du travail, ce qui est censé satisfaire au principe démocratique au niveau européen. En ce sens, le droit communautaire est différent du droit négocié français qui ne prévoit pas, par principe, la participation des partenaires sociaux comme rédacteurs de la loi²¹⁹.

L'intégration de principe des partenaires sociaux à la procédure législative communautaire démontre la singularité de cette procédure. Ils rédigent un accord qui perd la nature de normes professionnelles pour prendre celle de directive par l'intervention de la Commission et du Conseil. Les partenaires sociaux sont rédacteurs et la Commission et le Conseil sont émetteurs. Cette répartition procédurale des rôles ne fait pas disparaître les prérogatives habituelles des deux institutions. Le fait d'octroyer aux partenaires sociaux le rôle de rédacteur de la loi permet, surtout, d'adapter le droit communautaire du travail aux exigences du marché, tout en confortant l'efficacité et la légitimité de la norme²²⁰.

A l'intégration des partenaires sociaux à la procédure législative s'ajoute leur association à des méthodes originales d'élaboration du droit communautaire, dans le domaine des politiques de l'emploi.

²¹⁸ Ce partage de compétence au fond entre la loi et la convention collective est la solution énoncée dans la Position commune, et reprise par une majorité de la doctrine française comme la solution au problème de la répartition des rôles entre la loi et la convention collective, Cf. n° 202 et suiv.

²¹⁹ Cf. Titre II, Chapitre II, n° 218.

²²⁰ E. MAZUYER pense que l'association des partenaires sociaux « a été perçue comme un instrument de légitimation démocratique-procédurale, notamment pour contrebalancer les objectifs d'union économique et monétaire au moment de Maastricht » (*L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle, Op. cit.*, spéc. p. 168).

Chapitre II

Les partenaires sociaux européens associés à la méthode ouverte de coordination

70. Les politiques de l'emploi se sont développées, assez récemment, au niveau communautaire. Elles sont inscrites dans le traité CE et participent d'un ensemble de politiques de coordination au niveau européen. L'intérêt de les étudier est qu'elles ont un effet d'incitation sur les droits nationaux. De plus, l'emploi est une « composante du droit communautaire du travail »²²¹ qui relève aussi des compétences partagées de la Communauté. Les directives prises, par ailleurs, par le Conseil peuvent être considérées comme s'inscrivant dans une politique de l'emploi de la Communauté, comme par exemple, les directives relatives aux licenciements ou aux transferts d'entreprise qui traitent des restructurations en essayant d'instaurer une forme de régulation²²².

Les politiques de l'emploi permettent de compléter l'action législative de la Communauté. Les partenaires sociaux, au niveau communautaire, sont fortement sollicités à participer à l'élaboration de ces mesures.

Il convient, dès lors, d'étudier l'association progressive des partenaires sociaux aux politiques de l'emploi (Section I). La Communauté, pour mener des actions dans ce domaine, utilise désormais une méthode particulière, identifiée sous le vocable de « méthode ouverte de coordination ». Cette méthode permet à la Communauté d'émettre des actes sans valeur normative définie, mais qui exerce une certaine influence sur le droit des États membres. Les partenaires sociaux, associés aux politiques de l'emploi, sont également associés à la méthode qui les met en œuvre. Il s'agit de dégager les particularités de cette association (Section II).

²²¹ P. MARTIN, Le traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ?, *RTD eur.*, 2000, p. 47, spéc. p. 50.

²²² P. MARTIN, *Op. cit.*, spéc. p. 52.

Section I. L'association progressive des partenaires sociaux aux politiques de l'emploi

71. Le traité CE organise, des articles 125 à 130, la participation des partenaires sociaux européens aux politiques de l'emploi, et la Commission a, par ailleurs, souhaité une participation accrue de ces derniers. Il s'est alors instauré un dialogue entre les institutions communautaires, notamment la Commission, et les partenaires sociaux.

Afin de déterminer précisément la participation des partenaires sociaux aux politiques de l'emploi, il est nécessaire de rappeler comment ces politiques ont été mises en place (§ I), introduisant ainsi une méthode originale d'élaboration du droit communautaire (§ II).

§ I - La mise en place institutionnelle des politiques de l'emploi

Les politiques de l'emploi reposent sur des mécanismes de coopération interétatique institutionnalisés (A), et s'appuient sur des moyens matériels propres à la Communauté (B).

A. La volonté d'instituer une politique communautaire de l'emploi

L'instauration de politiques de l'emploi est assez récente. Elle est issue d'une volonté politique communautaire (a), puis a finalement été consacrée par le traité CE (b).

a) Les prémices des politiques de l'emploi

72. Le point de départ d'une prise en compte des problèmes relatifs à l'emploi est le Livre blanc de DELORS de 1993 sur « la croissance, la compétitivité et l'emploi ».

Auparavant, l'emploi et la mobilité des travailleurs relevaient uniquement du Fonds social européen (FSE) et de la collaboration entre Gouvernements. À la suite de l'apparition d'un chômage structurel, le Livre blanc DELORS a encouragé une action coordonnée européenne pour tenter de l'endiguer. Plus tard, le Conseil européen d'Essen (9 et 10 décembre 1994) a posé le cadre d'une politique communautaire de l'emploi, en fixant des objectifs clés à

atteindre (des investissements créateurs d'emploi, le développement de la formation...) ²²³. Cependant, il ne s'agissait pas d'engagements fermes de la part des États membres.

73. La réalisation progressive de l'Union économique et monétaire (UEM) a aussi eu pour conséquence « une pression de plus en plus forte, à la fois syndicale, par l'intermédiaire de la Confédération européenne des syndicats, et politique, sous la pression des opinions publiques, pour adopter un processus du même type (que l'Union économique et monétaire) dans le domaine de l'emploi » ²²⁴. La mise en place des politiques de l'emploi a été « un corollaire de la réalisation de l'Union monétaire et peut être expliquée par les répercussions que les politiques économiques poursuivies par chaque État membre ont sur le reste de l'Union dans une situation de politique monétaire unique » ²²⁵. Le fait de s'inspirer de politiques dans d'autres domaines porte un nom dans le jargon communautaire, l'effet de *spill-over*, c'est-à-dire de débordement : un processus de coordination des politiques de l'emploi est inscrit dans le traité CE, employant essentiellement les mêmes concepts que ceux utilisés en matière de coordination des politiques économiques des États membres ²²⁶.

74. La politique de l'emploi se présente comme le pendant de la politique économique et monétaire, tout en s'inscrivant dans le cadre global d'un système de coordination économique nommé « grandes orientations de politique économique » (GOPE) ²²⁷. Les GOPE visent à améliorer « la synergie entre les politiques macro-économiques, les politiques structurelles et la politique de l'emploi » ²²⁸.

Ces politiques sont des coopérations interétatiques qui se fixent des objectifs à atteindre. La recherche d'un niveau d'emploi élevé est un objectif inscrit dans le traité CE, à partir du traité de Maastricht ²²⁹ (article 2 du traité CE). Les politiques de l'emploi vont évoluer au fil des années, faisant l'objet d'une attention croissante de la Communauté.

²²³ J.-C. SAURON, Le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg des 20 et 21 novembre 1997 pour l'emploi, *RMCUE*, 1997, p. 649.

²²⁴ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Op. cit.*, Editions Liaisons, 2005, spéc. p. 43.

²²⁵ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*, Editions Liaisons, 2003, spéc. n° 207.

²²⁶ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Ibidem*.

²²⁷ Les GOPE sont prévues à l'article 99 du traité CE.

²²⁸ M. JOAO RODRIGUES, in *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la dir. de M. JOAO RODRIGUES, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, spéc. p. 21.

²²⁹ Le traité dispose à son article 2 : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et, par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes... de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté... un niveau d'emploi et de protection sociale élevé... ».

b) *La concrétisation des politiques de l'emploi dans le traité d'Amsterdam*

75. Le sommet de l'emploi de Luxembourg, en novembre 1997, lance la stratégie européenne pour l'emploi (SEE)²³⁰ qui est un cadre de surveillance multilatérale. Il comprend un rapport conjoint annuel, des lignes directrices pour l'emploi servant de base aux plans d'action nationaux (PAN), ainsi que des recommandations du Conseil des ministres aux différents États membres. Ce sommet a permis d'accélérer la mise en œuvre effective des « dispositions pertinentes du nouveau titre sur l'emploi du traité d'Amsterdam »²³¹. Le traité a, en effet, institué un chapitre relatif à l'emploi. « Il est souvent dit des traités européens qu'ils ne font que codifier une pratique déjà existante. C'est particulièrement vrai dans le cas de la stratégie européenne pour l'emploi »²³².

76. Les politiques de l'emploi sont prévues par le traité CE aux articles 125 à 130. L'emploi est une « question d'intérêt commun »²³³. « Il y a place désormais pour une action communautaire visant à définir et à mettre en œuvre une stratégie coordonnée pour l'emploi »²³⁴, dite « stratégie européenne pour l'emploi » (SEE), sans que cela donne lieu à un transfert de compétences des États membres à la Communauté.

L'objectif d'un niveau d'emploi élevé est désormais inscrit à l'article 127 §1 du traité CE. Les moyens utilisés par la Communauté pour réaliser cet objectif sont prévus dans les articles suivants. L'article 128, §2, du traité CE dispose : « *sur la base des conclusions du Conseil européen, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, du Comité économique et social, du Comité des régions et du Comité de l'emploi visé à l'article 130, élabore chaque année des lignes directrices*²³⁵, dont les États membres tiennent compte dans leurs politiques de l'emploi. Ces

²³⁰ <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c11318.htm>, La naissance de la stratégie européenne pour l'emploi : le processus de Luxembourg (novembre 1997).

²³¹ M. BROWNE, « La stratégie européenne pour l'emploi : nouveau modèle ou faux-semblant ? », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la dir. de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 57, spéc. p. 62, spéc. p. 63.

²³² M. BROWNE, *Op. cit.*, spéc. p. 62.

²³³ Article 126 point 2 du traité CE.

²³⁴ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Politique de l'emploi et dynamique des entreprises, Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi*, Editions Liaisons, 2005, spéc. p. 44.

²³⁵ Décision du Conseil relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres rendue après le Conseil européen de printemps des 22 et 23 mars 2005.

http://europa.eu.int/cpmm/employment_social/employment_strategy/prop_2005/guide_2005_fr.pdf

lignes directrices sont compatibles avec les grandes orientations adoptées en application de l'article 99, paragraphe 2 ». L'article, dans son paragraphe suivant, énonce que les États membres doivent rendre des comptes, tous les ans, en remettant un rapport sur les mesures prises, en droit interne, pour mettre en œuvre les lignes directrices. Au vu de ces rapports, le Conseil peut adresser des recommandations aux États membres (article 128, § 4 du traité CE). Ensuite, le Conseil et la Commission adressent un rapport annuel conjoint au Conseil européen concernant la situation de l'emploi dans la Communauté et la mise en œuvre des lignes directrices pour l'emploi (article 128, § 5 du traité CE).

77. Le traité CE organise un véritable processus interactif entre la Communauté et les États membres concernant l'élaboration d'une politique de l'emploi. Ce processus instauré par la SEE sous-entend que la réglementation adoptée par un État membre est conditionnée par les lignes directrices adoptées au niveau du Conseil. L'État membre n'est pas tenu responsable de la mise en œuvre de mesures comme dans le cadre d'une directive, mais il s'engage à adhérer à la coopération et à en tenir compte lorsqu'il élabore sa politique nationale. Il existe donc une contrainte, même si elle est indirecte, des politiques de l'emploi sur l'élaboration législative interne.

§3 « *Le succès de la stratégie européenne pour l'emploi contribuera à la réalisation d'une plus grande cohésion sociale* ».

§6 « *Les lignes directrices pour l'emploi devraient faire l'objet d'une révision complète tous les trois ans, tandis qu'au cours des années intermédiaires jusqu'en 2008 leur mise à jour devrait être strictement limitée* ».

Dans l'article 2, le Conseil précise que les États membres tiennent compte des lignes directrices adoptées pour élaborer leurs politiques de l'emploi et en rendent compte dans un rapport. Cette décision du Conseil s'adresse aux États membres. Néanmoins, le document précise que les États membres agissent en coopération avec les partenaires sociaux.

Tous les thèmes abordés ne concernent pas le droit du travail.

Voici des exemples concernant le droit du travail :

- ligne directrice 20 : « *améliorer la réponse aux besoins du marché du travail au moyen d'actions dont une concerne le droit du travail, il s'agit de supprimer les obstacles à la mobilité des travailleurs dans toute l'Europe dans le cadre des traités* » ;

- ligne directrice 21 : « *Favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi et réduire la segmentation du marché du travail, en tenant dûment compte du rôle des partenaires sociaux* », beaucoup de mesures dans cette ligne directrice concerne le droit du travail : *adapter la législation relative à l'emploi, réexaminer si nécessaire les différentes modalités contractuelles et dispositions relatives au temps de travail ; s'attaquer au problème du travail non déclaré ; mieux anticiper et gérer les restructurations économiques ; améliorer la qualité et la productivité au travail en diffusant des formes innovatrices d'organisation du travail ; faciliter les transitions en matière de situation professionnelle, y compris la formation, la mobilité géographique...* » ;

- ligne directrice 22 : « *Assurer une évolution des coûts du travail et instaurer des mécanismes de fixation des salaires qui soient favorables à l'emploi au moyen des actions suivantes* », notamment en encourageant les partenaires sociaux à mettre en place un cadre adéquat pour les négociations salariales.

78. La SEE va connaître une consécration politique, lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, en étant intégrée à « la stratégie de Lisbonne »²³⁶.

Les conclusions du Conseil « conduisent pour la première fois à reconnaître que les progrès économiques et sociaux sont liés »²³⁷. L'origine de la stratégie de Lisbonne est « très politique » (par opposition à une initiative technocratique provenant de l'administration bruxelloise)²³⁸. Cette stratégie représente une « innovation dans la gouvernance des politiques européennes »²³⁹. L'innovation réside dans l'utilisation de la méthode ouverte de coordination (*cf.* ci-dessous) qui, sans imposer une harmonisation, prévoit une coopération interétatique alliant des acteurs de la vie sociale.

Le sommet de Lisbonne a des objectifs très larges. Il concerne en partie les politiques de l'emploi et il fixe des objectifs à atteindre dans le cadre de la SEE²⁴⁰ : celle-ci doit favoriser une économie compétitive, la croissance en améliorant la qualité des emplois et leur quantité, ainsi que la cohésion sociale²⁴¹. Ces objectifs servent désormais de fil conducteur aux actions des institutions européennes.

79. De façon plus précise, la stratégie européenne²⁴² pour l'emploi s'appuie sur les actions suivantes :

- lignes directrices pour l'emploi : sur la base d'une proposition de la Commission, le Conseil adopte chaque année une série de lignes directrices exposant les priorités communes pour les politiques de l'emploi des États membres ;
- plans d'actions nationaux (PAN) : chaque État membre élabore un PAN annuel décrivant de quelle manière les orientations communes sont appliquées au niveau national ;

²³⁶ S. DE LA ROSA, *Stratégie Européenne pour l'Emploi : les nouvelles orientations*, *Dr. social*, 2005, p. 1210, spéc. p. 1212.

²³⁷ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 99.

²³⁸ M. TELO, « Préface », in *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la dir. de M. JOAO RODRIGUES, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, spéc. p. VIII.

²³⁹ M. TELO, *Op. cit.*, spéc. p. XI.

²⁴⁰ La protection sociale connaît aussi une forme de coopération interétatique qui est supervisée au niveau communautaire par le Comité de la protection sociale (CPS) (article 144 du traité CE). Ce dernier va identifier les meilleures pratiques existantes dans les États membres en matière de protection sociale, ce qui va permettre de structurer les PAN (in F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 101).

²⁴¹ La stratégie de Lisbonne qui se fonde sur un modèle intégré entre les politiques économiques, les politiques sociales et les politiques de l'emploi, n'est pas étrangère à l'entrée dans l'Union, au milieu des années 1990, des pays de l'Europe du Nord. En effet, cette politique intégrée est inspirée du modèle scandinave ; *Cf.* O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Op. cit.*, spéc. p. 45.

²⁴² Après l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne, la communication de la commission sur l'Agenda social (COM (2005)33 final) de février 2005 a lancé le nouvel agenda social pour la période 2006-2010 avec deux objectifs : plein emploi et amélioration de la gouvernance. http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/index_fr.htm, sur la stratégie européenne pour l'emploi.

- rapport conjoint sur l'emploi²⁴³ : la Commission et le Conseil examinent ensemble les PAN et présentent un rapport conjoint sur l'emploi. Sur cette base, la Commission prépare une nouvelle proposition de lignes directrices pour l'emploi pour l'année suivante ;
- recommandations : le Conseil peut décider, à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, d'adopter des recommandations spécifiques par pays²⁴⁴.

80. Dans le cadre des politiques de l'emploi, les États membres sont invités par la Commission à faire participer les partenaires sociaux pour mettre en œuvre le processus de la SEE. Au niveau interne, la SEE peut influencer le contenu de la négociation collective, notamment les accords salariaux²⁴⁵. « Les partenaires sociaux contribuent (...) à l'élaboration d'une convergence européenne des politiques de l'emploi »²⁴⁶. La participation des partenaires sociaux est aussi effective au niveau communautaire.

81. À la suite du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, les partenaires sociaux ont indiqué vouloir remplacer le comité permanent de l'emploi (en raison de son inefficacité) par une nouvelle forme de consultation tripartite. Antérieurement, le « Comité permanent pour l'emploi », créé par la décision n° 70/532 du Conseil du 14 décembre

²⁴³ Projet de rapport conjoint sur l'emploi 2004/2005, rendu par le Conseil de l'UE, approuvé par la Commission le 3 mars 2005. <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/05/st07010.fr05.pdf>

Il recommande que les PAN « doivent acquérir une légitimité politique accrue et faire partie intégrante du processus décisionnel » (p. 4). Le rapport rendu par le Conseil se fonde lui-même sur les PAN, qui sont eux-mêmes fondés sur les lignes directrices et recommandations en matière d'emploi. Ce rapport « fait aussi partie intégrante du « paquet mise en œuvre » de la Commission, avec les rapports d'application des grandes orientations des politiques économiques et de la stratégie du marché intérieur, lesquels contribueront à la révision à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne en 2005 » (p. 5). Le rapport rappelle que des progrès doivent être faits concernant les restructurations. Le rapport préconise de garantir l'application efficace des réformes grâce à une meilleure gouvernance (p. 19). Cela peut se faire notamment par la création de partenariats pour la réforme, par la promotion du rôle et de la visibilité des plans d'actions nationaux, par la définition des engagements et des objectifs nationaux, par le développement d'un apprentissage mutuel entre États membres. Finalement, l'accent est mis sur une meilleure communication : à l'échelle des États membres par des échanges entre eux sur leur PAN et les mesures envisagées, au sein des États membres par un échange plus développé entre tous les partenaires concernés dans le but d'augmenter la légitimité des réformes envisagées. Il s'agit de donner plus d'importance à ces plans pour qu'ils servent d'inspiration législative aux institutions.

²⁴⁴ Le droit français doit améliorer quelques domaines : Recommandation du Conseil du 14 octobre 2004 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres (2004/741/CE). http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2004/l_336/l_32620041029fr00470063.pdf

Il y a dans ce document des recommandations spécifiques adressées à chaque pays. Pour la France, les recommandations concernent la gestion des restructurations, le passage de salariés sous contrat à durée déterminée en emploi permanent, puis d'autres matières qui ne relèvent pas au sens strict du droit du travail comme la formation, l'amélioration de la création des petites et moyennes entreprises.

²⁴⁵ S. LAULOM, « Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, spéc. p. 40.

²⁴⁶ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, sous la dir. de B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 59, spéc. p. 70.

1970²⁴⁷, avait pour objectif d'établir un contact étroit avec les représentants des travailleurs et des employeurs en vue de coordonner les politiques de l'emploi. Ce Comité était aussi chargé d'assurer la concertation entre le Conseil, la Commission et les partenaires sociaux²⁴⁸. Désormais, un sommet social se tient avant chaque Conseil européen de printemps, ce que confirme le Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002²⁴⁹. La mission de ce sommet est la suivante : « *assurer de façon permanente, dans le respect du traité et des compétences des institutions et organes de la Communauté, la concertation entre le Conseil, la Commission et les partenaires sociaux*²⁵⁰. *Il permettra aux partenaires sociaux au niveau européen de contribuer, dans le cadre du dialogue social, aux différentes composantes de la stratégie économique et sociale intégrée, y compris dans sa dimension de développement durable* »²⁵¹. La volonté de faire participer les partenaires sociaux est, depuis lors, une constante des politiques de l'emploi²⁵².

82. La volonté de faire participer plus activement les partenaires sociaux a été également exprimée par une autre institution communautaire, le Comité économique et social. Il a émis l'idée « d'une deuxième phase où les acteurs sociaux jouent un rôle majeur au niveau du contrôle et de la mise en œuvre et de la cohérence des Gouvernements nationaux avec les

²⁴⁷ JOCE, 1970, L 230.

²⁴⁸ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Bruylant, 2002, spéc. p. 698.

²⁴⁹ Décision 2003/174/CE du Conseil, du 6 mars 2003, créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi.

²⁵⁰ Il s'agit des partenaires sociaux représentatifs. Le Conseil précise qu'« il y a lieu de prendre en compte l'étude de la Commission sur la représentativité des partenaires sociaux ainsi que la liste révisée des organisations impliquées dans toutes les dimensions du dialogue social au niveau européen, celle-ci devant, par ailleurs être mise à jour ». Cf. Décision du Conseil du 6 mars 2003 créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, (2003/174/CE), JO L70/31, spéc. point 8.

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_070/l_07020030341fr00310033.pdf

La décision du Conseil établit par la suite la composition exacte de ce sommet : Art. 3, composition : Point 1 : « *représentants au plus haut niveau de la présidence en exercice du Conseil, des deux présidences suivantes, de la Commission et des partenaires sociaux. Les ministres de ces trois présidences et le membre de la Commission, responsables pour les questions d'emploi et des affaires sociales, sont également présents* ».

Point 2 : « *Les représentants des partenaires sociaux sont répartis en deux délégations égales comprenant dix représentants des travailleurs et dix représentants des employeurs, en tenant compte de la nécessité d'assurer une participation équilibrée entre les hommes et les femmes. Chaque délégation est composée de représentants des organisations interprofessionnelles européennes à vocation catégorielle représentant les cadres et les petites et moyennes entreprises au niveau européen. La coordination technique de la délégation des travailleurs est assurée par la confédération européenne des syndicats (CES) et celle de la délégation des employeurs par l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE). La CES et l'UNICE s'assurent de la bonne prise en compte, dans leurs contributions, des avis émanant des organisations spécifiques et sectorielles et intègrent, le cas échéant, des représentants de certaines d'entre elles dans leurs délégations* ».

²⁵¹ Décision du Conseil du 6 mars 2003 créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, (2003/174/CE), JO L70/31, spéc. article 2.

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_070/l_07020030341fr00310033.pdf

²⁵² O. BAILLY, La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique, *RMCUE*, 2005, p. 357, spéc. p. 360.

engagements pris à Bruxelles au niveau du Conseil »²⁵³. La participation accrue des partenaires sociaux à ce processus est unanimement souhaitée. Se trouve ainsi organisé un véritable dialogue social tripartite au niveau communautaire.

Les partenaires sociaux sont par ailleurs consultés au sein de comités et de Fonds qui apportent leur soutien matériel aux politiques de l'emploi.

B. Le soutien « logistique » des politiques de l'emploi dans le traité CE

Des Comités sont sollicités aux fins de recueillir les avis d'experts sur les mesures envisagées (a). Les Fonds interviennent pour supporter le coût financier de certains projets (b).

a) Les soutiens des différents Comités consultatifs

83. Les comités consultatifs sont au nombre de deux : le Comité pour l'emploi et le Comité économique et social.

Le traité CE prévoit l'établissement et le fonctionnement du Comité économique et social aux articles 257 à 262. Il est obligatoire de consulter le Comité dans le cadre de la SEE (article 129 du traité CE). Cette consultation peut être demandée par le Conseil, la Commission ou le Parlement. Bien que ce Comité ne rende que des avis et que les institutions ne soient pas liées par ses avis, la consultation n'en demeure pas moins une formalité substantielle²⁵⁴. Le Comité économique et social intervient au cours du processus législatif, ainsi qu'au cours des réunions des groupes de travail mis en place au sein de la Commission²⁵⁵.

Le Comité économique et social a une certaine influence qui s'est notamment manifestée concernant l'égalité des chances entre hommes et femmes de 1996 à 2000²⁵⁶. Les avis qu'il rend sont importants car ils émanent de représentants des travailleurs ayant une approche concrète des problèmes économiques et sociaux (ce qui est différent de l'approche technique

²⁵³ CESE, Conférence sur la stratégie de Lisbonne, Bruxelles, 8 octobre 2003, cité par M. TELO, *Op. cit.*, spéc. p. XIV.

²⁵⁴ D. GADBIN, L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire, *RTD eur.*, 2000, spéc. p. 7.

²⁵⁵ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 312 ; V. de POULPIQUET, La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne, *RTD eur.*, 1999, p. 709, spéc. p. 717.

²⁵⁶ V. de POULPIQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 717.

de la Commission²⁵⁷). Les avis et recommandations du Comité ont un effet indéniable dans la préparation des conférences intergouvernementales²⁵⁸.

84. Le Comité de l'emploi a été créé par une décision du Conseil du 24 janvier 2000²⁵⁹. Il remplace le Comité de l'emploi et du marché du travail, inscrit à l'article 130 du traité CE lors du traité d'Amsterdam. L'introduction dans le traité d'un tel comité ne satisfait pas les exigences de la CES et du Parlement car il n'a pas le même rang que le Comité monétaire²⁶⁰. La volonté affichée par les responsables politiques que l'Europe sociale ne soit pas secondaire par rapport à l'Europe économique et monétaire n'a cependant pas conduit à une égalité parfaite entre ces différents Comités. Le Comité de l'emploi est consulté par la Commission, afin de promouvoir la coordination, entre les États membres, des politiques en matière d'emploi et de marché du travail. Il suit l'évolution de la situation de l'emploi dans les États membres et peut contribuer à la préparation des délibérations du Conseil européen dans le cadre de la politique de l'emploi (article 128 du traité CE). Le Comité doit consulter les partenaires sociaux²⁶¹.

85. Au sein du Comité économique et social et du Comité de l'emploi, les partenaires sociaux sont amenés à être entendus. Ces comités sont un lieu d'échanges, où les partenaires sociaux sont consultés et où leurs opinions peuvent être prises en compte dans le cadre des coordinations des politiques de l'emploi²⁶² (même si ces derniers ne sont pas les seuls à être consultés). Le dialogue social tripartite au niveau communautaire est institutionnalisé dans le fonctionnement de ces comités.

De plus, un élément pratique vient corroborer l'importance de la participation des partenaires sociaux : ce sont les moyens financiers octroyés par le Fonds social européen (articles 146 à 148 du traité CE) et les autres fonds européens.

²⁵⁷ V. de POULPIQUET, *Ibidem*.

²⁵⁸ J. GOETSCHY, « Les nouveaux éléments sur l'emploi et le social : rattrapage, consolidation ou percée ? », in *De Maastricht à Amsterdam, L'Europe et son nouveau traité*, sous la direction de M. TELO et P. MAGNETTE, Editions Complexe, 1998, coll. « Études européennes », p. 139, spéc. p. 140.

²⁵⁹ Décision (CE) n° 98/2000.

²⁶⁰ J. GOETSCHY, *Op. cit.*, spéc. p. 146.

²⁶¹ Décision du Conseil du 9 mars 1999 réformant le Comité permanent de l'emploi et abrogeant la décision 70/532/CEE, et décision 2000/98/CE instituant le Comité de l'emploi, article 5.

²⁶² Le Comité économique et social rend aussi des avis dans le cadre de la politique de cohésion économique et sociale (article 158 à 162 du traité CE). Les partenaires sociaux sont indirectement associés à cette politique.

b) *Les soutiens financiers des politiques de l'emploi*

86. L'intervention des Fonds structurels, c'est-à-dire le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA), le Fonds européen de développement régional (FEDER) et particulièrement le Fonds social européen (FSE), est indispensable pour la réalisation des objectifs de la SEE²⁶³. L'article 146 du traité CE dispose que le FSE « *vise à promouvoir à l'intérieur de la Communauté les facilités d'emploi et la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs, ainsi qu'à faciliter l'adaptation aux mutations industrielles et à l'évolution des systèmes de production, notamment par la formation et la reconversion professionnelle* »²⁶⁴. La Commission gère le FSE et elle est assistée, entre autres, par les partenaires sociaux²⁶⁵. Les partenaires sociaux interviennent aussi, par le biais de la consultation du Comité économique et social, avant la décision prise par le Conseil relative au FSE.

Le FSE est le fonds structurel qui finance principalement les actions de la communauté en matière d'emploi²⁶⁶.

87. D'autres fonds peuvent financer indirectement la politique de l'emploi. Le Fonds européen de développement régional (FEDER) finance la réalisation de la cohésion économique et sociale²⁶⁷, prévue au Titre XVII, articles 158 et suivants du traité CE, et qui a pour objectif de « *réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions ou îles les moins favorisées, y compris les zones rurales* »²⁶⁸. Des actions peuvent être menées au niveau communautaire par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité CE et après consultation du Comité économique et

²⁶³ L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2006, spéc. n° 156.

²⁶⁴ A l'inverse, un fonds nouveau a été créé pour apporter une aide aux travailleurs qui perdent leur emploi en raison des modifications majeures de la structure du commerce mondial. Il s'agit du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation (FEM) mis en place par le règlement 1927/2006 du 20 décembre 2006. Il se distingue des Fonds structurel car il est destiné à répondre à des crises. Il demeure néanmoins nécessaire de le coordonner avec les autres aides versées, Cf. P. MORVAN, *Le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation*, *JCP Ed. Soc.*, n° 4, 2007, Act. p. 3.

²⁶⁵ Article 147 du traité CE.

²⁶⁶ Il dispose d'un budget de 5 milliards d'euros, Cf. L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Op. cit.*, spéc. n° 156.

²⁶⁷ Article 159 du traité CE.

²⁶⁸ Article 158 du traité CE.

social et du Comité des régions²⁶⁹. Les partenaires sociaux reçoivent ainsi une information par le biais de leur participation au Comité économique et social.

Quant au Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA)²⁷⁰, il permet de financer les mesures prises pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune, prévus à l'article 33 du traité CE.

Le soutien matériel et financier, apporté par les comités et les fonds, est indispensable à la réalisation concrète des politiques européennes de l'emploi. Les partenaires sociaux y sont associés, mais ils contribuent surtout à la détermination du contenu des politiques de l'emploi, élaboré dans le cadre de la méthode ouverte de coordination (MOC).

§ II - Une méthode originale de mise en œuvre des politiques de l'emploi

88. Une méthode de travail particulière est utilisée pour mettre en œuvre la SEE depuis le Conseil européen de Lisbonne en mars 2000 : il s'agit de la « méthode ouverte de coordination » (MOC)²⁷¹. Il était indispensable de montrer que la politique de l'emploi n'est pas moins importante que la politique monétaire. La MOC est le résultat d'un « mimétisme institutionnel »²⁷². Elle emprunte, en effet, son fonctionnement à l'Union économique et monétaire. Les partenaires sociaux sont intégrés à la MOC, surtout du fait de la volonté de la Commission et du Conseil. La MOC est, par ailleurs, utilisée pour pallier les difficultés issues de l'élargissement car il devenait de plus en plus difficile d'élaborer des directives à mesure que la Communauté intégrait de nouveaux pays²⁷³.

89. Il est important de définir l'expression « méthode ouverte de coordination » :
- « méthode » correspond au type d'orientation choisi pour assurer le Gouvernement communautaire dans certains domaines ;

²⁶⁹ Article 159 du traité CE.

²⁷⁰ Article 34 § 3 et article 159 du traité CE.

²⁷¹ Cette méthode est utilisée aussi dans la mise en œuvre des grandes orientations de politiques économiques, A. ILIOPOULOU, La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne, *Cahier de droit européen*, 2006, n° 3-4, p. 315, spéc. p. 321.

²⁷² R. DEHOUSSE, « Du bon usage de la méthode ouverte de coordination », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la dir. de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 57, spéc. p. 157.

²⁷³ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, spéc. p. 157.

- « coordination » signifie que l'on sauvegarde les diversités nationales tout en assurant une coopération ;
- « ouverte » correspond à la liberté laissée aux politiques nationales, ainsi qu'aux possibilités d'intervention offertes à des acteurs civils extérieurs comme les partenaires sociaux ; elle est ouverte car elle permet aussi d'intégrer ou de coordonner d'autres méthodes communautaires²⁷⁴.

90. La MOC se distingue de la « méthode communautaire » traditionnelle, c'est-à-dire du schéma de transfert de compétences des États membres vers la Communauté, et du rôle institutionnel de la Commission dans l'élaboration de la législation communautaire. Il s'agit d'un procédé original de production de règles communautaires. En effet, la MOC ne se traduit pas par des actes contraignants²⁷⁵, ni par l'intervention de la CJCE venant sanctionner la violation de règles communautaires²⁷⁶. M. BLANQUET définit « l'essence » de la méthode de la façon suivante : c'est « un processus non contraignant d'apprentissage par interaction et autocorrection par la vertu de l'échange et de la mise en évidence des meilleures pratiques »²⁷⁷.

Il est possible de mettre en exergue plusieurs éléments caractéristiques : sa souplesse puisqu'elle fixe simplement des objectifs à atteindre au sein de « lignes directrices » ; sa décentralisation, puisque les initiatives viennent d'une pluralité d'acteurs comme l'Union, les États membres, les collectivités régionales ou locales, les partenaires sociaux et la société civile ; la mise en place de procédures pour organiser les évaluations ; et, enfin, l'absence de mesures juridiques contraignantes²⁷⁸. La MOC relève de la compétence du Conseil européen donc d'une contrainte politique plutôt que juridique. Le Parlement est simplement consulté

²⁷⁴ M. TELO, « La méthode ouverte de coordination, gouvernance et Gouvernement dans l'Union européenne », in *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la dir. de M. JOAO RODRIGUES, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, spéc. p. 250 et 251.

²⁷⁵ Elle ne produit pas d'actes contraignants, bien qu'elle soit fondée par ailleurs sur des règles de droit communautaire (A. JEAMMAUD, *Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne*, Avant Propos, *Dr. social*, 2005, p. 491, spéc. p. 494).

²⁷⁶ R. DEHOUSSE, « Introduction : la stratégie de Lisbonne », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la dir. de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 13. Cependant, cela n'empêcherait pas la CJCE d'attribuer aux décisions (qui sont des décisions *sui generis*) des effets juridiques, Cf. P. POCHET, *La stratégie européenne pour l'emploi en 2001*, *Dr. social*, 2001, p. 1090, spéc. p. 1090.

²⁷⁷ M. BLANQUET, « Le système communautaire à l'épreuve de la « gouvernance européenne ». Pour une « nouvelle gouvernance raisonnée » », in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC, 50 ans de droit communautaire*, Tome 1, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2004, p. 239, spéc. p. 247.

²⁷⁸ R. DEHOUSSE, *Op. cit.*, spéc. p. 15.

ainsi que les partenaires sociaux²⁷⁹. Les orientations politiques principales de la MOC concernent la formation, l'égalité, la cohésion sociale et l'environnement²⁸⁰.

La MOC est « un instrument souple, respectueux du principe de subsidiarité qui ne porte pas atteinte à la compétence des États membres sur les questions soumises à coordination. Elle se prête ainsi particulièrement à des domaines dans lesquels l'Union européenne n'a aucune compétence (ou des compétences faibles) ou pour des sujets sensibles qui rendent difficile une action normative »²⁸¹.

91. Cette méthode s'inscrit dans le droit fil du processus de Luxembourg de mise en œuvre de la SEE. La MOC est une « tentative de systématisation »²⁸² d'un fonctionnement souple de la Communauté, des États membres et éventuellement d'autres acteurs en vue d'établir une forme de progrès de l'intégration européenne dans certains domaines. Elle a permis de passer outre la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres, en matière sociale notamment²⁸³. Cette souplesse permet de traiter des sujets politiques sensibles comme l'emploi²⁸⁴.

92. Aujourd'hui, la MOC s'appuie sur cinq principes : la subsidiarité (coordination avec les États membres) ; la convergence (définition concertée des objectifs), la gestion par objectifs (pour assurer le suivi étape par étape), la surveillance multilatérale (repérage des pratiques des États membres), l'approche intégrée (tient compte d'autres domaines pour ne pas isoler l'action sur l'emploi)²⁸⁵.

La Commission, qui est partie prenante dans la mise en œuvre des politiques de l'emploi, est très présente dans le débat sur le bien-fondé de cette méthode.

²⁷⁹ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 207.

²⁸⁰ Cf. Conseil européen de Bruxelles, 23 et 24 mars 2006, conclusions de la Présidence, spéc. point 13. http://www.consilium-europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/fr/ec/89014.pdf

²⁸¹ J.-P. LHERNOULD, *L'Europe sociale après l'élargissement*, *RJS*, 11/04, p. 771, spéc. n° 43.

²⁸² R. DEHOUSSE, *Op. cit.*, spéc. p. 17.

²⁸³ R. DEHOUSSE, *Op. cit.*, spéc. p. 18.

²⁸⁴ L. NAVARRO, « Forces et faiblesses de la coordination des politiques économiques », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la dir. de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 33.

²⁸⁵ http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/index_fr.htm, sur la stratégie européenne pour l'emploi. Ce document rend compte de l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne, et de la communication de la commission sur l'Agenda social (COM (2005)33 final) de février 2005 qui a lancé le nouvel Agenda social pour la période 2006-2010. (La MOC était incluse dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, dans la troisième partie, concernant la politique sociale, il s'agissait de l'article III, 107.)

93. La Commission a songé, un temps, à abandonner la MOC pour privilégier un dialogue bilatéral approfondi entre elle-même et les États membres²⁸⁶. La MOC a finalement été recentrée sur les lignes directrices présentées par la Commission, en avril 2005, pour une période de trois ans (2005-2008). Les États membres ont été invités à établir pour l'automne 2005, sur la base de ces lignes directrices, des programmes nationaux de réforme portant sur ces trois années qui pourront, eux aussi, être modifiés, si nécessaire chaque année²⁸⁷. La Commission, dans le cadre d'une nouvelle gouvernance, « décide de rendre plus concret le partenariat entre l'Union et les États membres, en attribuant clairement à chacun des deux niveaux des actions – et des responsabilités – précises »²⁸⁸. De plus, la Commission a proposé de rassembler, pour plus de cohérence, les grandes orientations de politique économique (GOPE) et les lignes directrices²⁸⁹, afin de mener une politique globale.

Dans son rapport annuel de 2006 sur la croissance et l'emploi, la Commission européenne note que tous les instruments sont en place pour réaliser la politique du processus de Lisbonne, mais elle précise que « nous avons désormais besoin de la volonté politique nécessaire pour transformer les engagements pris en véritables résultats dans le domaine de la croissance et de l'emploi »²⁹⁰. Ne serait-ce pas là un aveu du manque d'influence concrète des politiques de l'emploi européenne ? Cela suppose, de fait, une forte implication du Conseil européen.

94. Le Conseil européen semble désormais plus enclin à améliorer la participation des partenaires sociaux. En effet, lors du Conseil européen des 23 et 24 mars 2006, il a été rappelé²⁹¹ qu'une mise en œuvre efficace du partenariat pour l'emploi et la croissance dans le cadre de la relance de la stratégie de Lisbonne exige « des partenaires sociaux une contribution active et un grand sens des responsabilités »²⁹². Ils ont répondu à ces exigences dans leur programme de travail pluriannuel qui mentionne leur soutien à la stratégie de Lisbonne²⁹³.

²⁸⁶ COM (2005)24.

²⁸⁷ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Op. cit.*, spéc. p. 45.

²⁸⁸ O. BAILLY, La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique, *RMCUE*, 2005, p. 357, spéc. p. 360.

²⁸⁹ O. BAILLY, *Ibidem*.

²⁹⁰ Résumé du rapport annuel de 2006 sur la croissance et l'emploi, élaboré par la Commission.

http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/2006_annual_report_summary_fr.pdf

²⁹¹ M. BROWNE, *Op. cit.*, spéc. p. 64 : le souhait d'inciter les partenaires sociaux à jouer un rôle plus actif avait été évoqué au Conseil européen de Santa Maria da Feira, les 19 et 20 juin 2000.

²⁹² Conseil européen de Bruxelles, 23 et 24 mars 2006, conclusions de la Présidence, spéc. point 13.

http://www.consiliium-europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/fr/ec/89014.pdf

²⁹³ Programme de travail des partenaires sociaux européens 2006-2008.

95. Les partenaires sociaux avaient déjà manifesté leur volonté de participer aux grandes orientations de politique économique, à l'occasion d'une déclaration (rédigée par l'UNICE ; l'UEAPME ; le CEEP et la CES) au Conseil européen de Cologne (2 juin 1999), répondant à l'appel du sommet de Vienne²⁹⁴. Par la suite, les partenaires sociaux ont produit des programmes de travail : le premier pour la période 2003-2005²⁹⁵, et un second pour 2006-2008²⁹⁶. Ces programmes prévoient des discussions concernant des thèmes qui entrent dans le cadre des politiques de l'emploi (et aussi de la politique sociale). L'élaboration de ces programmes communs traduit peut-être « davantage d'autonomie »²⁹⁷, mais surtout une forte volonté de dialogue.

La MOC est une méthode aujourd'hui soumise à la volonté politique, un instrument qui semble recherché à cause de sa souplesse. La participation des partenaires sociaux est prévue, mais ses modalités sont informelles. Il apparaît alors difficile d'analyser les conséquences juridiques de cette participation ainsi que son impact sur la production législative du droit.

Section II. L'appréciation critique de l'association des partenaires sociaux à la méthode ouverte de coordination

L'analyse des conséquences de la MOC sur l'élaboration du droit communautaire permet de dégager les avantages et les inconvénients d'y associer les partenaires sociaux (§ I). Cette analyse a pour finalité de proposer une utilisation pertinente de cette méthode, afin d'améliorer la législation communautaire (§ II).

http://ec.europa.eu/comm/employment_social/news/2006/mar/work_programme_2006_2008_fr.pdf

²⁹⁴ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/social/newsletter/news13tf_fr.pdf.

²⁹⁵ Programme de travail des partenaires sociaux européens (CES, CEEP, UNICE/UEAPME) 2003-2005, élaboré au Conseil européen de Laeken en décembre 2001.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/dec/prog_de_travail_comm_fr.pdf.

²⁹⁶ Programme de travail des partenaires sociaux européens 2006-2008.

²⁹⁷ M. E. BLAS LOPEZ, Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation, *Dr. social*, 2006, p. 540, spéc. p. 546.

§ I - Avantages et inconvénients

96. L'instauration des politiques de l'emploi dans le traité CE, au moment du traité d'Amsterdam, a eu pour conséquence de conduire à des « équilibres fondamentaux et les trois principaux modes de régulation du social sont désormais installés (production de directives par la méthode communautaire classique, accords collectifs européens par les partenaires sociaux, articulations nouvelles entre le national et le communautaire (...)) »²⁹⁸. La MOC est une méthode originale d'élaboration du droit communautaire, puisqu'elle est un intermédiaire entre « une logique de pure intégration législative (l'harmonisation) et une logique de simple coopération (non contraignante) »²⁹⁹. Il s'agit d'une méthode moins intégrative que le type de dialogue social européen prévu aux articles 138 et 139 du traité CE. C'est, au demeurant, un processus novateur dans la construction du droit communautaire³⁰⁰. En effet, les actes qui en sont issus ne sont pas contraignants, ce qui constitue à la fois des avantages et des inconvénients.

97. Les avantages d'une telle méthode reposent précisément sur l'absence de contrainte juridique. La MOC permet à cet égard de faire avancer les coordinations communautaires fondées sur des procédures (lignes directrices, recommandations...) ³⁰¹. Les États membres, s'ils ne respectent pas les décisions prises dans le cadre de la MOC, connaissent une sanction d'ordre politique. Celle-ci tient « à la publicité comparée des résultats obtenus par les États. Cette publicité peut du reste générer une certaine forme d'émulation entre États, propre à favoriser la réalisation de la stratégie européenne pour l'emploi... »³⁰². Les coopérations interétatiques dans le cadre des politiques de l'emploi sont de la *soft law*³⁰³, la MOC en est une illustration pertinente. Ainsi, elle concerne des domaines où la méthode communautaire habituelle ne permettait pas auparavant d'opérer les avancées nécessaires, les États ne voulant pas être contraints par des solutions trop rigides³⁰⁴. La MOC correspond à cette exigence puisque la Commission se contente de fixer des lignes directrices. Les États « ont toute

²⁹⁸ J. GOETSCHY, *Op. cit.*, spéc. p. 158.

²⁹⁹ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 207 ; et aussi : M. TELO, « La méthode ouverte de coordination, gouvernance et Gouvernement dans l'Union européenne », *Op. cit.*, spéc. p. 252.

³⁰⁰ Certains parlent de nouveaux modes de gouvernance de l'Union (A. ILIOPOULOU, La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne, *Cahier de droit européen*, 2006, n° 3-4, p. 315).

³⁰¹ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 158.

³⁰² P. POCHET, La stratégie européenne pour l'emploi en 2001, *Dr. social*, 2001, p. 1090, spéc. p. 1096.

³⁰³ J.-P. LHERNOULD, L'Europe sociale après l'élargissement, *Op. cit.*, spéc. n° 43.

³⁰⁴ A. ILIOPOULOU, *Op. cit.*, spéc. p. 319.

latitude pour concrétiser ces moyens formulés de manière plutôt générale ; la technique pourrait être rapprochée de celle de la directive »³⁰⁵. Ce qui importe, dans la mise en œuvre des lignes directrices, ce sont les buts que les États membres doivent atteindre. L'efficacité de la MOC semble avérée dans certains domaines qui ne sont pas ceux habituellement concernés par la législation communautaire. En effet, les conclusions à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne, qui sont effectuées par le Comité pour l'emploi, relèvent « que la méthode, fondée sur l'élaboration de lignes directrices communautaires et sur leur traduction dans des plans d'action nationaux, a conduit à une réussite tant en termes d'impact politique que de réduction du chômage »³⁰⁶.

98. Un autre avantage attribué à la MOC réside dans la rapidité de la prise de décision. « Le mécanisme instauré par l'article 128 du traité CE est un mécanisme annuel. Les lignes directrices et les recommandations se succèdent automatiquement d'une année sur l'autre et elles prennent en compte les ultimes évolutions de la situation de l'emploi, tel que le démontrent les plans d'actions nationaux et le rapport conjoint. Il ne pourrait, *a priori*, en aller de même de la révision d'une directive »³⁰⁷. Les institutions communautaires et les États membres peuvent rectifier des propositions ou des actions annuellement, ce qui permet d'éviter les situations de blocage³⁰⁸. La souplesse de la MOC est une qualité appréciée.

99. La MOC, comme moyen de mise en œuvre de la SEE, a eu pour résultat l'instauration d'un débat transnational qui a permis « de promouvoir le rapprochement graduel de visions et d'approches divergentes » et « d'arriver à des diagnostics communs tant sur les problèmes que sur les politiques appropriées »³⁰⁹. La MOC est l'illustration d'une forme de réseau où un ensemble de participants échange des informations qui permettent aux différents acteurs de se connaître³¹⁰. Elle présente l'avantage d'organiser un dialogue permanent avec une multitude d'acteurs, ce qui permet d'offrir des débats actuels et réactifs, pouvant être utilisés dans la production législative.

³⁰⁵ P. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 1092.

³⁰⁶ P. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 1093.

³⁰⁷ P. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 1096. D'autres auteurs abondent en ce sens, dans la mesure où l'activité législative de la Communauté est restreinte par ses compétences, et que beaucoup de ses compétences relèvent de décisions à l'unanimité, ce qui rend la procédure d'élaboration des normes difficile (F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 105).

³⁰⁸ A. ILIOPOULOU, *Op. cit.*, spéc. p. 319.

³⁰⁹ Un tel bilan s'inspire aussi de l'utilisation de la MOC depuis plus longtemps concernant l'UEM, L. NAVARRO *Op. cit.*, spéc. p. 53.

³¹⁰ R. DEHOUSSE, *Op. cit.*, spéc. p. 163 et 164.

100. La MOC répartit les rôles de façon équilibrée entre la Communauté et les États membres, en ce qui concerne l'élaboration du droit. Elle établit des objectifs quantifiés à atteindre au niveau communautaire et met en place une surveillance au niveau européen encouragée par l'échange d'expériences et le *benchmarking*³¹¹. C'est « un moyen concret de développer « une gouvernance moderne » car le principe de subsidiarité s'applique, permettant de respecter les « diversités régionales et nationales »³¹². La MOC facilite le débat politique à différents niveaux et permet que les actions prises dans le domaine de l'emploi soient cohérentes. De plus, elle permet que ces actions soient prises par des autorités politiques légitimes, car ce sont les États membres qui adoptent les décisions finales. La MOC peut être considérée comme un moyen de renforcer la légitimité de la norme communautaire³¹³.

101. La MOC contribue au développement de la construction européenne³¹⁴. Elle s'inscrit dans une démarche globale de recherche de nouvelle méthode du droit communautaire. Elle vient combler un déséquilibre entre la mise en œuvre des politiques économiques et monétaires d'une part, et les politiques sociales³¹⁵ d'autre part (l'intégration du protocole social de 1992 dans le traité d'Amsterdam n'ayant pas permis une extension satisfaisante de la politique sociale communautaire).

L'intégration communautaire accomplit des progrès significatifs lorsque sont introduites de nouvelles méthodes : la participation des partenaires sociaux communautaires à la rédaction de la norme communautaire, la gouvernance par consultation (des partenaires sociaux ou du Parlement), la stratégie coordonnée pour l'emploi (article 125 du traité CE). M. TELIO en

³¹¹ « La notion de *benchmarking* (littéralement « marquage des frontières et des territoires »), ou positionnement relatif, vient de l'art militaire : il s'agissait de connaître le plus précisément possible la composition et l'armement des troupes de l'adversaire pour mieux le contrer. Depuis les années 1950, c'est une technique marketing pratiquée par les entreprises, qui consiste à trouver dans le monde celui ou ceux qui réalisent de la manière la plus performante un processus ou une tâche, à les étudier (les « benchmarker », dans le jargon consacré), puis à adapter ce processus à sa propre entreprise. Il s'agit de se comparer « aux champions » dans un domaine précis, de s'inspirer de leurs idées et de leur expérience afin de se rapprocher de l'excellence. D'une certaine manière, le *benchmarking* se fixe pour objectif de copier sur son voisin mais seulement si celui-ci est un bon élève ». Cf. A. LEFEBVRE, D. MÉDA, *Faut-il brûler le modèle social français ?*, Seuil, mars 2006, spéc. p. 41.

³¹² M. JOAO RODRIGUES, *in* Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010), sous la dir. de M. JOAO RODRIGUES, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, spéc. p. 23.

³¹³ A. ILIOPOULOU, *Op. cit.*, spéc. p. 320.

³¹⁴ M. JOAO RODRIGUES, *Op. cit.*, spéc. p. 23.

³¹⁵ M. TELO, « La méthode ouverte de coordination, gouvernance et Gouvernement dans l'Union européenne », *Op. cit.*, spéc. p. 242.

conclut que « l'ouverture vers de nouvelles méthodes dans la régulation socio-économique européenne est inévitable si l'Union européenne veut aller plus loin dans le processus de convergence sans susciter les oppositions internes et les difficultés externes »³¹⁶. Est-ce une nouvelle façon de faire du droit sans contrainte juridique ? Il s'agit plutôt d'appliquer des méthodes d'élaboration du droit plus souples, permettant de compléter ainsi les méthodes institutionnelles traditionnelles.

102. Ces quelques avantages reconnus à la MOC ne peuvent faire oublier un certain nombre d'inconvénients. En effet, nous l'avons évoqué plus haut, les mécanismes des politiques de l'emploi ont été calqués sur ceux des politiques économiques, mais sans sauvegarder l'encadrement institutionnel de ces derniers³¹⁷. « En recourant trop au mécanisme qu'est la méthode ouverte de coordination, certes original mais marqué par son caractère intergouvernemental, les États risquent d'hypothéquer l'efficacité du système et de passer à côté des avantages des mécanismes communautaires, en particulier celui des effets impératifs et directs des normes de droit dérivé »³¹⁸. Ce risque est d'autant plus grand que la Commission, dans son Agenda social 2005-2010³¹⁹, encourage le développement des politiques communautaires de l'emploi ayant pour but le plein emploi et une société plus solidaire. M. LHERNOULD pense que cela peut être interprété comme le témoignage « des limites du processus législatif communautaire traditionnel, les difficultés pour dégager une majorité qualifiée (ne parlons pas de l'unanimité) étant décuplées à vingt-sept. Le soutien à la MOC est aussi la conséquence de l'incapacité des partenaires sociaux à développer un dialogue social européen efficace. (...)»³²⁰. Le droit communautaire connaît ses propres limites et les institutions communautaires préfèrent en conséquence s'appuyer sur des moyens politiques qui offrent plus de souplesse.

L'accroissement de normes non contraignantes pourrait hypothéquer l'établissement d'un droit du travail communautaire protecteur. L'attitude de certains partenaires sociaux corrobore cette crainte. En effet, les représentants patronaux sont réticents à l'élaboration d'une

³¹⁶ M. TELO, *Ibidem*.

³¹⁷ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 105.

³¹⁸ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Ibidem*.

³¹⁹ Communication de la Commission du 9 février 2005, COM(2005)33 final.

³²⁰ J.-P. LHERNOULD, Le programme de la Commission en matière sociale : l'Agenda social 2005-2010, *Europe*, janvier 2006, p. 4, spéc. n° 11.

législation sociale contraignante et pourraient préférer la méthode ouverte de coordination³²¹. De plus, la MOC présente un déficit démocratique car le Parlement européen en est exclu³²². Un autre inconvénient de la méthode est à signaler : la MOC privilégie une approche qui repose essentiellement sur l'analyse d'indicateurs économiques³²³. La MOC conduit les États à respecter ces indicateurs, mais cela ne conduit pas *ipso facto* à de véritables réformes³²⁴. On ne construit pas de réelle politique sociale simplement sur des objectifs chiffrés. En définitive, c'est la question de la qualité de la réglementation communautaire qui est posée et plus largement celle de la construction européenne³²⁵.

103. Les inconvénients de la MOC sont synthétisés dans cette phrase de A. de SOUCY, chef du bureau des politiques communautaires, au ministère de l'Emploi et de la Solidarité : privilégier la MOC au détriment de l'outil législatif et du dialogue social aboutit « à donner la priorité aux échanges de bonnes pratiques entre États plutôt que de reconnaître des droits nouveaux au profit des citoyens, que ce soit par la législation ou par le biais d'accords conclus entre les partenaires sociaux »³²⁶. D'ailleurs, la Commission préconise, dans sa communication sur le nouvel Agenda social 2005-2010³²⁷, un « partenariat pour le changement » impliquant les partenaires sociaux et la société civile, afin de pallier une mauvaise conduite des réformes au niveau national³²⁸.

Finalement, la MOC est un instrument dont les effets sont peu tangibles. La MOC qui constitue de la *soft law* doit trouver à s'articuler avec les autres outils (de « droit dur ») du droit communautaire. Cette articulation pourrait s'envisager sur la base d'une éventuelle hiérarchie d'intervention³²⁹ entre la MOC et la procédure législative communautaire.

³²¹ M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 251.

³²² J.-P. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 11.

³²³ J.-P. LHERNOULD, *Ibidem*.

³²⁴ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 162.

³²⁵ J.-P. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 11.

³²⁶ A. de SOUCY, Le volet social du Conseil européen de Stockholm, *RMCUE*, 2001, p. 311, spéc. p. 312.

³²⁷ *LSE*, n°122, p. 2.

³²⁸ La Commission suit les conclusions du rapport Kok sur cet échec : *LSE*, n° 115, p. 1.

³²⁹ J.-P. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 16.

§ II - Prospective

104. La MOC ne peut occuper une place incontestable dans la construction du droit communautaire que si les inconvénients qu'elle engendre disparaissent. Pour pallier ses inconvénients, il convient de laisser plus de place à la norme impérative. Mais, pour que cette solution soit crédible, cela implique de renforcer le rôle des partenaires sociaux³³⁰.

Le dialogue entre les différents acteurs doit être facilité. Ces acteurs sont nombreux : il s'agit de la Commission, des États membres et des partenaires sociaux. Le dialogue doit être amélioré entre les partenaires sociaux et la Commission, d'un côté, et entre les partenaires sociaux et les États membres, de l'autre. Il semble y avoir un accord de principe sur une plus forte implication des partenaires sociaux.

Plus concrètement, les politiques de l'emploi ne doivent pas être un domaine réservé des experts nationaux et européens, mais être ouvertes aux partenaires sociaux à tous les niveaux (communautaire et national)³³¹. En France, cela s'est traduit par la création, à la suite du décret du 30 novembre 1998³³², d'un comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales (CDSEI) qui est composé de représentants de l'État, des salariés et des employeurs.

105. L'association des partenaires sociaux à la MOC (politique de l'emploi) ne doit pas se faire au détriment de leur intégration à la procédure législative communautaire (politique sociale). Au contraire, leur participation à ces deux procédures est nécessaire. Pour ce faire, ces dernières doivent trouver à mieux se combiner. La participation des partenaires sociaux à la fois aux politiques de l'emploi et à la politique sociale est d'autant plus envisageable que les partenaires sociaux ont déjà élaboré des textes qui relevaient des deux politiques : l'accord-cadre sur le travail à temps partiel du 6 juin 1997 intégré dans la directive n° 97/81 du 15 décembre 1997³³³ et l'accord-cadre du 18 mars 1999 consacré aux contrats à durée déterminée repris par la directive n° 99/70 du 28 juin 1999³³⁴. Cette réglementation du travail à temps partiel a eu un impact important sur l'emploi au cours de ces dernières années³³⁵, surtout concernant la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps

³³⁰ J.-P. LHERNOULD, *L'Europe sociale après l'élargissement*, *Op. cit.*, spéc. n° 45.

³³¹ Ph. MARTIN, *Op. cit.*, spéc. p. 65.

³³² N° 98-1080, JO 1^{er} déc. 1998.

³³³ JOCE L 14, 20 janvier 1998 ; L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Op. cit.*, spéc. n° 154 et 155.

³³⁴ JOCE L. 175, 10 juillet 1999.

³³⁵ Ph. MARTIN, *Op. cit.*, spéc. p. 55.

partiel. L'aménagement du temps de travail fait partie, plus globalement, du contenu de la politique de l'emploi.

Actuellement, les exemples restent toutefois limités car les mesures adoptées en matière de politiques de l'emploi, selon le traité (article 129 §2 CE), ne sont pas des mesures d'harmonisation des législations nationales, au contraire de celles qui sont prises dans le cadre des politiques sociales³³⁶.

La MOC doit être utilisée différemment, en lui offrant « un ancrage plus solide dans le droit primaire »³³⁷. Il convient que la MOC soit « un complément utile à des dispositions plus contraignantes »³³⁸. La Commission, dans le Livre blanc « Gouvernance européenne », précise d'ailleurs que la MOC ne doit pas remplacer l'action communautaire, et ne doit pas exclure le Parlement européen d'un processus politique³³⁹.

106. Si l'on considère que les partenaires sociaux peuvent être associés à toutes les mesures de coordination, on peut songer à faire de la MOC un complément de la législation communautaire en matière sociale³⁴⁰.

Cette action complémentaire peut être envisagée de la façon suivante : il s'agirait de mettre en œuvre la MOC, préalablement à l'établissement de normes contraignantes³⁴¹. En effet, la complexité des réformes nécessite en amont une information claire et détaillée de l'environnement économique et social dans lequel elles s'inscrivent. La MOC apparaîtrait en ce sens comme l'outil approprié. Elle permettrait, grâce au processus de coordination, de dégager des points d'entente pouvant constituer une base de réflexion pour élaborer la future législation.

³³⁶ Comme le rappelle M. FALLON (*Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Bruylant, 2002, spéc. p. 698), c'est l'article 129 §2 du traité CE qui l'affirme.

³³⁷ A. ILIOPOULOU, *Op. cit.*, spéc. p. 329.

³³⁸ L. NAVARRO, *Op. cit.*, spéc. p. 53.

³³⁹ COM (2001)428 final, le 25 juillet 2001, Gouvernance européenne, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2001/com2001_0428fr01.pdf

³⁴⁰ C'est d'ailleurs la position d'un juriste à la Confédération des syndicats chrétiens : A. DEBRULLE, Le modèle social européen en balances ?, *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1266, p. 5, spéc. p. 9 et 10.

³⁴¹ Cela est différent de la conception de la Commission qui envisage la MOC comme complémentaire pour pallier l'absence de compétence en matière législative. En ce sens, la MOC est plutôt une alternative. (Cf. COM (2001)428 final, le 25 juillet 2001, Gouvernance européenne, spéc. p. 26)

107. Conclusion du Chapitre II. Les partenaires sociaux sociaux sont désormais associés aux politiques de l'emploi par le biais de la MOC. L'utilisation de la MOC, comme phase pré-législative, éviterait que cette dernière ne remplace la procédure législative³⁴². Elle se présenterait alors comme un complément de la méthode communautaire traditionnelle, ce qui conduirait à une amélioration qualitative de la gouvernance européenne³⁴³. L'amélioration qualitative ne doit pas se faire au détriment du dialogue social existant en droit communautaire³⁴⁴.

La MOC devrait être l'occasion d'entretenir un dialogue social tripartite, ce qui aurait pour conséquence d'introduire la participation des partenaires sociaux à toutes les étapes de la production législative communautaire. Les partenaires sociaux bénéficieraient ainsi d'une information approfondie sur les réformes en cours. « L'émergence de la méthode ouverte de coordination a le mérite de rappeler la nécessité constante d'inventer des techniques pragmatiques capables de répondre aux défis de la société européenne, et de surmonter les obstacles dus aux blocages politiques »³⁴⁵. Ce pragmatisme doit conduire, bien entendu, à asseoir une protection suffisante des droits des travailleurs sur tout le territoire communautaire.

³⁴² *Les normes sociales européennes, LSE*, suppl. au n° 111, spéc. p. 67.

³⁴³ Allusion à la terminologie employée par la Commission dans le Livre blanc sur la Gouvernance européenne COM(2001) 428 final, le 25 juillet 2001, Gouvernance européenne.

³⁴⁴ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 157.

³⁴⁵ A. ILIOPOULOU, *Op. cit.*, spéc. p. 341.

Conclusion du Titre I

108. Les partenaires sociaux européens participent à la production législative en droit communautaire du travail. Leur degré d'implication est différent, en fonction des méthodes d'élaboration du droit utilisées. En effet, plus la norme produite est contraignante, plus leur implication est importante.

Les partenaires sociaux sont intégrés à la procédure législative communautaire. En droit du travail, cette procédure aboutit presque exclusivement à des directives. Les partenaires sociaux, lorsqu'ils le souhaitent, sont les rédacteurs de ces directives. Ils sont donc acteurs à part entière du droit dérivé communautaire, lequel s'impose à l'ordre juridique des États membres.

La méthode ouverte de coordination (MOC), qui permet la mise en œuvre des politiques de l'emploi, n'a pour conséquence que de produire des mesures incitatives, elle ne lie pas les États membres. Les partenaires sociaux sont seulement associés (c'est-à-dire informés et consultés) à la MOC. L'utilisation actuelle de cette méthode n'est pas satisfaisante. Il convient d'aller plus loin en transformant la MOC en une phase pré-législative au niveau communautaire.

109. L'association des partenaires sociaux conforte la légitimité de la norme communautaire. La Communauté, notamment par la voie de la Commission, semble rechercher l'avis des acteurs de terrain, pour élaborer une norme. Les partenaires sociaux sont les représentants des salariés et des employeurs et, à ce titre, ont une connaissance avisée du contexte économique et social. Leur participation à l'élaboration de la norme communautaire permet de surmonter les difficultés causées par la complexité croissante de la société, notamment dans un espace étendu comme l'espace européen.

Pour mener à bien l'étude de la contribution des partenaires sociaux communautaires à la production législative, il est nécessaire d'en analyser les conséquences. Puisque le droit communautaire n'est effectif que s'il est appliqué en droit interne, il convient d'étudier comment le droit français réceptionne les normes auxquelles ont contribué les partenaires sociaux.

TITRE II

L'INFLUENCE DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE SUR LA PRODUCTION LÉGISLATIVE FRANÇAISE

110. « L'immersion de la culture juridique communautaire au sein du droit national est d'abord la conséquence quasi-automatique des principes d'effet direct et de primauté, découlant eux-mêmes de la nécessaire uniformité des règles de droit dans un espace économique réalisant un véritable marché intérieur »³⁴⁶. Les principes d'effet direct et de primauté ne sont cependant pas les seules incidences du droit communautaire sur le droit interne. Le droit français peut également s'inspirer des concepts communautaires pour faire évoluer ses propres conceptions.

111. La norme communautaire, à laquelle ont participé les partenaires sociaux européens, est d'applicabilité immédiate³⁴⁷, ce qui signifie que le droit communautaire est intégré de plein droit dans l'ordre juridique interne des États membres³⁴⁸. La norme communautaire prend sa place dans l'ordre juridique interne en tant que droit communautaire³⁴⁹. Elle s'impose au droit interne qui doit veiller à ce qu'aucune norme interne n'y soit contraire et qu'elle soit effectivement appliquée. La priorité de la norme communautaire sur toute norme nationale a lieu en vertu d'un principe, celui de primauté³⁵⁰. Les directives³⁵¹ doivent être transposées en droit interne. En pratique, cette transposition se fait par l'intervention d'une loi. La loi

³⁴⁶ D. SIMON, « Rapport introductif », in *Vers une culture juridique européenne ?*, sous la direction de S. POILLOT-PERUZZETTO, centre de droit des affaires de l'Université Toulouse I, Monchrestien, 1998, p. 1, spéc. p. 10.

³⁴⁷ Le droit communautaire est d'applicabilité immédiate du seul fait de la publication au JOCE. « De même, en reconnaissant, dans un arrêt de principe (22 décembre 1978, Cohn-Bendit, CDE 1979. 265, observations G. ISAAC) qu'il revient aux juges nationaux de contrôler la compatibilité des mesures nationales au regard des directives dont elles sont destinées à assurer l'application, le Conseil d'État admet nécessairement que la directive fait, comme telle, partie de la légalité dont il est chargé d'assurer le respect, c'est-à-dire qu'elle contient des règles de droit intégrées dans l'ordre juridique national » (G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Sirey, 2006, spéc. p. 267).

³⁴⁸ D. SIMON pense que « l'immédiateté » est le noyau incompressible s'agissant de la pénétration du droit communautaire dans les ordres juridiques internes, l'application du droit communautaire vaut pour l'ensemble des sources du droit (*Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, spéc. p. 386).

³⁴⁹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 264.

³⁵⁰ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 261.

³⁵¹ Elles représentent l'essentiel de la réglementation en droit du travail, cf. *supra* chapitre 1, n° 58.

française est essentiellement une « loi d'application »³⁵². Le droit communautaire édicte, en effet, des normes minimales « qui s'imposent de manière contraignante aux États membres »³⁵³, ce qui n'empêche pas les États membres d'avoir une protection nationale renforcée³⁵⁴.

Les directives appellent des mesures d'application car elles ont un effet direct vertical mais une absence d'effet direct horizontal³⁵⁵. Ce qui signifie, en principe, qu'elles ne créent pas de droits et d'obligations pour les particuliers. Un acte de transposition est donc nécessaire pour qu'une directive produise des effets en droit positif³⁵⁶.

La participation des autorités nationales à la mise en œuvre du droit communautaire est requise en ce qui concerne les directives, « la collaboration normative des États n'est plus l'exception mais le principe »³⁵⁷. Cependant, les États ne sont les auteurs que d'un complément normatif³⁵⁸. Ils sont tenus juridiquement vis-à-vis de la Communauté par un devoir de coopération³⁵⁹. Les États membres peuvent être sanctionnés par une action en manquement s'ils n'accomplissent pas ce devoir³⁶⁰. Ils conservent, malgré tout, une forme

³⁵² 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, chr. p. 152. L'expression citée est utilisée par l'auteur pour qualifier la loi française qui « pour l'essentiel, (...) traduit en normes législatives des dispositions résultant (...) d'une directive communautaire du 22 septembre 1994 ».

³⁵³ J.-P. LHERNOULD, L'Europe sociale après l'élargissement, *RJS*, 11/04, p. 771, spéc. n° 45. Cela permet de contrebalancer l'inquiétude de G. LYON-CAEN, Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective, *Dr. social*, 2003, p. 355, spéc. p. 359 : « 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. (...) Ce problème de la valeur de la loi (est-elle impérative ?) est le véritable problème contemporain, aucune réponse n'est apportée ».

³⁵⁴ N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit du travail français*, PUAM, 2000.

³⁵⁵ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 277 et suiv.

³⁵⁶ Il existe quelques hypothèses où une directive aura une application effective en droit positif lors d'une action en justice devant le juge national. Une fois la directive correctement transposée, elle n'est pas invocable directement par les particuliers, c'est son acte de transposition qui s'applique. En revanche, si la directive est mal ou non transposée, elle peut être invoquée si elle est claire et précise.

³⁵⁷ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 317.

³⁵⁸ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 313. « Les directives, instrument privilégié de l'harmonisation des législations, prescrivent soit l'introduction de normes communautaires, soit la suppression de normes nationales déterminées soit encore l'adoption de normes nationales à déterminer : dans tous les cas, la transposition implique déjà une activité normative. Mais, la mise en œuvre des directives ne consiste pas seulement dans la création d'un droit national de même contenu ; elle exige bien souvent, simultanément, la création d'un droit national complémentaire ; fixation des modalités d'application ; détermination des autorités nationales compétentes pour les appliquer, des mécanismes de sanction et de contrôle ; octroi de moyens de financement » (spéc. p. 317 et 318).

³⁵⁹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 317. En effet, l'article 10 du traité CE dispose : « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

³⁶⁰ CJCE 17 février 1970, Com. c/Italie, aff. 31/69, Rec. 34, cité par G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 315.

d'autonomie au regard de la Communauté, car ils ont une obligation de moyens et non de résultat³⁶¹.

Lorsque les partenaires sociaux sont les rédacteurs d'une directive, le dialogue social communautaire est susceptible de produire des effets en droit interne. L'influence de ce dialogue social sur le droit français est cependant limitée, en raison de la faible quantité d'accord-cadre reprise par une directive. Mais aussi limitée soit-elle, cette influence doit être étudiée (Chapitre I).

112. La participation des partenaires sociaux européens à la loi communautaire a par ailleurs une influence sur le rôle joué par les partenaires sociaux nationaux dans la procédure législative interne.

Les partenaires sociaux nationaux peuvent, en premier lieu, être sollicités dans le cadre de la procédure législative française en application de préceptes communautaires. L'article 137, §3 du traité CE autorise, en effet, la transposition de directives par les partenaires sociaux nationaux. De plus, les nouvelles méthodes du droit communautaire encouragent la participation des partenaires sociaux, même au niveau interne.

L'association des partenaires sociaux européens à la procédure législative communautaire peut, en second lieu, avoir une influence d'ordre théorique et constituer ainsi une base de réflexion pour repenser le rôle des partenaires sociaux français dans le processus législatif.

Encore faut-il modérer l'effectivité de ces influences : d'une part, car les interventions des partenaires sociaux français prévues par le droit communautaire n'ont pas eu lieu ; d'autre part, car l'association « à la française » des partenaires sociaux à la procédure législative n'est pas assez approfondie. Il est à espérer que ces influences se concrétisent à l'avenir (Chapitre II).

³⁶¹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Op. cit.*, p. 317.

Chapitre I

L'influence limitée sur le droit substantiel

113. Au regard des prérogatives dont les partenaires sociaux européens disposent dans l'élaboration des normes communautaires, ils ont rédigé très peu de lois. Ils ont conclu seulement quatre accords-cadres qui ont abouti à des directives concernant : le congé parental³⁶², le travail à temps partiel³⁶³, le contrat à durée déterminée³⁶⁴ et le temps de travail des gens de la mer³⁶⁵. Ce chiffre contraste avec les quatre-vingts directives ou règlements en matière de droit du travail³⁶⁶. Le décompte des directives donne une idée de la réelle participation des partenaires sociaux.

La faiblesse quantitative des textes ne doit pas empêcher une analyse qualitative. Ce chapitre étant consacré à l'influence du droit produit par les partenaires sociaux communautaires sur le droit français, il s'agit d'étudier la transposition des directives qu'ils ont rédigées. Les conditions de travail³⁶⁷ semblent être leur terrain de prédilection. Il convient de distinguer leur première « œuvre » concernant le congé parental (Section I), qui n'a pas vraiment entraîné de bouleversement sur le droit français. Les accords qui ont suivi se sont concentrés sur le travail atypique, c'est-à-dire une relation de travail qui n'est pas un contrat de travail à durée

³⁶² Accord-cadre signé le 14 décembre 1995, repris dans la directive n° 96/34.

³⁶³ Accord-cadre signé le 6 juin 1997, repris dans la directive n° 97/81.

³⁶⁴ Accord-cadre signé le 18 mars 1999, repris dans la directive n° 99/70.

³⁶⁵ Cet accord-cadre ne sera pas étudié car il concerne un secteur particulier. Les partenaires sociaux ont négocié, au niveau sectoriel, un accord relatif à l'organisation du temps de travail des gens de la mer, qui, à leur demande, a été mis en œuvre par une directive, adoptée par le Conseil le 21 juin 1999 (Directive 99/63, JOCE n° L 167 du 2 juillet 1999). « Elle constitue le premier exemple d'une négociation européenne sectorielle débouchant sur une « décision » du Conseil » (P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2002, spéc. n° 499). Cet accord-cadre vient compléter une lacune de la directive 93/104 sur l'aménagement du temps de travail qui avait alors exclu les gens de la mer de son application. Les particularités propres à cette profession nécessitaient une réglementation adaptée, dont l'élaboration du contenu est revenue aux partenaires sociaux. Ces derniers sont toujours considérés comme les plus proches de la réalité de la profession. Le décret n° 2005-305 du 31 mars 2005 relatif à la durée du travail des gens de la mer et la loi française n° 2005-412 du 3 mai 2005 (JO du 4 mai) relative à la création du registre international français, sont en conformité avec une telle directive. Les partenaires sociaux n'hésitent pas à exercer leur capacité d'initiative. En effet, l'ETF et les employeurs représentés par la Communauté des associations des armateurs européens (l'Ecsa) ont décidé de négocier un accord sectoriel qui intègre en droit communautaire le Code du travail maritime adopté par l'organisation internationale du travail (OIT). Ce code (adopté en février 2006) compile les règles internationales du travail applicables aux gens de la mer. Les partenaires sociaux sont prêts à le convertir en directive pour lui donner un aspect contraignant (*LSE*, n° 161, p. 6).

³⁶⁶ C'est un calcul approximatif effectué grâce au Code annoté européen du travail (C. LAVANCHY, A. ROSET, L. THOLY, *Revue Fiduciaire*, 4^{ème} édition, 2006).

³⁶⁷ L'acception en droit communautaire est difficilement saisissable, notamment à cause de sa fréquente utilisation dans une multitude de sources, Cf. F. PAPPALARDO, la notion de « conditions de travail » en droit communautaire, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3/2006, p. 609.

indéterminée à temps complet. Ces accords modifient notre droit de façon plus significative (Section II).

Section I. Le droit français du congé parental conforté par le droit communautaire

114. Le premier accord-cadre conclu par les partenaires sociaux européens concerne le congé parental. Il a été signé le 14 décembre 1995, puis mis en œuvre par la directive 96/34/CE du 3 juin 1996³⁶⁸. Cet accord-cadre sur le congé parental « témoigne du rôle que sont amenés à jouer les partenaires sociaux dans l'élaboration des règles communautaires alors que, jusque-là, leur fonction normative était restée limitée »³⁶⁹. Pour M. RODIÈRE, l'intérêt de cette réglementation « est largement extérieur à son contenu »³⁷⁰ puisqu'il réside dans le fait que c'est le premier accord des partenaires sociaux qui est mis en œuvre par voie de directive. La directive sur le congé parental n'entraîne pas de modifications substantielles du droit français car celui-ci est conforme au droit communautaire (§ I). La CJCE a par ailleurs introduit des précisions concernant le concours de congés (§ II).

§ I - Une réglementation française conforme à la directive n° 96/34/CE

115. L'accord-cadre affirme avoir pour objectif, dans ses considérations générales, de développer des mesures permettant aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales³⁷¹. Cette réglementation se trouve en conformité à la fois avec le point 14 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux relatif à l'égalité de traitement, et le droit au respect de la vie privée et familiale, énoncé à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le congé parental permet de concevoir le temps « soustrait au travail salarié pour être consacré à des tâches éducatives (...) comme un moment normal de la carrière du travailleur,

³⁶⁸ JOCE L 145 du 19 juin 1996. Elle a été modifiée par la directive 97/75/CE (JOCE L 10 du 16 janvier 1998) afin d'étendre son application au Royaume-Uni.

³⁶⁹ A. ARSÈGUEL, B. REYNES, Le congé parental européen, *PA*, 1996, n° 93, p. 19, spéc. p. 20.

³⁷⁰ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 495.

³⁷¹ Considérations générales, point 4.

et non comme une rupture dans sa biographie professionnelle »³⁷². De la sorte, la continuité, d'un point de vue juridique, se traduit par l'obligation faite, dans l'accord-cadre, à l'employeur à l'issue du congé de réintégrer le salarié dans l'entreprise. Le droit français prend en compte la moitié de la durée du congé parental dans le calcul de l'ancienneté.

116. Les partenaires sociaux européens lient la réalisation de l'égalité des chances à une meilleure organisation du travail, c'est-à-dire à une plus grande flexibilité³⁷³. Cette flexibilité doit permettre de concilier la vie professionnelle et familiale des travailleurs³⁷⁴, ainsi que de préserver les intérêts des entreprises. Les partenaires sociaux semblent avoir le souci de tenir compte des évolutions sociales de l'Europe, relativement aux changements démographiques, au vieillissement de la population et à l'augmentation de la participation des femmes à la vie active. Ils s'autorisent même à formuler des vœux d'encouragement aux hommes, pour qu'ils participent à part égale aux responsabilités familiales³⁷⁵.

117. La clause 2 de l'accord-cadre est le cœur du dispositif d'octroi d'un droit à congé parental. Elle dispose qu'« *un droit individuel à congé parental est accordé aux travailleurs hommes et femmes, en raison de l'adoption ou de la naissance d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les États membres et/ou les partenaires sociaux* ». Cette clause fixe des prescriptions minimales concernant les modalités d'application du congé. Celui-ci peut être accordé à temps plein ou à temps partiel, ou sous la forme de crédit temps³⁷⁶. A la suite du congé, le travailleur a le droit de retrouver son poste, ou en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat de travail³⁷⁷, en sauvegardant les droits acquis à la date du début du congé³⁷⁸. L'accord-cadre protège aussi le travailleur contre le

³⁷² *Au-delà de l'emploi*, sous la direction de A. SUPIOT, Flammarion, 1999, spéc. p. 132.

³⁷³ Considérations générales, point 5 et 6.

³⁷⁴ La clause 3 de l'accord-cadre s'inscrit dans l'objectif de permettre la coexistence entre vie familiale et vie professionnelle, mais ne traite pas directement du congé parental. Elle concerne la protection d'obligations familiales impérieuses et suggère aux États membres, ainsi qu'aux partenaires sociaux nationaux, de prévoir des mesures pour autoriser les travailleurs à s'absenter du travail, pour cause de force majeure, liée à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident, rendant indispensable la présence immédiate du travailleur (Clause 3, point 1).

³⁷⁵ Considérations générales, point 8.

³⁷⁶ Clause 2, point 3, a).

³⁷⁷ Clause 2, point 5.

³⁷⁸ Clause 2, point 6.

licenciement fondé sur la demande ou la prise du congé parental. Les États membres ou les partenaires sociaux nationaux doivent prendre les mesures nécessaires³⁷⁹.

Le droit français règlemente le congé parental depuis une loi du 12 juillet 1977³⁸⁰ et il est conforme aux exigences de l'accord-cadre³⁸¹. Le délai du congé, en droit français, est d'un an ; concernant l'âge de l'enfant, le droit à congé est ouvert jusqu'à la fin de l'obligation scolaire³⁸². Le salarié conserve le bénéfice de ses droits acquis avant le début du congé, et bénéficie en plus, sauf convention collective plus favorable, de la prise en compte de la moitié de la durée du congé parental dans la détermination des avantages liés à l'ancienneté³⁸³. Le droit français est même plus protecteur que le droit communautaire qui établit seulement des prescriptions minimales³⁸⁴, autorisant ainsi les États membres à prendre des mesures plus favorables.

La conclusion suivante s'impose : le droit français prévoyait déjà un droit à congé parental ; celui-ci est plus protecteur que la directive ; le droit élaboré par les partenaires sociaux au niveau communautaire n'a donc pas eu d'incidence sur notre droit.

§ II - L'évolution possible du droit français en cas de chevauchement de congés

118. Notre droit pourrait connaître des évolutions à propos du concours de congé. La CJCE a, en effet, été saisie d'une question relative à l'accord-cadre sur le congé parental. Elle a ainsi, à cette occasion, interprété certaines de ces dispositions.

119. Les faits soumis à la CJCE concernaient une salariée en congé parental qui s'est trouvée en état de grossesse. La question était la suivante : l'ouverture d'un droit à congé maternité lui fait-elle perdre le bénéfice du congé parental restant à courir ? Autrement dit un droit à congé peut-il en anéantir un autre ?

³⁷⁹ Clause 2, point 4.

³⁸⁰ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 970. Cette loi a subi plusieurs modifications, notamment par une loi du 25 juillet 1994, qui a ouvert le bénéfice de ce droit aux salariés de toutes les entreprises sans distinction d'effectif.

³⁸¹ P.-Y. VERKINDT, *Le Congé parental*, *J.-Cl. Travail*, Fasc. 28-32, spéc. n° 4. Par ailleurs, la jurisprudence relative au congé parental n'est pas très étoffée, le juge français semble respecter les interprétations formulées par la CJCE. Par exemple, la Chambre sociale décide que la salariée qui ne fait qu'exercer l'option que lui réservait l'article L. 122-28-1 du Code du travail et qui n'entend pas imposer à l'employeur les horaires qu'elle suggérerait, ne peut être licenciée pour avoir exercé une faculté qui résulte de la loi : Soc. 1^{er} juin 2004, *Dr. social*, 2004, p. 904, obs. C. RADÉ.

³⁸² Article L. 122-28-1 du Code du travail (article L. 1225-47 du Nouveau Code du travail).

³⁸³ Article L. 122-28-6 du Code du travail (article 1225-54 du Nouveau Code du travail).

³⁸⁴ Préambule de l'accord-cadre.

La CJCE, dans un arrêt du 14 avril 2005³⁸⁵, a décidé que le congé parental, d'une durée minimale de trois mois, doit être accordé à chaque parent et cette durée ne peut être réduite quand le congé parental est interrompu par un autre congé qui poursuit une finalité différente, comme le congé maternité³⁸⁶. La CJCE impose donc un report du congé parental qui n'a pu être octroyé en raison du congé maternité³⁸⁷. « La finalité du congé parental est par conséquent distincte de celle du congé de maternité »³⁸⁸. Le premier est accordé, au choix, à l'un des deux parents pour prendre soin de l'enfant, le second protège l'état de grossesse et d'accouchement. La jurisprudence française avait déjà dû répondre à la question du régime juridique applicable à l'état de grossesse d'une salariée alors qu'elle se trouvait en congé parental, dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 février 2004³⁸⁹. La Cour décide que « le bénéficiaire d'un congé parental d'éducation ne fait pas obstacle aux règles protectrices de la maternité ». Elle affirme que la salariée voit son congé parental interrompu et qu'elle bénéficie en tout état de cause des règles protectrices relatives à la maternité, mais sans dire explicitement que le congé parental en cours d'exécution est reporté. Dans le futur, pour se conformer aux interprétations de la CJCE, le juge français devrait prévoir que le congé parental est suspendu, puis reporté pour la durée restant à courir. Dans l'arrêt précité de la CJCE, il est important de préciser que la Cour prend en compte, comme durée totale du congé dont doit bénéficier le salarié (période de report inclus), la durée prévue par l'accord-cadre et non par la législation nationale³⁹⁰.

120. La CJCE semble édicter une règle générale de protection du congé parental qui ne peut être que suspendu, puis reporté en cas de survenance de n'importe quel autre congé : congé maternité comme congé maladie.

La Cour de cassation, pour l'instant, permet que le congé parental soit interrompu uniquement par un congé maternité. Elle utilise, en effet, un critère chronologique³⁹¹ pour déterminer le

³⁸⁵ CJCE, 14 avril 2005, aff. 519/03, Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg.

³⁸⁶ La CJCE a déjà décidé qu'une salariée doit pouvoir bénéficier de ses congés annuels et de son congé maternité lors de périodes distinctes, même si elles coïncident, en vertu d'un accord collectif : CJCE 18 mars 2004, aff. 342/01, note M. SCHMITT, chr. Droit communautaire du travail, *D*, 2004, p. 3084.

³⁸⁷ Par ailleurs, la CJCE protège de façon absolue les femmes enceintes, permettant à une salariée d'interrompre son congé parental pour bénéficier du congé maternité plus avantageux. Cf. CJCE, 27 juillet 2003, aff. 320/01, Busch et Klinikum neustadt GmbH, note J.-P. LHERNOULD, chr. L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, *RJS*, 6/03, p. 467.

³⁸⁸ H. TISSANDIER, Congé parental d'éducation et congé de maternité : quelle articulation ?, chr. L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, *RJS*, 8-9/05, p. 583.

³⁸⁹ *D*, 2004, p. 1926, note A. GARDIN.

³⁹⁰ H. TISSANDIER, *Op. cit.*, *RJS*, 8-9/05, p. 584.

³⁹¹ Soc. 4 juin 1962 (Bull. civ., IV, n° 525), Soc. 20 février 1980 (Bull. civ., V, n° 161), Soc. 4 décembre 1996 (Bull. civ., V, n° 420) : ces arrêts sont cités par J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les*

régime applicable en cas de concours de causes de congé : « c'est la cause de suspension (du contrat de travail) qui est apparue chronologiquement la première qui est retenue comme cause de l'inexécution de la relation de travail ; les évènements qui interviennent après cette première cause de suspension ne pourront être envisagés eux-mêmes comme cause de suspension que lorsque la première cause de suspension aura cessé d'exister »³⁹².

Ce critère chronologique empêche la jurisprudence française de faire application de la jurisprudence de la CJCE. La Cour de cassation devrait décider que le congé parental soit seulement suspendu pendant la réalisation de l'autre cause de congé, comme la maternité ou la maladie³⁹³.

Les règles communautaires élaborées par les partenaires sociaux concernant le congé parental n'apportent pas de modifications à notre droit. Un seul point pourrait être amené à évoluer, sous l'influence de la CJCE, celui des règles concernant le concours de causes de suspension du contrat de travail.

L'influence des accords-cadres sur le contrat de travail à durée déterminée et sur le temps partiel semble plus prégnante.

Section II. L'infléchissement des règles françaises du travail atypique

121. Le point 7 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 recommande que la réalisation du marché intérieur conduise « à une amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs dans la Communauté européenne. Ce processus s'effectuera par un rapprochement dans le progrès de ces conditions, notamment pour la durée et l'aménagement du temps de travail et les formes de travail autres que le travail à durée indéterminée, telles que le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le travail intérimaire, le travail saisonnier ». La forme principale de travail doit être le contrat de travail à durée indéterminée à temps plein. Ce précepte demeure un objectif à atteindre, mais en réalité, se développent des formes de travail atypique, comme

grands arrêts du droit du travail, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004, n° 77 à 79, comme étant les arrêts significatifs en la matière.

³⁹² J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 354.

³⁹³ Cette solution, d'appliquer dès que possible les différents régimes de suspension, est évoquée par les auteurs du précis Dalloz comme devant d'ailleurs remplacer la règle du critère chronologique (*Cf.* J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 355).

le temps partiel ou le contrat de travail à durée déterminée. Les partenaires sociaux communautaires se sont montrés soucieux d'élaborer des droits protecteurs des salariés dans ces domaines. Il ressort des accords-cadres sur le temps partiel et sur le contrat de travail à durée déterminée, la volonté des partenaires sociaux de concilier la souplesse exigée par la performance économique avec la protection des droits des salariés. L'exigence d'une réglementation flexible est très clairement affirmée par les partenaires sociaux concernant le travail atypique (§ I). Le droit français doit tenir compte de cet objectif de flexibilité pour intégrer les modifications commandées par les directives sur le temps partiel et le contrat de travail à durée déterminée (§ II).

§ I - La prise en compte de la flexibilité par les partenaires sociaux communautaires

122. « La première incitation européenne à la flexibilité concerne (...) la promotion de la formation continue (Conseil européen d'Essen, décembre 1994) censée améliorer les perspectives d'emploi. Cette formation à organiser, tout au long de la vie des travailleurs, doit permettre la mobilité et les reconversions jugées indispensables au développement économique »³⁹⁴. La flexibilité est ensuite devenue indissociable des questions concernant le contenu d'éventuelles réglementations sur le temps de travail³⁹⁵. Ainsi, la Commission a saisi les partenaires sociaux en vue d'une consultation sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs³⁹⁶. Les partenaires sociaux ont alors orienté leurs réflexions vers le travail à temps partiel³⁹⁷. L'opinion selon laquelle le partage du temps de travail est un instrument possible de lutte contre le chômage a pu accompagner ces réflexions³⁹⁸. « L'accroissement du travail à temps partiel en Europe au cours des dix dernières années, l'évolution du marché de l'emploi vers des modèles plus souples de contrats de travail et l'absence, dans la plupart des pays, de définition juridique claire de ce mode de travail, ont rendu nécessaire une action au niveau de l'Union européenne »³⁹⁹.

³⁹⁴ V. de POULPIQUET, La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne, *RTD eur.*, 1999, p. 709, spéc. p. 723.

³⁹⁵ La flexibilité est encouragée dans tous les domaines se rapportant à l'emploi, les politiques de l'emploi s'inscrivant dans les GOPE (*Cf.* Titre 1, chapitre II).

³⁹⁶ La directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, fixe une période minimale de repos de 11 heures consécutives, tout en laissant aux États membres toute souplesse pour la répartition du travail dans les entreprises. Cette directive montre déjà l'inclinaison de la Commission d'introduire une forme de flexibilité dans les réglementations sur le temps de travail.

³⁹⁷ Les partenaires sociaux font état de cette consultation dans le point 3 des considérations générales de l'accord-cadre.

³⁹⁸ *Au-delà de l'emploi*, sous la direction d'A. SUPLOT, Flammarion, 1999, spéc. p. 113.

³⁹⁹ F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel*, Litec, 1997, n° 52.

123. Les partenaires sociaux européens ont abouti à l'accord-cadre sur le temps partiel, du 6 juin 1997, qui s'inscrit selon eux dans « *la nécessité d'améliorer les exigences de la politique sociale, de favoriser la compétitivité de l'économie de la Communauté et d'éviter d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles entraveraient la création et le développement des petites et moyennes entreprises* »⁴⁰⁰. Le premier alinéa du préambule de l'accord-cadre affirme la volonté des partenaires sociaux de contribuer à la stratégie européenne pour l'emploi et de réfléchir ultérieurement à la conclusion d'accords sur d'autres formes de travail flexible.

Ces précisions concernant les perspectives retenues par les partenaires sociaux montrent leur volonté de s'inscrire dans le projet de construction européenne et d'élaborer une réglementation communautaire en adéquation avec le contexte économique. L'accord-cadre s'accorde avec l'esprit du temps qui est de rechercher de la souplesse dans la réglementation du temps de travail⁴⁰¹. « Le principe est de ne fixer que des bornes à la flexibilité »⁴⁰². D'ailleurs, l'un des objets de l'accord (clause 1) est de « *faciliter le développement du travail à temps partiel sur une base volontaire et de contribuer à l'organisation flexible du temps de travail d'une manière qui tienne compte des besoins des employeurs et des travailleurs* ».

La CES, après l'accord-cadre (lors de sa conférence des 2-3 octobre 1997 de Bruxelles), s'est affirmée clairement prête à mettre en œuvre de la flexibilité concernant le temps de travail⁴⁰³.

124. L'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée, du 18 mars 1999, a le souci d'adapter les formes du travail aux exigences économiques, tout en limitant les abus. Dans les considérations générales, les partenaires sociaux mettent en exergue des observations importantes qui expliquent « la philosophie » de l'accord. Dans le point 6, ils rappellent que les contrats de travail à durée indéterminée « *sont la forme générale de travail et contribuent à la qualité de vie des travailleurs concernés et à l'amélioration de la performance* ». Le contrat de travail à durée indéterminée est une forme contractuelle performante. Pourtant, les partenaires sociaux reconnaissent s'inscrire (point 5) dans la droite ligne des conclusions du sommet extraordinaire de Luxembourg invitant les partenaires sociaux « *à moderniser l'organisation du travail, y compris les formules souples de travail, afin de rendre les*

⁴⁰⁰ Considérations générales, point 7.

⁴⁰¹ F. FAVENNEC-HERY y consacre d'ailleurs un chapitre entier (*Op. cit.*, à partir du n° 102).

⁴⁰² V. de POULPIQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 726.

⁴⁰³ V. de POULPIQUET, *Op. cit.*, spéc. p. 725.

entreprises productives et compétitives et d'atteindre l'équilibre nécessaire entre souplesse et sécurité ».

On comprend dès lors les intérêts en jeu : le contrat de travail à durée indéterminée est protecteur pour les travailleurs, et le contrat de travail à durée déterminée est gage de flexibilité, donc de compétitivité pour les entreprises. La fixation de limites à l'utilisation du contrat à durée déterminée est impérative afin que ce contrat de travail réponde aux intérêts du salarié et de l'employeur. L'apparente opposition d'intérêts reflète les positions défendues par les acteurs syndicaux : l'UNICE a reçu pour négocier l'accord-cadre un mandat afin d'obtenir un allègement des contraintes imposées au recours au contrat de travail à durée déterminée, et la CES a souhaité limiter l'accès au contrat de travail à durée déterminée et obtenir une large application de la règle de non-discrimination⁴⁰⁴.

125. Les partenaires sociaux communautaires semblent avoir intégré les objectifs économiques de la construction européenne dans l'élaboration des normes. Actuellement, cette tendance des partenaires sociaux à soutenir la construction européenne se manifeste dans l'intérêt porté aux débats sur la flexibilité⁴⁰⁵. Ces débats sont désormais indissociables de la question de la sécurité de l'emploi, considérée comme la contrepartie d'une réglementation du travail plus flexible. Les débats se concentrent sur ce que l'on nomme la « flexicurité ».

La CES soutient la « flexicurité »⁴⁰⁶. Son secrétaire général a exprimé son opinion dans les termes suivants : « La flexicurité promeut des normes sociales élevées favorisant la croissance et le changement. C'est la méthode qui permettra à l'Europe d'aller de l'avant »⁴⁰⁷. La Commission souhaite réfléchir avec les États et les partenaires sociaux à l'élaboration d'un ensemble de principes communs sur la flexicurité⁴⁰⁸. La présidence de l'Union européenne, lors du sommet social tripartite de mars 2006, a mis en avant le « besoin de cette force vive (les partenaires sociaux) pour la création d'emploi ». Le président de la Commission a précisé

⁴⁰⁴ C. VIGNEAU, L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée, *Dr. social*, 1999, p. 928, spéc. n° 3.

⁴⁰⁵ Cette mise en avant de la flexibilité par la politique sociale et les politiques de l'emploi montre que l'idée, que la compétitivité des entreprises détermine le développement de l'emploi, est largement partagée. Mais, elle ne doit pas masquer des approches différentes concernant la flexibilité dans les différents pays de l'Union (P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi, *RDT*, 2006, p. 48, spéc. p. 51).

⁴⁰⁶ *LSE*, n° 145, p. 1.

⁴⁰⁷ *LSE*, n° 145, p. 1.

⁴⁰⁸ *LSE*, n° 149, p. 2. D'ailleurs, la « flexicurité » est intégrée dans la stratégie de Lisbonne puisqu'elle permet d'évaluer les politiques nationales. La Commission note que la France doit faire un effort pour favoriser la flexicurité sur le marché du travail, en renforçant la formation tout au long de la vie et en combattant la segmentation entre types de contrat, facilitant les transitions entre contrats à durée déterminée et contrat à durée indéterminée (Comm. UE, 12 déc. 2006, communiqués n° IP/06/1751 et IP/06/1758, cité dans Act. n° 495, *JCP éd. Soc.*, 2006, p. 7). Depuis juillet 2007, la Commission met en évidence ce thème, cf. *LSE*, n° 181, n° 183, n° 184.

qu'il était préférable de « les associer au niveau national et les amener à s'approprier davantage la stratégie de Lisbonne »⁴⁰⁹. La participation des partenaires sociaux est souhaitée au plan institutionnel et plus largement politique. Les partenaires sociaux ont eu l'occasion de contribuer au débat sur la flexicurité au niveau européen, pour la première fois, lors du sommet social tripartite du 20 octobre 2006⁴¹⁰. Les partenaires sociaux semblent participer pleinement à la construction d'un droit social communautaire en accord avec les exigences économiques de la construction européenne. Ainsi, les idées de flexicurité et, surtout, de flexibilité imprègnent les actes conclus par les partenaires sociaux européens.

126. Les partenaires sociaux européens participent à la réalisation du marché intérieur en permettant la mise en œuvre de formes de travail flexible, voire les encouragent. Le développement de règles relatives au temps partiel et au contrat à durée déterminée illustre ce phénomène. Le préambule de chacun des accords-cadres précise qu'ils s'inscrivent dans le cadre de la réalisation des politiques de l'emploi. Ce qui signifie que les partenaires sociaux réalisent conjointement les objectifs de la politique sociale et ceux de la politique de l'emploi. Dans la mesure où les directives, reprenant les accords-cadres, nécessitent d'être mis en œuvre dans les États membres, leur transposition doit se faire dans une perspective de flexibilité.

127. Le choix, de la part des partenaires sociaux communautaires, de la flexibilité s'impose au droit français dans son ensemble : les États membres ont l'obligation de respecter les prescriptions minimales des directives⁴¹¹, tout en étant contraints par le principe de non-régression⁴¹² (les dispositions sur la mise en œuvre de l'accord-cadre (clause 8) sont identiques à celles de l'accord-cadre sur le temps partiel).

Concernant la signification de la clause de non-régression⁴¹³, la CJCE a rendu un arrêt important : l'arrêt Mangold⁴¹⁴. « Se prononçant pour la première fois avec autant de netteté, la Cour estime que ces clauses ne font pas obstacle à ce que les États poursuivent d'autres

⁴⁰⁹ Les propos du président du Conseil et du président de la Commission sont rapportés par *LSE*, n° 149, p. 3 et 4.

⁴¹⁰ Act. *RDT*, novembre 2006, p. 281.

⁴¹¹ Clause 8, point 1 pour le contrat à durée déterminée ; clause 6, point 1 pour le temps partiel.

⁴¹² Clause 8, point 3 pour le contrat à durée déterminée ; clause 6, point 2 pour le temps partiel.

⁴¹³ Clause 8, point 3.

⁴¹⁴ CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm.

objectifs que la transposition d'une directive à l'occasion de cette dernière »⁴¹⁵. Ce qui était le cas en l'espèce, puisque le Gouvernement allemand menait une politique autonome de promotion de la croissance et de l'emploi, ayant constaté que la probabilité de retrouver un emploi après 55 ans était de l'ordre de 25%, depuis 1996⁴¹⁶. Cependant, la Cour précise que « l'expression « mise en œuvre », utilisée sans autre précision à la clause 8, point 3, de l'accord-cadre, ne saurait viser la seule transposition initiale de la directive 1999/70 et, notamment, de son annexe contenant l'accord-cadre, mais doit couvrir toutes mesures nationales visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint, y compris celles qui, postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées » (point 51).

L'interprétation de cette clause de non-régression par la CJCE précise la marge laissée aux États membres en présence d'une directive communautaire. La clause de non-régression a ici une signification particulière. L'avocat général estime que cette clause n'a pas la même valeur qu'une clause de *stand-still* qui interdit aux États d'abaisser le niveau de protection existant en droit national lors de la mise en œuvre de la directive. En effet, l'avocat général considère que l'action de la Communauté en matière de politique sociale ne vise, au sens de l'article 137 du traité CE, qu'à soutenir et compléter l'action des États ; elle ne peut conduire à paralyser leur action dans des domaines non harmonisés⁴¹⁷.

La clause de non-régression a une fonction plus restreinte : elle interdit aux États de modifier leur niveau de protection sociale au nom de la directive, sauf s'ils invoquent des raisons objectives⁴¹⁸. La question revient à déterminer ce qui peut constituer des raisons objectives autorisant l'État à modifier son niveau de protection. La justification est acceptable lorsqu'elle est fondée sur des motifs liés à la nécessité de promouvoir l'emploi. En l'espèce, l'objectif de la politique allemande était de promouvoir l'emploi des personnes âgées de plus de 55 ans. C'est devenu par ailleurs un des objectifs de la stratégie de Lisbonne.

La conjugaison des prescriptions minimales et des clauses de non-régression permet aux partenaires sociaux d'imposer, dans les accords-cadres, leurs règles, la CJCE œuvrant par son

⁴¹⁵ O. LECLERC, Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire (note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm), *D*, 2006, p. 557, spéc. p. 559.

⁴¹⁶ O. LECLERC, *Ibidem*.

⁴¹⁷ J. CAVALLINI, De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior, (note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm), *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 1414, p. 25, spéc. p. 26.

⁴¹⁸ J. CAVALLINI, *Ibidem*.

travail d'interprétation à la construction d'un droit communautaire relatif aux conditions de travail.

La mise en œuvre des directives sur le temps partiel et le contrat de travail à durée déterminée a nécessité de la part du droit français quelques modifications.

§ II - Les ajustements nécessaires du droit français

Le droit français relatif au temps partiel et au contrat de travail à durée déterminée a subi des changements sous l'influence de la réglementation communautaire élaborée par les partenaires sociaux européens. Les changements sont de nature différente selon qu'il s'agit du temps partiel (A) ou du contrat à durée déterminée (B).

A. Le temps partiel

128. Le rappel de la lente gestation de la directive sur le temps partiel est nécessaire pour évaluer son influence sur le droit français.

Initialement, la question du travail à temps partiel était traitée par le droit communautaire par le prisme de la notion de discrimination indirecte entre les hommes et les femmes. Les discriminations indirectes sont interdites par la directive 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et aux conditions de travail ; et aussi par la directive 75/117 du 10 février 1975, relative à l'égalité des rémunérations. La jurisprudence de la CJCE est, sur ce point, assez abondante, elle est rendue dans le but de faire respecter le principe d'égalité de traitement entre le travailleur féminin et le travailleur masculin⁴¹⁹. Les règles relatives au travail à temps partiel concernaient en réalité le respect du principe de non-discrimination et celui de l'égalité de traitement.

Ce point d'ancrage juridique de la protection du travailleur à temps partiel explique sûrement l'alinéa 2 du préambule de l'accord-cadre communautaire sur le travail à temps partiel du 6 juin 1997, qui énonce que l'accord-cadre « *illustre la volonté des partenaires sociaux*

⁴¹⁹ F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel*, Litec, 1997, n° 193.

d'établir un cadre général pour l'élimination des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel »⁴²⁰.

129. Le travail à temps partiel, en lui-même, a été abordé au niveau communautaire, par le biais d'une résolution du 18 décembre 1979 concernant l'aménagement du temps de travail⁴²¹, puis par trois propositions de directives en 1990⁴²² dont une seule a été adoptée : celle du 25 juin 1991 complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire⁴²³. La proposition, le 25 novembre 1994, d'une directive portant spécifiquement sur le travail à temps partiel n'a pas abouti⁴²⁴. La Commission a donc sollicité les partenaires sociaux européens une première fois en 1995, sur la flexibilité du temps de travail, puis au cours d'une seconde consultation, engagée le 17 avril 1996, qui a abouti le 6 juin 1997 à la signature par la CES, l'UNICE et la CEEP de l'accord-cadre sur le temps partiel.

L'accord-cadre a été mis en œuvre par la directive 97/81 du 15 décembre 1997⁴²⁵ et y a été annexé, sans aucune modification⁴²⁶. Il est à noter que l'application de la directive fut étendue au Royaume-Uni en 1998, après qu'il eut ratifié l'Accord sur la politique sociale joint au traité sur l'Union européenne⁴²⁷. Le droit français a transposé la directive sur le temps partiel par une loi du 19 janvier 2000 (la date limite de transposition était le 20 janvier)⁴²⁸.

Ce long cheminement pour aboutir à la directive sur le temps partiel paraît presque dérisoire à l'aune des droits apportés effectivement aux travailleurs français. Certes, les partenaires sociaux européens ont élaboré une définition du travail à temps partiel qui a nécessité un

⁴²⁰ Accord-cadre sur le travail à temps partiel, conclu le 6 juin 1997 par l'UNICE, la CES et la CEEP.

⁴²¹ JOCE 4 janvier 1980, p. 1 ; F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, n° 53.

⁴²² La première directive concernait le rapprochement des dispositions des États membres relatives à certaines relations de travail, au regard des conditions de travail, sur le fondement de l'article 100 (avant la codification du traité d'Amsterdam) ; la seconde concernait le rapprochement des dispositions des États membres relatives à certaines relations de travail, au regard des distorsions de concurrence, sur le fondement de l'article 100 A ; la troisième visait à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs temporaires, sur le fondement de l'article 118 A, citées par F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, n° 53.

⁴²³ JOCE, n. L. 206, 29 juillet 1991, p. 19, citée par F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, n° 53.

⁴²⁴ F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, n° 53.

⁴²⁵ JOCE n° L. 14 du 20 janvier 1998.

⁴²⁶ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 460.

⁴²⁷ Directive n° 98/23/CE du 7 avril 1998, JOCE n° L. 131 du 5 mai 1998, p. 10. Ce point est rappelé par B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 501 et note n° 243.

⁴²⁸ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 303.

ajustement du droit français (a), mais leur texte n'a engendré qu'un très faible bouleversement quant aux droits octroyés aux travailleurs à temps partiel (b).

a) Le changement de définition du temps partiel en droit français

130. La clause 3 de l'accord-cadre du 6 juin 1997 définit le travailleur à temps partiel comme « *un salarié dont la durée normale de travail, calculée sur une base hebdomadaire ou en moyenne sur une période d'emploi pouvant aller jusqu'à un an, est inférieure à celle d'un travailleur à temps plein comparable* »⁴²⁹. L'accord-cadre donne aussi une définition du travailleur à temps plein comparable : « *un salarié à temps plein du même établissement ayant le même type de contrat ou de relation de travail et un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte d'autres considérations pouvant inclure l'ancienneté et les qualifications/compétences* » (l'accord-cadre prévoit que, s'il n'existe aucun travailleur à temps plein comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales)⁴³⁰.

131. La définition de l'accord-cadre mis en œuvre par voie de directive du 15 décembre 1997 est beaucoup plus large que celle qui était retenue par le Code du travail français (le travailleur à temps partiel était celui dont la durée du travail était inférieure d'au moins 20 % à la durée légale ou conventionnelle en vigueur⁴³¹). « La pression de la norme communautaire »⁴³² a conduit le législateur français à modifier sa définition du travailleur à temps partiel. Le législateur, par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, a repris, à l'article L. 212-4-2 du Code du travail⁴³³, la conception du travail à temps partiel des partenaires sociaux européens. Sur ce point, le dialogue social communautaire a permis de déterminer le contenu du droit du travail français, ce qui l'a clarifié en permettant à une catégorie de salariés (qui n'était ni à temps complet ni à temps partiel) de bénéficier des droits attachés au temps partiel.

⁴²⁹ Clause 3, point 1.

⁴³⁰ Clause 3, point 2.

⁴³¹ Il y avait des travailleurs qui n'étaient ni à temps complet, ni à temps partiel, lorsque leur durée du travail était comprise entre 80 et 99% de la durée équivalente d'un temps complet.

⁴³² B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 502.

⁴³³ Article L. 3123-1 du Nouveau Code du travail.

b) Le faible impact de la directive sur le droit français quant aux droits accordés aux travailleurs à temps partiel

La directive de 1997 sur le temps partiel n'a pas eu d'effets significatifs sur les droits des travailleurs français. En effet, ses dispositions relatives aux discriminations ne servent pas à sanctionner les discriminations intervenant au cours de l'exécution d'un contrat de travail à temps partiel (1). De plus, la directive n'apporte pas de droits supplémentaires concernant l'accès des travailleurs à temps partiel à un emploi à temps plein (2).

1. Les discriminations sanctionnées sur d'autres fondements

132. La clause 1 de l'accord-cadre sur le temps partiel prévoit « *d'assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et d'améliorer la qualité du travail à temps partiel* ». Les partenaires sociaux semblent y accorder une importance particulière puisque l'accord-cadre insiste aussi sur la lutte contre les discriminations dans le deuxième alinéa du préambule.

133. La clause 2, point 2 prévoit la possibilité pour les États membres, après consultation des partenaires sociaux, d'exclure des travailleurs à temps partiel occasionnels de l'application de l'accord-cadre, pour des raisons objectives et sous réserve d'un examen fréquent de ces raisons. L'accord-cadre autorise une restriction dans son champ d'application. Pourront, par exemple, être écartés : un travailleur saisonnier, un salarié n'intervenant qu'en qualité d'extra, un employé de maison aux prestations clairsemées⁴³⁴, sous couvert de l'existence de raisons objectives invoquées par l'État. « Il peut paraître contradictoire de souhaiter un développement des formes plus souples d'organisation du travail et admettre l'exclusion de garanties minimales offertes par l'accord pour certaines formes d'entreprises »⁴³⁵.

134. L'accord-cadre énonce, dans la clause 4, le contenu du principe de non-discrimination applicable au travailleur à temps partiel. C'est en utilisant le fondement juridique de

⁴³⁴ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 503.

⁴³⁵ F. FAVENNEC-HERY, L'accord cadre européen sur le travail à temps partiel, *JCP éd. E*, 1997, Études et chroniques, n° 692, p. 427, spéc. n°10.

l'interdiction des discriminations indirectes que le droit communautaire, avant la conclusion de l'accord-cadre, avait établi des règles relatives au travail à temps partiel.

La clause 4 dispose que les travailleurs à temps partiel ne doivent pas être traités d'une manière moins favorable par rapport aux travailleurs à temps complet, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives : le principe du *pro rata temporis* peut s'appliquer ; les États membres sont autorisés (après consultation des partenaires sociaux nationaux) à subordonner l'accès au temps partiel à des conditions d'emploi particulières, à l'ancienneté, à la durée du travail ou à des conditions de salaires. L'accord-cadre n'étant pas très détaillé, il confie aux États membres et /ou aux partenaires sociaux ses modalités d'application.

« Sur les compléments de salaire, il peut apparaître que la règle du prorata n'est pas appropriée. Ainsi, est-il concevable que la « pénibilité » d'une tâche n'apparaisse réellement qu'à partir d'un certain nombre d'heures de travail. Il est alors justifié de ne pas verser la prime correspondante au travailleur à temps partiel qui ne franchit pas ce seuil ou de ne lui en verser qu'une fraction inférieure à ce qu'imposerait la règle du prorata »⁴³⁶.

135. En tout état de cause, pour qu'une discrimination entre un travailleur à temps partiel et un travailleur à temps complet puisse faire l'objet d'une condamnation par la CJCE, il faut que cette dernière puisse comparer les deux situations. La CJCE se fonde sur la définition du travailleur à temps plein comparable de la clause 3 de l'accord-cadre⁴³⁷. Si les situations entre le travailleur à temps plein et le travailleur à temps partiel ne sont pas comparables, il n'y a pas lieu d'examiner l'existence de traitement défavorable. La décision rendue par la CJCE, le 12 octobre 2004⁴³⁸, adopte ce mode de raisonnement. En l'espèce, seuls les travailleurs à temps plein de l'entreprise avaient une durée du travail convenue à l'avance et fixée dans le contrat ; le travailleur à temps partiel avait, lui, la faculté de refuser l'emploi (cela concernait des travailleurs à temps partiel autrichiens, dont la législation nationale ne fixe pas la durée et l'aménagement du temps de travail⁴³⁹). Contrairement aux travailleurs à temps plein, ils n'étaient pas dans des situations comparables. Ainsi, aucun traitement défavorable pour un travailleur à temps partiel ne pouvait être relevé.

⁴³⁶ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 508.

⁴³⁷ Voir *supra* n° 130.

⁴³⁸ Aff. 313/02, Wippel c/ Peek et Cloppenburg GmbH et Co. KG, *RJS*, 3/05, note H. TISSANDIER, p. 186 et *Europe*, décembre 2004, p. 18, note L. Idot.

⁴³⁹ Aff. 313/02, Wippel c/ Peek et Cloppenburg GmbH et Co. KG, *Europe*, décembre 2004, p. 18, note L. Idot.

L'article L. 212-4-5 du Code du travail⁴⁴⁰ est conforme aux exigences communautaires. Au moment de la conclusion de l'accord-cadre, le droit français connaissait déjà cette exigence de traitement égalitaire entre un salarié à temps partiel et un salarié à temps complet, qui se manifeste par une identité de droit et le respect de la proportionnalité concernant la rémunération⁴⁴¹.

136. La clause 4 point 1⁴⁴² de l'accord-cadre « évoque la jurisprudence de la CJCE relative aux discriminations indirectes dont peuvent souffrir les femmes, en tant qu'elles forment la population très majoritaire des travailleurs à temps partiel »⁴⁴³. La règle relative à la non-discrimination est la plus effective, le reste de l'accord a « une tournure recommandationnelle »⁴⁴⁴. Sachant que l'accord, dans sa clause 6 point 4, dispose que « *le présent accord est sans préjudice de dispositions communautaires plus spécifiques, et notamment des dispositions communautaires relatives à l'égalité de traitement et des chances entre hommes et femmes* », on se demande alors quelle est sa réelle effectivité juridique ?

Bien que l'accord-cadre prévoit expressément la condamnation de toutes discriminations en raison de l'exercice d'un travail à temps partiel, cette condamnation, en pratique, a lieu sur un autre fondement juridique. Le contentieux porté devant la CJCE est, en effet, plutôt fondé sur les directives qui ne traitent que des discriminations.

Lorsque la question de la discrimination des salariés à temps partiel concerne une discrimination homme-femme, il n'est pas fait application de la directive 97/81, comme dans les décisions rendues par la CJCE le 11 septembre 2003⁴⁴⁵, et le 27 mai 2004⁴⁴⁶. La CJCE n'applique la directive 97/81 que lorsque les dispositions communautaires sur le principe d'égalité de rémunérations ne peuvent être invoquées, comme dans l'arrêt du 12 octobre 2004⁴⁴⁷. La Cour semble « établir une hiérarchie des textes de droit dérivé »⁴⁴⁸. Elle fait peut-être une application des prescriptions du point 4, clause 6 de l'accord-cadre sur le temps partiel qui stipule : « *le présent accord est sans préjudice de dispositions communautaires*

⁴⁴⁰ Articles L. 3123-9 à L. 3123-13 du Nouveau Code du travail.

⁴⁴¹ F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel*, *Op. cit.*, n° 163 et suiv.

⁴⁴² « *Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparable au seul motif qu'ils ne travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives* ».

⁴⁴³ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 460.

⁴⁴⁴ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 460.

⁴⁴⁵ Aff. 77/02, Steinicke c/ Bundesanstalt für Arbeit, *RJS*, 1/04, note J.-P. LHERNOULD, p. 17.

⁴⁴⁶ Aff. 285/02, Edeltraud-Elsner-Lakeberg, *D*, 2004, p. 3085, chr., Droit communautaire du travail, note F. Meyer ; *LSE*, n° 107, p.7.

⁴⁴⁷ Aff. 313/02, Wippel c/ Peek et Cloppenburg GmbH et Co. KG, note L. Idot, *Op. cit.*

⁴⁴⁸ J.-P. LHERNOULD, *in* note sur Aff. 77/02, Steinicke c/ Bundesanstalt für Arbeit, *Op. cit.*, spéc. n° 2.

plus spécifiques et notamment des dispositions communautaires relatives à l'égalité de traitement et des chances entre hommes et femmes ». On peut penser que les partenaires sociaux ont limité d'eux-mêmes l'étendue d'application de l'accord-cadre.

Les dispositions visant à lutter contre les discriminations faites aux travailleurs à temps partiel ne sont pas d'une grande utilité : d'une part la CJCE se fonde sur d'autres textes pour les sanctionner et, d'autre part, le droit français dispose de règles bien établies en la matière.

Il convient maintenant de rechercher si l'accord-cadre sur le temps partiel apporte des garanties supplémentaires par rapport au droit interne, concernant l'accès des travailleurs à temps partiel aux postes de travail à temps plein.

2. L'évolution des droits d'accès au travail à temps complet

137. La priorité d'accès d'un travail à temps complet est une obligation de moyens de l'employeur, formulée au point 3 de la clause 5 de l'accord-cadre du 6 juin 1997. Cette priorité d'accès au temps complet était prévue par l'article L. 212-4-5 du Code du travail, codifié depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 à l'article L. 212-4-9 alinéa 1 du Code du travail⁴⁴⁹. Sur ce point, « la loi française concorde avec l'accord européen sur le travail à temps partiel »⁴⁵⁰.

Ce sont les modalités de fixation de la priorité d'accès au temps complet qui ont évolué. Au moment de la conclusion de l'accord-cadre communautaire, le droit français prévoyait qu'en « l'absence d'une initiative de l'employeur désirant mettre en place des horaires à temps partiel dans l'entreprise, l'accès à cette forme de travail, à la demande du salarié, est subordonné à la conclusion d'un accord collectif »⁴⁵¹. Mme FAVENNEC-HERY présentait une évolution sous l'influence du droit communautaire⁴⁵². En effet, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a introduit, à l'alinéa 4 de l'article L. 212-4-9 du Code du travail, les modalités de la demande du salarié d'accéder à un emploi à temps partiel, en l'absence de convention collective applicable⁴⁵³. Lorsque le salarié fait une demande d'accès à un emploi à temps

⁴⁴⁹ Article L. 3123-8 du Nouveau Code du travail.

⁴⁵⁰ F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, n° 143.

⁴⁵¹ F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, n° 133.

⁴⁵² F. FAVENNEC-HERY, *Ibidem*.

⁴⁵³ Article L. 212-4-9, alinéa 4 du Code du travail dispose : « *En l'absence de convention ou d'accord collectif, la demande du salarié doit être communiquée au chef d'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle doit préciser la durée du travail souhaitée ainsi que la date envisagée pour la mise en œuvre du nouvel horaire. La demande doit être adressée six mois au moins avant cette date* ». Le chef d'entreprise a une

partiel (ou à temps complet), l'article L. 212-4-9, alinéa 1 du Code du travail⁴⁵⁴ prévoit que l'employeur est tenu de fournir aux salariés la liste des emplois disponibles correspondants. Le droit français répond désormais à l'objectif de développer le recours choisi au travail à temps partiel et aussi au travail à temps complet. L'accord-cadre a eu un effet sur les modalités d'accès, en France, au temps plein.

138. L'obligation, pour l'employeur de transmettre des informations aux représentants des salariés sur le travail à temps partiel, prévue à la clause 5, point 3, e), existait déjà en droit français. Elle est codifiée, à l'heure actuelle, à l'article L. 212-4-9 alinéa 8 du Code du travail⁴⁵⁵. Ces dispositions détaillent les informations à fournir : un bilan du travail à temps partiel portant notamment sur le nombre, le sexe, la qualification des salariés à temps partiel, les horaires de travail et le nombre d'heures complémentaires. De plus, le Code du travail, impose une périodicité d'information du comité d'entreprise (tous les ans) et l'obligation pour l'employeur de se justifier sur les refus d'accès d'un salarié à temps partiel à un temps complet et *vice versa*.

139. Mme FAVENNEC-HERY a un jugement assez réservé sur les conséquences d'une telle réglementation du temps partiel. « Assurer, par un même accord, la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs paraît assez antinomique et laisse présager l'adoption d'un corpus juridique modeste. Il se résume en une définition du travail à temps partiel, en l'affirmation de principes généraux et en la fixation de prescriptions minimales »⁴⁵⁶. Cet accord a donc un contenu modeste⁴⁵⁷. D'un point de vue qualitatif, les changements apportés par le droit communautaire sont peu significatifs quant aux droits accordés aux salariés. La mise en œuvre d'une définition communautaire a permis néanmoins de clarifier la catégorie de salariés pouvant bénéficier des droits spécifiques attachés au temps partiel. L'étude de l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée doit être menée pour parfaire l'analyse de l'influence réelle du droit législatif communautaire, élaboré par les partenaires sociaux européens sur le droit français.

obligation de moyens d'accéder à cette demande, tout refus doit être justifié par l'absence d'emploi ou les conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise (article L. 3123-6 du Nouveau Code du travail : la rédaction a évolué ; les modalités de la demande seront prévues par voie réglementaire).

⁴⁵⁴ Article L. 3123-8 du Nouveau Code du travail.

⁴⁵⁵ Article L. 3123-3 du Nouveau Code du travail.

⁴⁵⁶ F. FAVENNEC-HERY, L'accord cadre européen sur le travail à temps partiel, *Op. cit.*, spéc. n°11.

⁴⁵⁷ F. FAVENNEC-HERY, *Ibidem*.

B. Le contrat de travail à durée déterminée

140. Quelques remarques sur la directive du 28 juin 1999⁴⁵⁸ relative au contrat à durée déterminée peuvent être faites préalablement. Le processus d'élaboration de la directive a été identique à celui qui a abouti à la directive sur le temps partiel, à une différence près cependant. « Commencée sous l'empire du traité de Maastricht et de l'accord sur la politique sociale, la procédure s'est achevée après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam »⁴⁵⁹.

Une comparaison peut être établie entre l'élaboration de la directive sur le contrat à durée déterminée et l'élaboration de la loi française. En droit français, les partenaires sociaux ont eux aussi été à l'origine d'une modification législative importante concernant le contrat de travail à durée déterminée, puisque la loi du 12 juillet 1990 reprend, à peu de choses près, les termes de cet accord⁴⁶⁰. Le droit français a connu ensuite des modifications uniquement législatives dont la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, qui a permis de transposer certaines mesures de la directive⁴⁶¹.

En tout cas, la réglementation française est conforme voire même considérée comme plus protectrice que l'accord-cadre communautaire du 18 mars 1999. « En effet, notre législation a déjà mis en place les trois mesures proposées par l'accord-cadre aux États membres. S'agissant de la requalification, elle est devenue, au fil des décisions jurisprudentielles, la sanction de droit commun des contrats de travail à durée limitée »⁴⁶². Cette conformité n'est toutefois qu'apparente. L'ensemble de la réglementation française nécessiterait des modifications afin de répondre aux exigences communautaires (b). Le droit français ne peut évoluer que dans le cadre posé par le droit communautaire, ce qui a été le cas concernant le contrat de travail à durée déterminée pour les seniors (a).

⁴⁵⁸ Directive 1999/70 CE, JO CE n° L 175 du 10 juillet 1999, p. 43.

⁴⁵⁹ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 460.

⁴⁶⁰ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 287.

⁴⁶¹ C. ROY-LOUSTAUNAU, La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais pas sans importance, *Dr. social*, 2002, p. 304, spéc. p. 309, concernant l'information du salarié en contrat de travail à durée déterminée et p. 310, concernant l'information au comité d'entreprise.

⁴⁶² N. LOUIT-MARTINOD, *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée, Vers un régime juridique harmonisé*, Préf. C. ROY-LOUSTAUNAU, PUAM, 2003, spéc. n° 39.

a) *La réglementation interne du contrat de travail à durée déterminée senior encadrée par le droit communautaire*

Pour qu'un contrat exclusivement à destination des seniors ne soit pas discriminatoire, il faut que l'inégalité de traitement qui en résulte repose sur des raisons objectives. Ainsi, l'existence ou non d'une discrimination doit être appréciée au regard des dispositions de la directive de 99/70/CE et de son interprétation (1). Pourtant, cette dernière n'est pas le fondement juridique retenu par la CJCE pour établir le cadre communautaire du contrat à durée déterminée pour les seniors (2).

1. L'absence d'effectivité des dispositions de la directive de 1999 à propos des discriminations

141. Les dispositions de l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée, relatives à la lutte contre les discriminations, font référence, à l'origine, à la discrimination fondée sur le sexe.

La volonté de lutter contre les discriminations est un objectif rappelé dans les considérations générales, au point 9. Les partenaires sociaux mettent en exergue le fait que la moitié des personnes travaillant à durée déterminée, dans l'Union européenne, sont des femmes. Ils affichent donc leur volonté de contribuer à l'amélioration de l'égalité des chances entre hommes et femmes. « L'impératif d'égalité domine l'accord-cadre du 18 mars 1999 »⁴⁶³.

L'accord-cadre entend aussi lutter contre d'autres types de discrimination. Le principe de non-discrimination énoncé dans la clause 4 concerne l'égalité de traitement entre les travailleurs à durée déterminée et ceux à durée indéterminée, autorisant la différence de traitement pour des raisons objectives ainsi que l'application du principe *prorata temporis*. Les modalités d'application de cette clause sont fixées par les États membres après consultation des partenaires sociaux nationaux ou bien elles sont fixées par ces derniers.

142. L'application du principe d'égalité suppose que les salariés employés à durée déterminée ne soient pas traités de façon moins favorable. C'est la conséquence de l'égalité de

⁴⁶³ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 437.

traitement qui impose le traitement au prorata du temps travaillé. Pour apprécier cette égalité, il convient de comparer la situation du travailleur à durée déterminée à celle d'un « travailleur à durée indéterminée comparable ». Cette définition est donnée par le point 2 de la clause 3 : « un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à durée indéterminée comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable ou, en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales ».

L'accord-cadre ne donne qu'un seul exemple de domaine dans lequel trouve à s'appliquer le principe d'égalité : l'ancienneté. En effet, « les critères de périodes d'ancienneté relatifs à des conditions particulières d'emploi sont les mêmes pour les travailleurs à durée déterminée que pour les travailleurs à durée indéterminée »⁴⁶⁴. S'applique, dans ce domaine, l'exception tenant à l'existence de raisons objectives, afin de retenir des critères différents de période d'ancienneté⁴⁶⁵. M. TEYSSIÉ illustre cette assertion en expliquant qu'une période homogène de travail à durée indéterminée dans une entreprise n'apporte pas de façon objective à son titulaire une compétence identique à celui ayant exercé de façon entrecoupée des contrats à durée déterminée à des intervalles éloignés⁴⁶⁶.

Le principe d'égalité entre les travailleurs à durée indéterminée et ceux à durée déterminée est énoncé à l'article L. 122-3-3 du Code du travail⁴⁶⁷. Ce principe était déjà consacré dans le Code au moment de la conclusion de l'accord-cadre en 1999. Son introduction dans l'accord-cadre ne promet pas « un bouleversement majeur pour la plupart des droits nationaux »⁴⁶⁸. L'influence la plus importante sur les droits nationaux est issue des interprétations du principe de non-discrimination par la CJCE.

143. Le principe d'égalité s'applique au salarié à durée déterminée concernant l'ensemble de ses conditions de travail, ainsi que l'expression de ses droits à représentation collective. Le point 1 de la clause 7 de l'accord-cadre dispose que « les travailleurs à durée déterminée sont pris en considération pour le calcul du seuil au-dessus duquel les instances représentatives des travailleurs prévues par les législations nationales et communautaires peuvent être

⁴⁶⁴ Point 4, clause 3.

⁴⁶⁵ Point 4, clause 3.

⁴⁶⁶ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 440.

⁴⁶⁷ Article L. 1242-14 du Nouveau Code du travail.

⁴⁶⁸ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 15.

constituées conformément aux dispositions nationales ». Les modalités d'application sont fixées en droit national (point 2, clause 7). Le Code du travail français prévoit cette prise en compte dans le calcul de l'effectif pour l'élection des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise, des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et la désignation des délégués syndicaux à l'article L. 620-10, alinéa 3 du Code du travail⁴⁶⁹. L'ordonnance n° 2004-602, du 24 juin 2004 a unifié la règle juridique du calcul d'effectif pour ces trois organes de représentation des salariés. Le droit français fait application du principe *pro rata temporis* : « *les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée (...) sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents* » (cette disposition s'applique aussi aux travailleurs temporaires).

L'article L. 620-10 du Code du travail prévoit pourtant l'exclusion de ces mêmes travailleurs du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat est suspendu.

144. Ainsi, l'accord-cadre du 18 mars 1999 (devenu directive) ne traite pas d'autres types de discrimination et renvoie d'ailleurs à la législation communautaire existante sur le sujet. A l'instar de la clause 6 de l'accord-cadre sur le temps partiel, la clause 8 de l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée prévoit qu'il s'applique sans préjudice d'autres dispositions spécifiques du droit communautaire, notamment celles relatives à l'égalité de traitement et des chances entre hommes et femmes. Concernant l'appréciation de la licéité d'un contrat de travail à durée déterminée fondée sur une condition d'âge, la CJCE s'est appuyée sur les dispositions communautaires relatives à l'égalité de traitement.

2. Les différences de traitement en fonction de l'âge autorisées par le droit communautaire

145. La CJCE a eu à se prononcer sur la conformité de la réglementation allemande relative aux contrats de travail à durée déterminée pour les seniors. Elle donne, dans l'arrêt Mangold⁴⁷⁰, son interprétation au regard de la directive du 27 novembre 2000 (2000/78/CE) portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et

⁴⁶⁹ Article L. 1111-2 du Nouveau Code du travail.

⁴⁷⁰ CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm : E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, *Actualité de droit communautaire*, *AJDA*, 2006, p. 247 ; *D*, 2006, p. 557, note O. LECLERC ; *D*, 2007, p. 470, note F. MEYER ; *RDT*, 2006, p. 31, obs. M. SCHMITT et p. 133, obs. S. ROBIN-OLIVIER.

de travail. Cette interprétation permet de définir le cadre dans lequel peut être établi un contrat de travail à durée déterminée pour les seniors.

146. La législation allemande avait instauré une réglementation spécifique de contrat à durée déterminée relatif aux seniors qui permettait dès l'âge de 50 ans révolus d'être embauché à durée déterminée. Cette disposition ouvrait la possibilité de contrats de travail successifs sans limites (ou presque : l'âge de la retraite), fondés sur une condition d'âge, alors que l'accord-cadre exclut cette possibilité. La législation allemande ne pouvait pas faire supporter des mesures défavorables exclusivement aux seniors, sans être confrontée à la réglementation communautaire relative à l'interdiction de discrimination. Il convient de noter que la Cour, dans cette décision, ne se fonde pas sur le principe de non-discrimination entre travailleurs à durée déterminée et ceux à durée indéterminée, prévu dans l'accord-cadre, mais sur la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁴⁷¹.

La discrimination en raison de l'âge est admise, selon l'article 6 de cette directive (reprenant une formulation générale de la CJCE) lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser ces objectifs sont appropriés et nécessaires.

147. Le délai de transposition de la directive s'achevant postérieurement à la mise en œuvre de la législation nationale concernée, cela n'ouvre pas, selon la CJCE, la possibilité à l'État membre d'en écarter les conséquences. En effet, l'État membre doit s'abstenir pendant le délai de transposition d'une directive de prendre des mesures de nature à compromettre sérieusement le résultat de cette dernière⁴⁷². Cette jurisprudence, à elle seule, ne suffisait pourtant pas à faire condamner l'Allemagne pour sa législation sur les seniors car la directive n° 2000/78/CE n'énonce pas expressément l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. Il a donc fallu que la CJCE applique un principe général du droit communautaire⁴⁷³ selon lequel « une obligation précise et inconditionnelle (...) déploie ses effets de telle sorte

⁴⁷¹ JOCE n° L 303, p. 16.

⁴⁷² CJCE, 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL, aff. C-129/96, Rec. p. I-7411 ; cité par E. BROUSSY, F. DONNAT, Ch. LAMBERT, *Op. cit.*, spéc. p. 250.

⁴⁷³ Un principe général du droit communautaire s'applique même si la directive n'est pas transposée. Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge pallie ainsi l'absence d'effet horizontal de la directive, cf. O. LECLERC, Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire (note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm), *D*, 2006, p. 557, spéc. p. 560.

qu'il peut être invoqué directement dans le cadre d'un litige entre particuliers»⁴⁷⁴. La CJCE a dégagé le principe général du droit communautaire de non-discrimination en fonction de l'âge pour condamner l'Allemagne dans cette affaire. L'affirmation de ce principe est surprenante⁴⁷⁵, dans la mesure où aucun instrument juridique international ou issu de traditions constitutionnelles ne le mentionne.

Ces quelques remarques concernant la condamnation de l'État allemand pour violation du principe de non-discrimination permettent de mettre en évidence le fait que l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée ne sert pas de fondement juridique à la protection contre les discriminations (la même observation a été faite concernant la condamnation de discrimination relative au temps partiel).

148. Les partenaires sociaux français ont tenu compte des observations de la CJCE, dans l'arrêt Mangold, pour élaborer l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 sur l'emploi des seniors, modifié par l'avenant du 9 mars 2006 et étendu le 26 juillet 2006⁴⁷⁶. Le Gouvernement français a repris l'article 17 de cet accord dans un décret du 28 août 2006⁴⁷⁷, à la demande des partenaires sociaux, « la création de ce nouveau cas de recours au contrat à durée déterminée excédant la compétence des partenaires sociaux »⁴⁷⁸. Il s'agit d'un exemple d'élaboration de la loi par les partenaires sociaux nationaux qui est entièrement repris par le Gouvernement. On peut remarquer que la transformation d'une norme conventionnelle en une norme décrétole s'est faite à la demande des partenaires sociaux comme dans le cadre de la procédure prévue dans le traité CE.

Au moment du traité d'Amsterdam, l'âge a été introduit comme cause de discrimination condamnable. Il demeure possible d'introduire dans la législation des différences de traitement. Celles-ci sont un « devoir »⁴⁷⁹, afin de pouvoir répondre, par exemple, aux besoins spécifiques en matière de sécurité sociale des personnes âgées, mais aussi pour s'adapter aux besoins de situations transitoires que sont l'entrée dans la vie active et la sortie de la vie active⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, *Op. cit.*, spéc. p. 250.

⁴⁷⁵ P. RODIÈRE, Âge et discriminations dans l'accès à l'emploi, l'actualité législative confrontée au droit communautaire, *Sem. Soc. Lamy*, 2006, n° 1266, p. 8.

⁴⁷⁶ JO 22 juillet 2006, p. 11002.

⁴⁷⁷ JO 29 août 2006, p. 12763.

⁴⁷⁸ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁷⁹ P. RODIÈRE, *Ibidem*.

⁴⁸⁰ P. RODIÈRE, *Ibidem*.

La latitude offerte par le droit communautaire, autorisant la différence de traitement, est importante⁴⁸¹, même s'il est nécessaire de respecter à la fois un objectif légitime et l'utilisation de moyens appropriés et nécessaires.

149. Les bénéficiaires du contrat à durée déterminée seniors, en France, sont les employeurs du secteur marchand (à l'exception du secteur agricole⁴⁸²), et les salariés âgés de plus de 57 ans qui sont inscrits comme demandeurs d'emploi depuis plus de trois mois ou qui bénéficient d'une convention de reclassement personnalisé. Les dispositions françaises relatives au contrat à durée déterminée senior échappent à la qualification de mesures discriminatoires⁴⁸³ car ces dispositions ne contreviennent pas à l'article L. 122-45 du Code du travail⁴⁸⁴, prohibant les discriminations, ni à la directive n° 2000/78/CE portant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. En effet, les discriminations sont autorisées lorsqu'elles sont justifiées par des objectifs légitimes (comme les politiques de l'emploi) et qu'elles apportent une réponse efficace et proportionnée, en utilisant des moyens appropriés et nécessaires⁴⁸⁵. L'objectif légitime est de permettre, dans le cadre des politiques de l'emploi, d'offrir la possibilité au senior d'accéder à l'emploi (dès 50 ans, la probabilité d'embauche est deux fois inférieure à celle des 30-49⁴⁸⁶). On considère que les moyens sont proportionnés dans la mesure où seules les personnes de plus de 57 ans, étant depuis au moins 3 mois au chômage, sont concernées avec une durée limitée à 36 mois et l'objectif pour le salarié d'obtenir une retraite à taux plein. Ces mesures sont aussi conformes à l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée. Les partenaires sociaux au niveau interne sont peut-être de « meilleurs élèves » que leur Gouvernement en ce qui concerne le respect des principes communautaires⁴⁸⁷.

Le droit communautaire conditionne les moyens d'action des partenaires sociaux au niveau interne. Concernant le contrat de travail à durée déterminée des seniors, c'est l'interprétation

⁴⁸¹ P. RODIÈRE, *Ibidem*.

⁴⁸² Article D. 322-24 du Code du travail.

⁴⁸³ F. BOUSEZ, Le retour des seniors dans l'emploi : le CDD seniors, *JCP éd. Soc*, 2006, Étude n° 1809, spéc. n° 7.

⁴⁸⁴ Articles L. 1132-1 du Nouveau Code du travail. Le Nouveau Code du travail prévoit expressément que certaines différences de traitement sont autorisées, notamment celles fondées sur l'âge « lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires » (article L. 1133-1).

⁴⁸⁵ F. BOUSEZ, *Op. cit.*, spéc. n° 9.

⁴⁸⁶ Ces chiffres sont donnés par F. Bousez, *Op. cit.*, spéc. n° 2.

⁴⁸⁷ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, p. 11 ; l'auteur comparant la situation française à la réglementation allemande (évoquée dans l'arrêt Mangold).

de la CJCE (et non l'accord-cadre communautaire sur le contrat à durée déterminée) fondée sur la directive de 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui a eu le plus d'influence sur la réglementation française. Certaines mesures de l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée devraient cependant entraîner quelques modifications du droit français.

b) Les nécessaires modifications du droit français

L'accord-cadre du 18 mars 1999 prévoit un certain nombre de droits qui ne sont pas forcément effectifs en droit français. Ce dernier ne semble pas offrir une information satisfaisante des représentants du personnel (1) et des salariés concernant les postes à durée indéterminée vacants (2). De plus, les évolutions récentes du droit français, relatives aux contrats à durée déterminée d'usage, ne semblent pas conformes aux objectifs de la directive (3).

1. L'information insuffisante des représentants du personnel en droit français

150. Les salariés à durée déterminée doivent être traités, en tous points, comme les salariés à durée indéterminée. La situation du travailleur à durée déterminée étant précaire, les représentants des salariés dans l'entreprise doivent être informés par l'employeur. Cette obligation est formulée au point 3 de la clause 7 de l'accord-cadre. En droit français, la consultation des représentants du personnel est imposée, par l'article L. 432-4-1 du Code du travail⁴⁸⁸, à l'employeur, dans les entreprises de plus de trois cents salariés chaque trimestre, dans toutes les autres entreprises tous les semestres. Cet article prévoit une communication détaillée sur les emplois à durée déterminée dans l'entreprise : l'employeur doit fournir le nombre de salariés embauchés sous contrat à durée déterminée, les motifs qui l'ont amené à y recourir, le nombre de journées travaillées par ces travailleurs et une situation de l'évolution de cette forme d'emploi. L'article L. 432-4-1 du Code du travail⁴⁸⁹ prévoit même la possibilité pour le comité d'entreprise de saisir l'inspecteur du travail lorsqu'il constate un recours abusif⁴⁹⁰ aux contrats de travail à durée déterminée. L'employeur est ensuite tenu de

⁴⁸⁸ Article L. 2323-53 du Nouveau Code du travail.

⁴⁸⁹ Article L. 2323-17 du Nouveau Code du travail.

⁴⁹⁰ « Recours abusifs » doit s'entendre selon le Conseil constitutionnel (décision n° 2001-455 du 12 janvier 2002, JO 18 janvier, p. 1053) comme une méconnaissance de l'article L. 122-1 du Code du travail qui interdit de recourir au contrat à durée déterminée pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

communiquer le rapport de l'inspecteur du travail au comité d'entreprise. Cette information n'est due qu'au seul comité d'entreprise, les délégués du personnel n'en ont connaissance que dans les conditions de carence du comité d'entreprise prévues aux articles L. 431-3 et L. 422-3 du Code du travail⁴⁹¹.

Le droit français, pour satisfaire à l'obligation, prévue dans l'accord-cadre, d'informer tous les représentants, pourrait prévoir la consultation systématique des délégués du personnel dans les entreprises de moins de 50 salariés (qui est, par définition, une hypothèse différente de l'article L. 431-3 du Code du travail qui concerne les entreprises de plus de 50 salariés).

2. L'information insuffisante des salariés concernant les emplois à durée indéterminée vacants

151. L'accord-cadre a accordé des droits spécifiques au travailleur à durée déterminée concernant l'accès à des emplois à durée indéterminée : *« les employeurs informent les travailleurs à durée déterminée des postes vacants dans l'entreprise ou l'établissement pour leur assurer la même opportunité qu'aux autres travailleurs d'obtenir des postes permanents. Une telle information peut être fournie au moyen d'une annonce générale placée à un endroit approprié dans l'entreprise ou l'établissement »* (clause 6, point 1). L'accord-cadre n'instaure pas de modalités d'informations obligatoires particulières. Les États membres ont donc le choix des moyens utilisés pour assurer cette information. Le droit français a transposé cette obligation d'information assez tardivement par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, à l'article L. 122-3-17-1 du Code du travail⁴⁹². Cet article prévoit que l'employeur doit porter à la connaissance des salariés, liés par un contrat à durée déterminée, la liste des postes à pourvoir dans l'entreprise sous contrat à durée indéterminée, lorsqu'un tel dispositif d'information existe déjà dans l'entreprise pour les salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée. Ce texte est critiquable car il ne consacre pas une obligation d'information systématique du salarié sous contrat de travail à durée déterminée, mais soumet cette obligation à l'existence d'un dispositif d'information des postes libres dans l'entreprise pour les salariés qui sont déjà sous contrat à durée indéterminée. La disposition française n'est sans doute pas suffisante pour assurer une transposition satisfaisante de la directive⁴⁹³.

⁴⁹¹ Regroupés dans l'article L. 2313-13 du Nouveau Code du travail.

⁴⁹² Article L. 1242-17 du Nouveau Code du travail.

⁴⁹³ C. ROY-LOUSTAUNAU, *Op. cit.*, spéc. p. 309.

152. Le législateur français a, semble-t-il, dévoyé la volonté des partenaires sociaux communautaires. Ces derniers ont, en effet, souhaité placer le salarié, sous contrat de travail à durée déterminée, dans des conditions d'égalité avec le salarié sous contrat à durée indéterminée. L'instauration d'une égalité entre ces deux catégories de salariés ne doit pas conduire à limiter leur droit à l'information des postes vacants. Cette information ne peut donc pas être réduite à l'existence d'un « dispositif d'information » préalable pour les salariés sous contrat de travail à durée indéterminée. D'ailleurs, jusqu'à présent, le droit français ne connaissait pas cette notion de « dispositif d'information », le Code du travail ne prévoyant que des obligations d'information aux représentants du personnel et auprès des salariés par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise contre décharge.

La transposition en droit français de l'obligation d'information semble contrevenir au droit communautaire. Le droit français aurait pu, au moins, prévoir un affichage spécifique des emplois vacants dans l'entreprise, qui est une formalité moins lourde qu'un courrier individuel adressé à chaque salarié.

3. La succession de contrats d'usage, contraire à l'interdiction communautaire de recours abusif au contrat à durée déterminée

153. La clause 1 de l'accord-cadre prévoit son objet : la non-discrimination des travailleurs à durée déterminée ainsi que la protection contre les abus résultant de l'utilisation de contrats successifs.

L'accord-cadre ne fixe pas de cas de recours précis, « toute situation peut, *a priori*, donner lieu à la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée. La différence avec le droit français est ici considérable »⁴⁹⁴. En effet, le Code du travail français encadre précisément les cas de recours autorisés à l'article L. 122-1-1⁴⁹⁵ et, de surcroît, énonce les interdictions de recourir à ce type de contrat : générales (article L. 122-1⁴⁹⁶), et particulières (articles L. 122-2-1 et L. 122-3⁴⁹⁷).

154. L'accord-cadre se concentre plutôt sur la prévention de l'utilisation abusive (clause 5). Il commande aux États membres et/ou aux partenaires sociaux nationaux, en l'absence de

⁴⁹⁴ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 434.

⁴⁹⁵ Article L. 1242-2 du Nouveau Code du travail.

⁴⁹⁶ Article L. 1242-1 du Nouveau Code du travail.

⁴⁹⁷ Articles L. 1242-5 et L. 1242-6 du Nouveau Code du travail.

mesures légales visant à prévenir les abus, d'introduire une ou plusieurs des mesures suivantes : des raisons objectives justifiant le renouvellement du contrat à durée déterminée, la durée maximale totale des contrats successifs et le nombre de renouvellements des contrats. L'accord-cadre, logiquement, enjoint les États membres et/ou les partenaires sociaux de déterminer en droit interne quels sont les contrats considérés comme successifs et ceux réputés conclus à durée indéterminée⁴⁹⁸. « Il convient, en tout état de cause, d'éviter les mesures à caractère général et abstrait méconnaissant les particularités dont le tissu économique et social est souvent riche »⁴⁹⁹.

Le droit français encadre le contrat de travail à durée déterminée concernant son terme (article L. 122-1-2 du Code du travail⁵⁰⁰) et instaure des règles particulières quant à la succession de contrats de travail à durée déterminée (articles L. 122-3-10 et L. 122-3-11 du Code du travail⁵⁰¹).

L'accord-cadre prévoit la possibilité d'instaurer une présomption de contrat de travail à durée indéterminée que connaît déjà le droit français au premier alinéa de l'article L. 122-3-10 du Code du travail⁵⁰². Le droit français a prévu aussi une sanction pour violation des principales dispositions relatives au contrat de travail à durée déterminée : la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (article L.122-3-13 du Code du travail⁵⁰³). Le droit français connaissant « des mesures légales équivalentes » (point 1, clause 5) n'a pas eu besoin de transposer les mesures de l'accord-cadre relative à la prévention de l'utilisation abusive⁵⁰⁴.

155. Quatre arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 26 novembre 2003, décident de l'interdiction de requalifier des contrats de travail à durée déterminée d'usage licites, sur le fondement de l'accomplissement par le salarié d'un emploi durable et permanent. Cela évoque une contradiction avec le droit communautaire, concernant l'interdiction, à la clause 5 de l'accord-cadre de 1999, du recours abusif au contrat de travail à

⁴⁹⁸ Point 1 et 2, de la clause 5.

⁴⁹⁹ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 435.

⁵⁰⁰ Articles L. 1242-7 et L. 1242-8 du Nouveau Code du travail.

⁵⁰¹ Articles L. 1244-1 à L. 1244-4 du Nouveau Code du travail.

⁵⁰² Article L. 1243-11 du Nouveau Code du travail.

⁵⁰³ Articles 1245-1 et 1245-2 du Nouveau Code du travail.

⁵⁰⁴ Dans une loi de 2005, portant transposition du droit communautaire à la fonction publique, le législateur français a limité à 3 ans renouvelable une fois, le contrat à durée déterminée dans la fonction publique, au-delà le contrat devient un contrat à durée déterminée de droit public (Liaisons sociales, Bref social, n° 14313).

durée déterminée⁵⁰⁵, et plus particulièrement, dans le point 1 obligeant les États membres et/ou les partenaires sociaux à déterminer « *la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs* », ou le nombre de renouvellement, ou les raisons objectives.

M. BAILLY, conseiller à la Cour de cassation, considère que l'accord-cadre a une « portée minimaliste » qui se « révèle dans son contenu »⁵⁰⁶. Ce jugement semble sévère. L'argument suivant peut lui être opposé : l'accord-cadre communautaire prévoit l'obligation d'imposer une limite aux contrats de travail à durée déterminée successifs. Le fait pour M. le conseiller de s'appuyer sur le point 10 des considérations générales de l'accord (qui disposent que l'accord renvoie, aux États membres et aux partenaires sociaux, le soin de définir les modalités d'application des principes généraux, prescriptions minimales et dispositions, afin de prendre en compte la situation dans chaque État membre et les circonstances de secteurs et occupations particuliers) n'est pas satisfaisant.

Il convient de respecter *a minima* les dispositions de l'accord-cadre qui permettent tout de même des adaptations selon les secteurs. Les dispositions concernant la durée maximale totale des contrats à durée déterminée successifs, le nombre de renouvellement, ou les raisons objectives, sont des prescriptions minimales, et elles doivent en conséquence être respectées. Le fait que la Cour de cassation ouvre la possibilité d'une succession sans limite de contrats à durée déterminée d'usage ne répond pas à ces prescriptions. Certes, les contrats de travail à durée déterminée d'usage sont possibles dans certains secteurs prévus par décret, ce que permet l'accord-cadre. Pourtant, on ne peut pas dire que cela ne justifie aucune limite dans le recours aux contrats de travail à durée déterminée successifs. Cela semble être une régression par rapport à l'accord-cadre.

156. Dans un arrêt du 4 juillet 2006⁵⁰⁷, la CJCE a répondu à une question préjudicielle, relative à la législation grecque, « *sur la portée de la notion de « raisons objectives » au sens de la clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre, susceptibles de justifier le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée, notamment lorsque celle-ci est imposée par une disposition légale* » (point 29). Cette question préjudicielle concernait le

⁵⁰⁵ Le problème se pose dans les mêmes termes concernant les contrats de travail à durée déterminée d'usages conclus par les sportifs, Cf. J. BARTHÉLÉMY, CJCE, CDD et contrat de travail du sportif, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1965.

⁵⁰⁶ P. BAILLY, À propos du contrat à durée déterminée « d'usage », *RJS*, 1/04, p. 7, spéc. p. 10.

⁵⁰⁷ CJCE, 4 juillet 2006, aff. 212/04 Grande ch., Konstantinos Adelener c/ Ellinikos Organismos Galaktos, reproduit à la *RJS*, 10/06, n° 1139 ; obs. F. BOUSEZ, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1966.

recours imposé, par la loi, à des contrats de travail à durée déterminée pour certains emplois, ce qui conduisait à une succession forcée de contrats de travail à durée déterminée. La CJCE (point 60) a rappelé que la notion de « raisons objectives », n'étant pas définie par la directive, doit être interprétée en fonction de l'objectif suivi par la directive et le contexte précis de la clause 5, point 1, a. La Cour a précisé à la fois que le contrat à durée indéterminée est la forme générale des relations de travail et que les contrats à durée déterminée sont une caractéristique de l'emploi dans certains secteurs ou pour certaines occupations et activités. « *En conséquence, le bénéfice de la stabilité de l'emploi est conçu comme un élément majeur de la protection des travailleurs* » (point 62). L'objectif de l'accord-cadre vise à prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrat de travail à durée déterminée⁵⁰⁸. « *La notion de « raisons objectives », au sens de la clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre doit être entendue comme visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs* » (point 69). « *Le recours à des contrats de travail à durée déterminée sur le seul fondement d'une disposition légale ou réglementaire générale, sans rapport avec le contenu concret de l'activité considérée, ne permet pas de dégager des critères objectifs et transparents aux fins de vérifier si le renouvellement de tels contrats répond effectivement à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire à cet effet* » (point 74).

La réglementation française renvoie à la liste des secteurs dans lesquels il peut être conclu des contrats de travail à durée déterminée et exige aussi qu'il soit d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois⁵⁰⁹. La loi française autorise la succession de contrats de travail à durée déterminée aux articles L. 122-3-10 et L. 122-3-11 du Code du travail⁵¹⁰. De plus, le juge français ne recherche plus, depuis les arrêts de l'Assemblée plénière de novembre 2003, l'existence d'un emploi durable lié à l'activité permanente de l'entreprise (article L. 122-1 du Code du travail⁵¹¹) pour requalifier la relation de travail en contrat à durée indéterminée. L'office du juge est de rechercher, par une appréciation souveraine, pour l'emploi concerné, et sauf si une

⁵⁰⁸ La CJCE tient compte des considérations générales de l'accord, en leur octroyant une certaine force juridique qui permet d'éclairer d'autres notions de l'accord-cadre, comme ici, « les raisons objectives » : C. VIGNEAU, *Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire*, CJCE, 4 juillet 2006, Konstantinos Adeneler, *Dr. social*, 2007, p. 94, spéc. n° 2.

⁵⁰⁹ Soc. 26 novembre 2003, *Dr. social*, 2004, p. 629, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP éd. E*, 2004, p. 513, obs. F. BOUSEZ.

⁵¹⁰ Articles L. 1244-1 à L. 1244-4 du Nouveau Code du travail.

⁵¹¹ Article L. 1242-1 du Nouveau Code du travail.

convention collective prévoit en ce cas le recours au contrat à durée indéterminée, s'il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat (l'entreprise devant appartenir à un secteur d'activité défini à l'article D. 121-2 du Code du travail ou par accord collectif étendu)⁵¹². Il ne semble plus y avoir de limite temporelle à une succession de contrats à durée déterminée d'usage et de contrats saisonniers⁵¹³. Pourtant, concernant le contrat à durée déterminée de remplacement, la succession de contrats à durée déterminée est admise sans limitation de durée par la loi (par les articles L. 122-3-10 et L. 122-3-11 du Code du travail⁵¹⁴). La relation de travail entre l'employeur et le salarié peut être requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée au motif qu'elle pourvoit à un emploi lié à l'activité durable et permanente, l'employeur ne pouvant recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre⁵¹⁵.

157. La succession sans limite de contrats à durée déterminée d'usage peut-elle être admise au regard de la directive communautaire ?

L'interprétation de la CJCE, dans l'arrêt du 4 juillet 2006, quant à l'existence d'un emploi autorisé par la directive, par définition toujours à durée déterminée, fait référence au contenu concret de l'activité (*cf.* point 69 et 74 énoncés ci-dessus). Par conséquent, les emplois qui sont à durée déterminée au sein des secteurs énoncés à l'article D. 121-2 du Code du travail sont limités. Ainsi, au regard de cette interprétation, le droit français semble en conformité avec l'accord-cadre. « Il conviendrait que la Cour de cassation encadre la notion « d'usage constant » pour éviter que l'employeur ne puisse se référer à sa propre pratique pour justifier tant de la conclusion que du renouvellement de contrats de travail à durée déterminée d'usage ! »⁵¹⁶ A cette condition, « la raison objective » (de la clause 5 de l'accord-cadre communautaire) qui permet un renouvellement illimité tiendrait « dans le particularisme des secteurs limitativement énumérés pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée déterminée »⁵¹⁷.

Reste, cependant en suspens, la question du recours perpétuel au contrat de travail à durée déterminée d'usage. La CJCE ne répond qu'à la question de l'autorisation de la succession et non à celle d'une éventuelle limite. Elle semble pourtant interdire une législation nationale qui

⁵¹² Soc. 20 septembre 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, p. 19, n° 2009, obs. F. BOUSEZ.

⁵¹³ Soc. 16 novembre 2004, *Dr. social*, 2005, p. 98, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

⁵¹⁴ Articles L. 1244-1 à L. 1244-4 du Nouveau Code du travail.

⁵¹⁵ Soc. 26 janvier 2005, *RJS*, 4/05, n° 350.

⁵¹⁶ H. TISSANDIER *RJS*, 10/06, L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, p. 761.

⁵¹⁷ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 4.

exclurait automatiquement la transformation des contrats successifs en une relation d'emploi plus stable, « *et cela indépendamment tant du nombre d'années pendant lequel le travailleur concerné a été engagé pour le même emploi que de la circonstance que lesdits contrats couvrent des besoins non pas d'une durée limitée mais au contraire permanents et durables* »⁵¹⁸.

En l'absence d'une quelconque limite, le salarié risque d'être soumis à un abus, ce qui est finalement en contradiction avec les objectifs de l'accord-cadre⁵¹⁹. La critique se concentre alors de nouveau sur la rédaction de la clause 5 qui présente comme une possible alternative la détermination soit de « la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs », soit du nombre de renouvellement, soit des raisons objectives autorisant la succession. Que devient l'objectif de la directive d'empêcher l'utilisation abusive de contrats de travail à durée déterminée ? Les débats autour de l'interprétation de l'accord-cadre et de ses conséquences en droit français ne semblent être qu'à leurs commencements⁵²⁰.

158. Conclusion du Chapitre I. Les partenaires sociaux européens élaborent des accords concernant les conditions de travail, le temps de travail semblant être le thème de prédilection. Les thèmes qui font l'objet d'un consensus sont peu nombreux. Néanmoins, pour M. BERCUSSON, les partenaires sociaux ont un « rôle essentiel »⁵²¹ dans la politique de l'emploi, à laquelle ils se réfèrent dans les préambules des accords, car ils sont plus efficaces que les institutions communautaires⁵²². Ils ont réussi « où les politiques économiques des différents États avaient échoué »⁵²³, dans le sens où les partenaires sociaux, dans les accords-cadres sur le temps partiel et, surtout, sur le contrat à durée déterminée, défendent à la fois la sécurité des travailleurs et la flexibilité du temps de travail.

Le dialogue social communautaire a joué un rôle concernant la réglementation sur le temps de travail car les directives sur le congé parental, le temps partiel et le contrat à durée déterminée

⁵¹⁸ CJCE, 4 juillet 2006, aff. 212/04 Grande ch., Konstantinos Adelener c/ Ellinikos Organismos Galaktos, reproduit à la RJS, 10/06, n° 1139, spéc. point 88.

⁵¹⁹ Obs. F. BOUSEZ de CJCE, 4 juillet 2006, aff. 212/04 Grande ch., Konstantinos Adelener c/ Ellinikos Organismos Galaktos, *Op. cit.*; N. DAMAS, Les cas de recours au contrat à durée déterminée d'usage, Regard sur les décisions des juges du fond, *BS*, 5/07, étude, p. 307, spéc. p. 310.

⁵²⁰ D'autant que l'arrêt Konstantinos Adeneler concède que la sanction de recours abusif, dans la fonction publique, à des contrats de travail à durée déterminée ne peut être la requalification, mais la sanction doit exister (Cf. aussi : CJCE 7 septembre 2006, aff. 53/04, Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino et aff. 180/04, Andrea Vassallo, obs. H. TISSANDIER, *in* L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, *RJS*, 1/07, p. 19). M. VIGNEAU remarque que la législation française ne semble pas en mesure de prévenir réellement l'utilisation abusive dans la fonction publique des contrats de travail à durée déterminée (Cf. *Op. cit.*, spéc. n° 5).

⁵²¹ B. BERCUSSON, Les temps communautaires, *Dr. social*, 2000, p. 248, spéc. p. 253.

⁵²² B. BERCUSSON, *Op. cit.*, spéc. p. 256.

⁵²³ B. BERCUSSON, *Op. cit.*, spéc. p. 254.

sont des transcriptions d'accords-cadres. Cependant, ces directives n'ont pas fondamentalement bouleversé le droit français qui semble davantage soumis à l'influence des interprétations de la CJCE.

Les partenaires sociaux européens devraient s'emparer de l'opportunité offerte par le traité CE pour régler d'autres domaines, mais cela semble difficile dans la mesure où ils ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente. Ainsi, ils n'ont pas saisi l'occasion de participer à la révision de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant l'aménagement du temps de travail⁵²⁴, alors même que la Commission les y encourageait⁵²⁵. L'intérêt eut été qu'ils parviennent à un consensus sur le calcul de la période de référence pour le respect des 48 heures de travail par semaine (l'absence d'accord peut sembler regrettable au regard des difficultés rencontrées par les institutions pour aboutir à cette réforme⁵²⁶). La Commission a donc formulé seule une proposition de directive⁵²⁷. Le déblocage est espéré en raison de la participation du Parlement qui a déjà permis l'adoption de la directive « services »⁵²⁸. Les partenaires sociaux pourraient aussi se saisir d'autres domaines du droit du travail, comme par exemple la question du salaire minimum qui a fait l'objet d'un rapport transmis le 6 janvier 2006 aux partenaires sociaux⁵²⁹.

La collaboration des partenaires sociaux européens avec la Commission peut s'avérer délicate lorsque l'un des partenaires sociaux refuse en bloc les propositions de l'autre. L'exemple de la pression patronale de l'UNICE pour faire retirer le Livre vert sur le droit du travail⁵³⁰ illustre les difficultés réelles que peut rencontrer le dialogue social. Surtout, cet épisode montre que si l'un des partenaires sociaux refuse toutes formes de négociation, aucun accord n'est possible.

Le résultat du dialogue social communautaire est quantitativement faible et ne bouleverse pas fondamentalement le droit du travail français. Lorsque les partenaires sociaux européens décident de se saisir d'un sujet, leur accord est accueilli tel quel par les institutions communautaires. Faute de consensus entre les partenaires sociaux, le rôle des institutions communautaires est indispensable à l'élaboration d'une législation.

⁵²⁴ LSE, n° 113, p. 2.

⁵²⁵ J.-P. LHERNOULD, N. MOIZARD, Actualité de l'harmonisation sociale en matière d'emploi, *Dr. social*, 2005, p. 509, spéc. p. 522 et note 144.

⁵²⁶ LSE, n° 141, p. 1 et n° 157, p.4.

⁵²⁷ LSE, n° 112, p. 1.

⁵²⁸ LSE, n° 157, p. 4 et n° 147, p. 2.

⁵²⁹ LSE, n° 144, p. 1.

⁵³⁰ LSE, n° 161, p. 1 ; F. VALDES DAL RE, F. GAUDU, Le Livre vert de la Commission européenne pose-t-il de bonnes questions ?, *RDT*, 2007, p. 72 ; S. ROBIN-OLIVIER, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne, *RDT*, 2007, p. 95.

Ce bilan, en demi-teinte, de l'influence du droit communautaire élaboré par les partenaires sociaux n'empêche pas de tirer les enseignements théoriques du rôle des partenaires sociaux communautaires dans la production législative française ; d'autant que la doctrine semble intéressée par l'intervention des partenaires sociaux au niveau législatif dans notre droit interne.

Chapitre II

L'influence espérée sur la procédure législative

159. La participation des partenaires sociaux européens à la loi communautaire influence la conception française de l'association des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi en droit du travail.

Le droit communautaire encourage, en effet, la participation des partenaires sociaux des États membres à l'élaboration de la loi nationale. Le traité CE (article 137) prévoit que les partenaires sociaux nationaux peuvent mettre en œuvre des directives et se substituer, en quelque sorte, à la loi nationale. De plus, les partenaires sociaux nationaux, à la demande des institutions communautaires, sont associés aux démarches de l'État dans le cadre des politiques de l'emploi. Ces modalités de participation des partenaires sociaux nationaux sont très peu mises en œuvre en pratique. Il est à espérer une évolution du rôle des partenaires sociaux nationaux par la réalisation effective de ce que prévoit le droit communautaire.

Le droit communautaire influence aussi le droit interne sur le terrain des idées concernant les modalités d'élaboration de la loi nationale, même si le droit français connaît depuis longtemps une forme d'association des partenaires sociaux. Des évolutions récentes ont eu lieu, par l'intervention de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁵³¹, sous l'impulsion de la doctrine, des politiques et surtout des partenaires sociaux eux-mêmes, qui ont invoqué ce qui se pratique au niveau communautaire. Le résultat n'est, toutefois, pas pleinement satisfaisant. Ainsi, peut-on espérer une évolution concernant la participation des partenaires sociaux nationaux à la procédure législative interne.

L'évolution du rôle des partenaires sociaux français, dans l'élaboration de la loi nationale, doit aller dans le sens de la définition précise de ce rôle, à l'image de ce que prévoit le droit communautaire et d'une pratique intensive du dialogue social tripartite. Pour cela, il faut laisser derrière nous la pratique ancienne de la participation informelle des partenaires sociaux (Section I), afin de parachever la reconnaissance formelle de leur rôle en matière législative (Section II).

⁵³¹ L. n° 2007-130, JO 1^{er} février 2007, p. 1944.

Section I. De l'association informelle des partenaires sociaux...

160. La réglementation française du travail s'est caractérisée par une certaine forme de participation des partenaires sociaux à la confection de la loi⁵³².

Cela est d'autant plus notable qu'une définition simple de la loi (« norme élaborée et adoptée par les représentants élus du peuple souverain (...) dont les juges sanctionnent l'éventuelle violation »⁵³³) n'intègre pas les partenaires sociaux. Le fonctionnement de nos institutions permet de nuancer une autre définition qui fait place aux partenaires sociaux : « Norme ordinairement élaborée par l'administration ou les partenaires sociaux (ou les deux conjugués, en quelque conclave discret) et ratifiée, lorsque née d'un contrat, sans droit d'amendement (autre que théorique), par les représentants élus du peuple souverain, dont les juges fixent de manière variable, le contenu réel *via* l'interprétation qu'ils en retiennent en fonction de leur conception de l'équité sociale au moment où ils connaissent du litige »⁵³⁴.

Il est intéressant d'étudier comment la loi et la convention se répartissaient les rôles avant que n'intervienne la loi de modernisation du dialogue social (§ I). Cette répartition qui n'octroyait pas une place satisfaisante aux partenaires sociaux a conduit à mener une réflexion sur les rôles respectifs de la loi et de la convention (§ II).

§ I - La répartition des rôles entre la loi et la convention

C'est à la loi, qui régit les principes fondamentaux⁵³⁵, que la Constitution française, dans son article 34, a confié la compétence d'élaborer des normes en matière sociale. Pour autant les

⁵³² B. TEYSSIE, « La loi en droit du travail », in *La loi, Bilan et perspectives*, sous la direction de C. PUIGELIER, Economica, 2005, p. 161.

⁵³³ B. TEYSSIÉ, « Verbo loi (sociale) », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 117, spéc. n° 1.

⁵³⁴ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*.

⁵³⁵ Le vocabulaire employé doit être précis pour éviter toute confusion de concepts juridiques différents. Mme BONNECHÈRE explique pourquoi ces confusions peuvent se présenter.

Les principes fondamentaux énoncés à l'article 34 de la Constitution définissent les domaines de la loi et du règlement. Ces principes fondamentaux se distinguent « des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » figurant dans le préambule de la Constitution qui encadrent, eux, les choix du parlement et qui représentent les bases constitutionnelles du droit du travail. L'on trouve de fait cette confusion dans les propositions patronales et, à un certain degré, dans la Position commune du 16 juillet 2001 où l'on passe, avec visa de l'article 34, aux « principes généraux destinés, d'une part à garantir le respect des traités internationaux ratifiés par la France et, d'autre part, à déterminer les règles relevant de l'intérêt général de la nation ». Or il n'est pas question dans l'article 34 de « principes généraux ». Ceux ci, en droit positif, sont essentiellement dégagés par le Conseil d'État » (p. 414). La Cour de cassation énonce des principes généraux du droit du travail. « Les droits fondamentaux des travailleurs découlent d'abord, en droit interne, du préambule constitutionnel (droit du travail, liberté syndicale, droit de grève etc.), le Conseil constitutionnel ayant toutefois précisé dans sa décision du 6 novembre 1996 que relève du domaine de la loi (des principes fondamentaux...) la détermination

partenaires sociaux ne sont pas absents du processus législatif. Avant de déterminer les formes de cette participation (B), il convient de rappeler son cadre juridique (A).

A. La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et la négociation collective⁵³⁶

161. C'est au niveau des textes constitutionnels qu'est défini le cadre juridique des rapports entre la loi et la convention. Il convient d'en rappeler les éléments importants.

La Constitution ne mentionne que les compétences de la loi dans son article 34. Ce sont les décisions du Conseil constitutionnel qui ont établi le rôle de la négociation collective, en admettant que les partenaires sociaux soient étroitement associés à la procédure législative⁵³⁷. Les règles essentielles de la répartition constitutionnelle des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux ont été fixées par la décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989. « Un accord collectif est un substitut au règlement d'application d'une loi, en revanche et en principe, les partenaires sociaux ne peuvent se substituer au législateur dans le cadre des compétences qui sont réservées à ce dernier par la Constitution »⁵³⁸.

162. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 6 novembre 1996, permet aux partenaires sociaux d'insérer dans leurs accords des stipulations touchant aux principes fondamentaux, « dès lors que cette latitude permet au législateur d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées »⁵³⁹. Il y a donc subordination des accords collectifs à la volonté du législateur⁵⁴⁰ et, comme le rappelle la Cour de cassation, les partenaires sociaux ne peuvent pas régler un droit constitutionnellement reconnu

des conditions et garanties des principes constitutionnels (en l'occurrence du principe de participation, lequel comprend le droit de négociation collective). Cela limite les renvois possibles de la loi au règlement, mais également à la négociation collective, sans faire obstacle à ce que les modalités concrètes de la mise en œuvre des principes constitutionnels fassent « l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives » » (p. 414). L'auteur remarque que, face à l'absence de domaine réservé à la négociation collective, la position commune a souhaité clarifier la séparation des compétences entre la loi et la négociation collective. (M. BONNECHÈRE, La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères, *DO*, 2001, p. 411).

⁵³⁶ Cette répartition vaut pour l'ensemble du droit social.

⁵³⁷ J.-E. RAY, Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?, *Dr. social*, 2000, p. 574, spéc. p. 577.

⁵³⁸ 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, chr. p. 152. La décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1991 va dans le même sens.

⁵³⁹ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 577.

⁵⁴⁰ Décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2000 relative à la loi sur les 35 heures, citée par J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 577.

comme le droit de grève⁵⁴¹. Ainsi, les partenaires sociaux sont limités par des « principes d'une autorité supérieure »⁵⁴².

Le Conseil constitutionnel ne rejette pas l'existence d'une consultation des partenaires sociaux préalablement à la loi, même s'il ne l'énonce pas en des termes explicites⁵⁴³. Par ailleurs, il admet que le législateur, sans être tenu par les accords en raison d'un motif d'intérêt général suffisant⁵⁴⁴, puisse reprendre à son compte des négociations, comme dans le cadre de la loi du 4 mai 2004 qui s'était inspirée de la position commune de 2001⁵⁴⁵.

163. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 janvier 2000, retient une conception équilibrée de l'articulation entre la loi et la convention collective en matière de réglementation du travail. La liberté contractuelle est protégée car le législateur ne peut intervenir dans l'économie de l'accord qu'au nom de l'intérêt général⁵⁴⁶. Cette liberté « tend à étendre le champ laissé à l'initiative des partenaires privés tout en laissant au législateur la faculté de borner ce champ comme il l'entend. L'équilibre respecte tant la compétence du législateur fixée par l'article 34 de la Constitution que le principe de participation [de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946]. Il s'inscrit, de manière plus générale, dans le sens d'une évolution qui tend à développer la technique de la contractualisation aussi bien dans les rapports entre particuliers qu'entre groupes sociaux et qu'entre personnes privées et personnes publiques »⁵⁴⁷.

La répartition entre la loi et la convention, à la suite de l'exposé des différentes décisions du Conseil constitutionnel, paraît claire : la convention ne peut empiéter sur les pouvoirs du

⁵⁴¹ J.-E. RAY, *Ibidem*. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Chambre sociale le 7 juin 1995, (Bull. civ. V, n° 180) commenté dans *Les grands arrêts du droit du travail*, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004, n° 191.

⁵⁴² G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU, Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective, *Dr. social*, 2003, p. 72, spéc. p.79.

⁵⁴³ V. BERNAUD, Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?, *Dr. social*, 2007, p. 174, spéc. p. 179 et 180. L'auteur fait référence aux décisions 98-401 DC et 96-383.

⁵⁴⁴ Décision 99-423, cité par V. BERNAUD, *Op. cit.*, spéc. p. 180.

⁵⁴⁵ J.-E. SCHOETTL, Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel, *PA*, 14 mai 2004, n° 97, p. 3.

⁵⁴⁶ B. MATHIEU, La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail. Observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *D*, 2003, chron. p. 638, spéc. p. 640 et 641. Cette répartition permet aussi de satisfaire, selon l'auteur, au principe de sécurité juridique.

⁵⁴⁷ B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 640.

législateur lorsque ce dernier fixe les mesures d'ordre public et le législateur peut aussi autoriser la conclusion d'accords dérogatoires⁵⁴⁸.

B. Les différentes formes de participation des partenaires sociaux au processus législatif

La typologie de l'association des partenaires sociaux au processus législatif naît de l'observation de la pratique⁵⁴⁹. Pour faciliter sa présentation, il convient de distinguer la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi (a), de leur collaboration à la mise en œuvre de la loi⁵⁵⁰ (b).

a) La participation informelle des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi

164. La participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi est une pratique désignée « loi négociée »⁵⁵¹, « le sens de la loi procède (...) des accords qui accompagnent son élaboration, et la distinction s'estompe entre négociation (*i.e.* transaction entre intérêts particuliers) et délibération (*i.e.* recherche de l'intérêt général) »⁵⁵². La loi négociée connaît deux variantes⁵⁵³.

165. Les partenaires sociaux peuvent avoir l'initiative de la loi qui reprend en tout ou partie l'accord. Dans cette hypothèse, « les partenaires sociaux se voient déléguer en fait le

⁵⁴⁸ Le législateur peut toujours exercer les pouvoirs qu'il tient de la Constitution ; cette répartition des rôles de la loi et de la convention est une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, confirmée plus récemment par la décision n° 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, J.-E. SCHOETTL, *Op. cit.*, p. 3.

⁵⁴⁹ Selon A. SUPLOT : « L'association de la négociation collective à l'œuvre du Législateur est entrée imperceptiblement dans nos mœurs, il n'est donc pas inutile de commencer par esquisser une typologie des formes qu'elle a prises », « La contractualisation des relations de travail en droit français », *in La contractualisation du droit social*, Comptasec, Bordeaux, 2003, p. 23, spéc. p. 30.

⁵⁵⁰ A. SUPLOT, *Ibidem*.

⁵⁵¹ Ph. LANGLOIS et J.-M. VERDIER, Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif, *D*, 1972, 39^{ème} cahier, chr. XXXIV, p. 253, spéc. p. 254.

⁵⁵² A. SUPLOT, *Op. cit.*, spéc. p. 30. Mme DAUXERRE définit la loi négociée de façon plus étendue, comme « l'élaboration de lois préparées par un accord collectif, mais aussi plus largement, les lois qui dans leur mise en œuvre, subissent une négociation par les partenaires sociaux. La loi est, dans ces circonstances, négociée en amont lors de son élaboration et en aval lors de son application. Dans la première hypothèse, la négociation préexiste à la loi. Cette dernière interviendra alors pour reprendre l'accord qui en sera né. Dans la seconde hypothèse, la loi préexiste à la négociation intervenant pour la mettre en cause » (N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans l'élaboration de la norme sociale*, Préf. Bernard TEYSSIÉ, PUAM, 2005, spéc. n° 229. L'auteur donne des exemples de ce phénomène au n° 230). Nous retenons la définition plus restrictive que donne A. SUPLOT. Notre position concernant la terminologie est différente de celle de N. DAUXERRE, mais nous relevons les mêmes types de participation des partenaires sociaux au processus législatif.

⁵⁵³ A. SUPLOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. social*, 2003, p. 59, spéc. p. 62.

pouvoir d'initiative que la Constitution (article 39) réserve en droit au Premier ministre et aux parlementaires »⁵⁵⁴.

De fait, les partenaires sociaux sont les rédacteurs d'un texte qui se transforme en loi. Le législateur, de son propre chef, abandonne une partie de ses pouvoirs. « Le Parlement réduit au rang de chambre d'enregistrement... De ce glissement la pratique française n'est point avare ». « Encore ce glissement de la réalité du pouvoir législatif entre les mains des partenaires sociaux a-t-il des allures d'exception, fruit d'un rapport de forces toujours susceptible d'évolutions. De l'extraordinaire à l'ordinaire, le droit européen a ouvert la voie »⁵⁵⁵. Il est certain que de considérer le Parlement comme simple « chambre d'enregistrement des accords collectifs, conduit une nouvelle fois à s'interroger sur la légitimité des partenaires sociaux »⁵⁵⁶.

La convention ou l'accord collectif demeure une source d'inspiration informelle pour le législateur. Les partenaires sociaux ne disposent d'aucun pouvoir spécifique en vertu de la Constitution, le législateur peut reprendre, réaménager, modifier un accord. « Un tel réaménagement n'a, en son principe, rien de choquant, bien au contraire. (...) Le bloc de légalité étant ce qu'il est, la prise en compte, tel quel, d'un accord peut poser problème notamment la détermination de ce qui relève de la loi et de ce qui relève du règlement. Indépendamment de ces raisons techniques, on voit mal pourquoi le législateur, seul souverain, abdiquerait ses prérogatives et n'autoriserait pas à modifier l'accord s'il croit devoir le faire »⁵⁵⁷. Le Parlement conserve pleinement ses prérogatives, les partenaires sociaux ne sont que les pourvoyeurs d'idées du législateur.

Lorsque le législateur reprend le contenu d'un accord national interprofessionnel, la loi se transforme en un « super-arrêté d'extension des accords interprofessionnels »⁵⁵⁸. Mais, les partenaires sociaux doivent respecter ce qui relève de la compétence propre de la loi, comme la réglementation du droit de grève⁵⁵⁹. Si, en pratique, le législateur français reprend un certain nombre d'accords issus du dialogue social, cela ne remet pas en cause ses pouvoirs.

⁵⁵⁴ A. SUPIOT, La contractualisation des relations de travail en droit français, *Op. cit.*, spéc. p. 31.

⁵⁵⁵ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n°3 ; concernant la référence au droit communautaire, Cf. les règles d'élaboration du droit communautaire, n° 52 et suiv.

⁵⁵⁶ V. OGIER-BERNARD, Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives, *JCP éd. G*, 2004, n° 12, Doct. I 118, p. 493, spéc. n°18.

⁵⁵⁷ M. DESPAX, De l'accord à la loi, *Dr. social*, 1987, p. 184, spéc. p. 188.

⁵⁵⁸ J.-E. RAY, À propos de la subsidiarité horizontale, *Dr. social*, 1999, p. 461.

⁵⁵⁹ Soc. 7 juin 1995, Bull. civ. V, n° 180, commenté in J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMEAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, spéc. n° 191.

166. La seconde variante de la loi négociée est la loi expérimentale. La loi expérimentale permet en quelque sorte de déroger à la répartition constitutionnelle des compétences. Elle s'élabore en deux étapes. Le législateur par l'adoption d'une loi demande aux partenaires sociaux de négocier sur un thème. Après que les partenaires sociaux ont conclu un accord, le législateur intervient une seconde fois en s'inspirant des termes de l'accord⁵⁶⁰.

Voici quelques exemples : en 1982, pour introduire le droit d'expression ; en 1987, pour abolir l'autorisation administrative préalable des licenciements économiques ; en 1998 et 2000, concernant la réduction du temps de travail. Ce dernier exemple a permis de donner une certaine portée constitutionnelle à l'activité des partenaires sociaux (décision n° 99-923 DC du 13 janvier 2000). Il a été décidé que le législateur ne pouvait remettre en cause le contenu des accords conclus sous l'empire de la première loi sauf à invoquer un motif d'intérêt général suffisant, sinon le législateur porterait atteinte au principe de liberté (article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) et au principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail (Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 6).

Le fait, pour le législateur, de demander aux partenaires sociaux de créer une règle de droit qu'il pourra lui-même entériner, est révélateur de la recherche d'une autre forme de légitimité en plus de celle qui lui a été donnée par l'élection. A cet argument s'en ajoute un autre pour justifier les lois expérimentales : ces dernières permettent d'opérer une forme de test de pertinence des dispositions envisagées, une « volonté d'une évaluation *ex ante* des règles de droit »⁵⁶¹.

Le phénomène de la loi négociée conduit les partenaires sociaux à participer à l'élaboration de la loi. Leur action porte principalement sur le contenu de la loi, permettant ainsi au législateur de puiser son inspiration dans les textes émis par les partenaires sociaux. L'action des partenaires sociaux peut aussi se situer en aval du processus législatif.

b) La participation informelle des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la loi

167. Les partenaires sociaux peuvent aussi participer à la mise en œuvre de la loi, ce qui semble garantir une application effective de cette dernière⁵⁶². Cette possibilité recouvre deux hypothèses.

⁵⁶⁰ A. SUPIOT, La contractualisation des relations de travail en droit français, *Op. cit.*, spéc. p. 31.

⁵⁶¹ 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, *Op. cit.*, spéc. p. 153.

⁵⁶² Ph. LANGLOIS et J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 256.

Il peut s'agir, en premier lieu, pour les partenaires sociaux d'exercer les fonctions réglementaires. Les partenaires sociaux sont tenus par voie de conventions collectives de déterminer les mesures d'application d'une loi. Cette méthode est approuvée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-257 du 25 juillet 1989⁵⁶³.

Les partenaires sociaux peuvent, en deuxième lieu, mettre en œuvre des lois car la nature de ces dernières l'exige.

C'est le cas lorsque la loi est supplétive et qu'elle autorise l'existence d'accords dérogatoires. « La loi ne fixe plus alors un minimum intangible que la négociation ne pourrait aménager que dans un sens plus favorable aux travailleurs, mais devient une simple norme subsidiaire 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. Les négociateurs se trouvent ainsi investis d'une parcelle du pouvoir législatif, mais ils ne le sont que si et dans la mesure où le législateur l'a voulu. Cette possibilité de dérogation suppose en effet une habilitation législative expresse »⁵⁶⁴. Les partenaires sociaux sont libres d'appliquer la loi à leur guise dans les limites fixées par cette dernière. La loi est alors une norme subsidiaire⁵⁶⁵.

C'est également le cas lorsque la loi est dispositive, c'est-à-dire lorsqu'elle ne peut être mise en œuvre que par voie conventionnelle. Dans cette hypothèse, la loi ne fixe pas de normes subsidiaires⁵⁶⁶.

168. L'intervention des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de la loi vient renforcer l'action législative. Cette conception française des rapports entre la loi et le contrat, en matière sociale, n'est pas sans poser de difficultés car aucune réglementation particulière ne pose de principes les régissant précisément⁵⁶⁷. La Constitution reste muette sur le rôle à

⁵⁶³ Pour A. SUPLOT, cette méthode « a reçu en droit communautaire une consécration particulièrement éclatante avec la possibilité ouverte par le traité CE de transposer les directives par voie de conventions collectives (art. 137 §. 4 et 139 §. 2) », *La contractualisation des relations de travail en droit français*, *Op. cit.*, spéc. p. 35.

⁵⁶⁴ A. SUPLOT, *Op. cit.*, spéc. p. 33.

⁵⁶⁵ A. SUPLOT, *Ibidem* ; l'auteur fait remarquer que faire de la loi une norme subsidiaire est un mécanisme accueilli par le droit communautaire, l'auteur cite comme exemple la directive européenne n° 94/45/CE qui impose la constitution, dans les entreprises entrant dans le champ d'application de la directive, de groupes spéciaux de négociation chargés de définir le contenu concret de cette obligation. Elle ne prévoit de système de consultation que subsidiairement, pour pallier l'hypothèse d'un échec de cette négociation.

⁵⁶⁶ A. SUPLOT, *Ibidem*.

⁵⁶⁷ Cette pratique de la mise en œuvre de la loi par les conventions collectives devrait être encouragée ce qui contribuerait à l'élaboration d'un droit du travail de qualité, J. BARTHELEMY, G. CETTE, Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel, *Dr. social*, 2006, p. 24, spéc. p. 29 et suiv.

attribuer à la convention collective et les décisions du Conseil constitutionnel ne se sont prononcées que sur quelques points sporadiques.

Pourtant, les rapports entre la loi et les conventions collectives ont toujours existé de fait. La comparaison employée par DESPAX en est l'illustration saisissante : « la convention collective du travail a longtemps joué un rôle de servante de la loi, cantonnée de fait, dans des tâches ancillaires : améliorer la loi du travail – qui ne représente dans la conception classique qu'un minimum légal garanti –, combler ses lacunes lorsque cela est nécessaire... Mais rien de plus... Ô surprise il n'y a pas que dans le théâtre de boulevard qu'une servante ... devienne maîtresse...et maîtresse exigeante. Ainsi, en est-il aujourd'hui, sur la scène juridique, des complexes rapports, peu conformes à la théorie classique de la hiérarchie des sources du droit, qui s'établissent entre la convention collective et la loi. Celle-ci est l'expression de la volonté générale...Le demeure-t-elle lorsque – négociée – elle est le fruit d'un compromis du petit matin entre les représentants d'organisations syndicales, fussent-elles représentatives ? »⁵⁶⁸.

Après avoir établi la typologie de l'intervention des partenaires sociaux français dans le processus législatif, il faut en analyser les conséquences. Autrement dit, il est nécessaire d'envisager les évolutions que doivent connaître les rapports entre la loi et la convention.

§ II - L'aménagement nécessaire des rôles de la loi et de la convention

169. La situation française concernant l'élaboration de la loi est diverse. Les partenaires sociaux interviennent de façon informelle, ce qui montre à la fois une certaine participation dans la rédaction de la loi et une place centrale du législateur comme source du droit du travail. Cette répartition des rôles semble très ancrée dans la culture juridique française.

170. La place prédominante de la loi s'explique en partie par une raison d'ordre sociologique : l'attachement du personnel politique à la loi⁵⁶⁹. Certains attribuent ce fait, certes à des raisons tenant aux institutions de notre pays, mais surtout à certains de nos dirigeants politiques qui ont la volonté d'attacher leur nom à l'adoption d'une « grande loi », d'imprimer

⁵⁶⁸ M. DESPAX, *Op. cit.*, p. 184.

⁵⁶⁹ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *La démocratie sociale en danger. Laissons vivre les partenaires sociaux !*, Editions Liaisons, 2001, spéc. p. 11.

leur marque sur les relations sociales de notre pays⁵⁷⁰. La volonté affichée des pouvoirs publics de faire participer les partenaires sociaux se révèle être faussée. La convocation par les pouvoirs publics de ces derniers n'est qu'un faux-semblant, les partenaires sociaux ne sont en réalité convoqués que pour entériner des mesures déjà arrêtées. Cette façon de faire tranche avec les pactes sociaux tripartites conclus dans différents pays européens⁵⁷¹.

171. Quelques exemples étrangers des relations que peuvent entretenir la loi et la convention méritent d'être cités. Le droit britannique consacre une forte autonomie au niveau des entreprises et il n'y pas beaucoup d'accords interprofessionnels ou de branche octroyant un socle commun de droit⁵⁷². Le modèle danois laisse la voie libre à la négociation depuis une loi de 1899 : le nombre de lois sociales est très faible et il n'y a pas d'encadrement législatif des accords collectifs, ni de lois sur la durée du travail et le salaire minimum⁵⁷³. L'Allemagne garantit l'autonomie normative des partenaires sociaux, même si la loi fixe un socle minimal⁵⁷⁴. « Aux Pays-Bas, les relations sociales sont, dans une très large mesure, déterminées par l'autodiscipline des partenaires sociaux. Ceux-ci se rencontrent très fréquemment dans des instances nationales de concertation. La négociation collective est régie par une loi de 1927, qui n'impose guère de contraintes aux partenaires sociaux. Si, en règle générale, la loi détermine des normes minimales, susceptibles d'être améliorées par les accords collectifs, il n'existe aucune délimitation entre le champ de la loi et du règlement et celui des accords collectifs ». Il existe des accords-cadres qui permettent la négociation à un niveau inférieur de mesures plus détaillées et des accords « standards » qui définissent tous les droits et devoirs des employeurs et des salariés⁵⁷⁵.

Ces pays connaissent des formes différentes d'association des partenaires sociaux assez éloignées de notre modèle de « loi négociée ».

Le droit portugais connaît le phénomène de la loi négociée⁵⁷⁶, mais ses modalités diffèrent du droit français. Tout accord de concertation sociale (associant le Gouvernement, les confédérations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs) exige d'être traduit en une disposition légale ; de plus, toute loi portant sur le droit du travail doit être soumise à

⁵⁷⁰ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Ibidem*.

⁵⁷¹ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 8.

⁵⁷² J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁷³ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁷⁴ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Ibidem*.

⁵⁷⁵ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁷⁶ 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, *Op. cit.*, spéc. p. 153.

l'examen, pour avis, des associations syndicales et des comités d'entreprise, sauf à être jugée inconstitutionnelle⁵⁷⁷.

Ce rapide tour d'horizon de différents droits européens, indépendamment des différentes formes que revêt la participation des partenaires sociaux, permet de faire le constat que les partenaires sociaux ne sont pas exclus du processus législatif.

172. La participation des partenaires sociaux est à mettre en parallèle avec les évolutions de la loi elle-même. La loi sous sa forme traditionnelle est en déclin et perd ses qualités intrinsèques⁵⁷⁸. Plusieurs signes peuvent être relevés : trop de loi, avec un contenu très important en volume⁵⁷⁹; loi « jetable » qui engendre un droit par nature réversible et instable⁵⁸⁰; loi « illisible »⁵⁸¹, faiblement parlementaire en raison du rôle joué par le Gouvernement⁵⁸²; absence de normativité de la loi et rôle croissant du juge pour pallier ses déficits⁵⁸³; concurrence des organismes professionnels. Le Conseil d'État, dans son Rapport public de 2006, ajoute, par ailleurs, « le caractère foisonnant du droit communautaire »⁵⁸⁴ qui

⁵⁷⁷ Cette évolution ne se borne pas au droit du travail. Ainsi, en matière de bioéthique, les comités d'éthique sont, de fait, conduits à préparer, en marge du droit, des évolutions susceptibles de s'inscrire par la suite dans la loi (B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 153). Concernant la comparaison avec d'autres matières que le droit du travail, il faut remarquer que les comités n'ont pas la capacité juridique d'édicter des normes réglementaires du même ordre que la convention collective.

⁵⁷⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 108 à p. 110.

⁵⁷⁹ B. MATHIEU, *La loi*, coll. « Connaissance du droit », 2^{ème} édition, Dalloz, 2004, spéc. p. 79 et 80. Le Conseil d'État signale qu'aux 9000 lois et 12000 décrets recensés en 2000 sont venus s'ajouter en moyenne, 70 lois, 50 ordonnances, et 1500 décrets par an. De plus, le Conseil d'État mentionne l'instabilité des Codes puisqu'en moyenne plus de 10 % des articles d'un code changent chaque année. (Conseil d'État, Rapport Public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit (rendu public le 15 mars 2006). http://www.conseil-État.fr/ce/rapport/pdf/dos_pres_2006.pdf)

Voir également, *La loi, Pouvoirs*, n° 114, 2005.

⁵⁸⁰ B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 81.

⁵⁸¹ B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 82.

⁵⁸² B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 87.

⁵⁸³ B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 97 : « L'absence de normativité de la loi est un vice encore plus grave que celui qui tient de son excès de technicité. De manière particulièrement percutante le Conseil d'État a souligné (rapport public de 1991) que quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite. Plus généralement, dans un environnement marqué par la mondialisation des logiques économiques et les défis de la science et de ses applications technologiques, l'idée selon laquelle la loi, porteuse des valeurs d'une société et des choix opérés démocratiquement, pourrait s'imposer, d'elle-même, est largement illusoire. Ce débat renvoie également à la promotion du juge dans l'ordre juridique contemporain. En effet, les insuffisances de la loi, la multiplicité des normes, juridiques ou a-juridiques conduisent les juges à créer, en quelque sorte, le droit, indépendamment des bavardages, des transparences ou des insuffisances de la loi ».

⁵⁸⁴ Conseil d'État, Rapport Public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit (rendu public le 15 mars 2006). http://www.conseil-État.fr/ce/rapport/pdf/dos_pres_2006.pdf

B. MATHIEU, *Op. cit.*, spéc. p. 99. Les auteurs du précis Dalloz *Droit du travail* (23^{ème} édition, 2006) J. PÉLISSIER, A. SUPOT, A. JEAMMAUD, notent que le pluralisme juridique, se manifeste par « l'insertion de la France dans des constellations internationales et (...) une valorisation du rôle des organisations professionnelles », ce qui accentue le déclin de la loi (n° 48).

participe du déclin de la loi. Ce déclin s'explique en partie par l'inadaptation de la loi du fait de la complexité de la société.

173. Pour l'endiguer, la loi cherche à emprunter d'autres logiques. En droit social, la loi tente, depuis longtemps, de conforter sa légitimité en s'appuyant, en amont ou en aval, sur les conventions collectives⁵⁸⁵. « La démocratie non parlementaire qui se cherche au travers de l'évolution de la convention collective, conduit ainsi à des techniques d'habilitation de contractants légitimes aptes à concourir à l'élaboration contractuelle des lois »⁵⁸⁶.

La loi, comme pour compenser la participation des partenaires sociaux à son élaboration, impose à ces derniers des obligations de négocier. Cette obligation existe aussi en droit communautaire, lorsqu'il s'agit de mettre en place un comité d'entreprise européen, ou un comité de société anonyme européenne. « Les parties à la négociation ne sont plus de libres contractants, maîtres de l'objet de leur contrat, mais deviennent les agents de mise en œuvre de politique d'intérêt général (politiques de formation professionnelles, d'égalité entre hommes et femmes, de l'emploi, etc...), les instruments obligés de réalisation d'objectifs qu'ils doivent faire leurs alors qu'ils ont été définis en dehors d'eux »⁵⁸⁷.

La convention collective ne cesse d'occuper une place grandissante dans l'élaboration de notre droit, depuis maintenant plus de trente ans. DESPAX qualifiait cette évolution de la négociation collective comme une « irrésistible ascension de la négociation collective et à travers elle du droit conventionnel du travail par rapport au droit légal du travail »⁵⁸⁸.

174. Il se produit un phénomène, celui de la « socialisation du contrat » : le droit volontaire précède le droit imposé⁵⁸⁹. Le droit du travail français est la preuve de cette évolution des sources. De façon plus générale, le droit du travail peut être considéré comme le laboratoire du changement. « Apparaissent en filigrane les traits d'une évolution vers un « droit négocié » dans lequel la règle, élaborée en concertation avec ses destinataires, commande finalement

⁵⁸⁵ En 1987, DESPAX notait, déjà, dans un article fameux (*Op. cit.*, spéc. p. 185) : le pouvoir législatif est « empreint d'une majesté souvent déphasée par rapport à l'évolution de la société moderne, on conçoit que le législateur ouvre fréquemment le commode parapluie du droit conventionnel et recherche par avance l'apaisement social dans la voie de la concertation ». La loi est « humble » dans la mesure où elle recherche ailleurs sa propre légitimité.

⁵⁸⁶ A. SUPLOT, La contractualisation des relations de travail en droit français, *Op. cit.*, spéc. p. 50.

⁵⁸⁷ A. SUPLOT, *Op. cit.*, spéc. p. 51.

⁵⁸⁸ M. DESPAX, *Op. cit.*, p. 184.

⁵⁸⁹ F. TERRÉ, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, coll. « droit, éthique, société », PUF, 1998, p. 15 ; il cite J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 8^{ème} édition, LGDJ, 1995, p. 307 et suiv.

moins qu'elle ne concilie – ou cherche à le faire... »⁵⁹⁰. Le « droit négocié » est « le fruit d'une délibération collective »⁵⁹¹. L'émergence d'un droit négocié peut s'expliquer par la complexification du droit due au pluralisme des sources et à la place de la négociation⁵⁹². La force de la règle « dépend désormais du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration »⁵⁹³.

La place grandissante de la négociation dans le processus législatif illustre l'évolution des sources du droit du travail. Ce qui les caractérise, ce sont les « contestations, ébranlements, séismes (...) ; au point qu'un véritable dysfonctionnement du système juridique menace »⁵⁹⁴. Pour éviter un tel dysfonctionnement, il est apparu nécessaire de prendre acte de cette évolution et de redéfinir de façon claire la place que les partenaires sociaux doivent occuper dans la procédure législative. Il s'est agi de parvenir à des réformes efficaces et légitimes⁵⁹⁵ et, ainsi, trouver le bon équilibre entre les partenaires sociaux et la loi, dans la création de la norme⁵⁹⁶.

Les solutions proposées étaient multiples, avec comme point commun, d'associer formellement les partenaires sociaux à l'élaboration législative.

⁵⁹⁰ P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.*, 2001, p. 749, spéc. n°15.

⁵⁹¹ J. CHEVALLIER, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, *RD publ.*, 1998, 659 et spéc. p. 675.

⁵⁹² J. CHEVALLIER, *Ibidem*.

⁵⁹³ J. CHEVALLIER, « À une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une légitimité procédurale, attestée par ses modes d'élaboration. On voit ainsi se développer une « direction juridique autonome des conduites », par laquelle les assujettis sont invités à participer à la définition des normes auxquelles ils sont soumis : le droit tendrait à devenir « une sorte de technique de cogestion des conduites », produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés ; aussi, les procédures d'élaboration des normes deviennent-elles longues et complexes, afin d'ajuster et d'harmoniser progressivement les points de vue des uns et des autres », *Ibidem*.

⁵⁹⁴ G. LYON-CAEN, L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces), *Dr. social*, 2001, p. 1031.

⁵⁹⁵ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 9 : « L'échec patent de réformes récentes, conduites « à la hussarde », devrait servir de leçon : la société ne se réforme pas par décret. Ensuite, parce que là où une plus grande cohésion sociale permettrait vraisemblablement d'atténuer les appréhensions des français vis-à-vis de la mondialisation, notre carence de dialogue social favorise au contraire le développement de forces centripètes : un patronat de plus en plus séduit par les sirènes du libéralisme, et l'émergence au sein du syndicalisme français d'un pôle radical et contestataire ».

⁵⁹⁶ J.-E. RAY, Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?, *Op. cit.*, spéc. p. 578.

Section II ... À la reconnaissance textuelle de leur rôle de rédacteurs de la loi

175. La reconnaissance formelle de l'association des partenaires sociaux à la loi devait avoir lieu. Le fait que le droit français soit subordonné au droit communautaire a influé sur cette reconnaissance.

Tout d'abord, l'influence du droit communautaire (depuis l'incorporation de l'Accord sur la politique sociale, intégré dans les protocoles accompagnant le traité de Maastricht du 7 février 1992), s'agissant de la participation des partenaires sociaux nationaux à la loi, résulte de la transposition possible de directives en droit interne par la voie conventionnelle, sans passer par la voie législative (§ I).

Ensuite, l'introduction, par la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁵⁹⁷, de dispositions définissant la consultation des partenaires sociaux dans le processus législatif français, nous amène à constater que les évolutions introduites ne sont pas suffisantes. Ainsi, il apparaît nécessaire de s'interroger sur de possibles améliorations du dialogue social associé à la loi, à l'aune de la procédure législative communautaire (§ II).

§ I - La mise en œuvre des directives par voie conventionnelle : les partenaires sociaux substitués du législateur

176. Il s'agit d'une possibilité offerte par le traité CE, à son article 137, point 3 : « *Un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2* »⁵⁹⁸.

La volonté d'intégrer les partenaires sociaux dans le processus de transposition apparaît dans le préambule ainsi que dans l'article 27 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, adoptée les 8 et 9 décembre 1989. Les conventions collectives peuvent, en effet, mettre en œuvre les droits fondamentaux.

Les institutions communautaires, avant que cela soit institutionnalisé à l'article 137 du traité CE lors de la conclusion du traité d'Amsterdam, ont intégré la possibilité offerte aux partenaires sociaux de mettre en œuvre par voie de convention collective nationale des

⁵⁹⁷ L. n° 2007-130 de modernisation du dialogue social, JO 1^{er} février 2007, p. 1944.

⁵⁹⁸ Les dispositions de l'article 137 du traité CE ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni aux droits d'association, ni à la grève et au lock-out, (B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 56). La possibilité pour les partenaires sociaux nationaux de transposer une directive était antérieurement inscrite dans l'accord annexé au Protocole sur la politique sociale du 7 février 1992 à l'article 2 § 4.

directives. Ainsi, par exemple, on peut citer : la directive 91/533 du 14 octobre 1991 (article 19) et la directive 93/104 du 23 novembre 1993 (article 18)⁵⁹⁹.

La mise en œuvre des directives par des conventions collectives est surveillée par l'État membre qui doit s'assurer de la correcte transposition, ce que lui impose le deuxième alinéa, du point 3 de l'article 137 du traité CE. Cette obligation de l'État membre a été confirmée dans plusieurs arrêts de la CJCE⁶⁰⁰.

Il est nécessaire, en premier lieu, de présenter les modalités de mise en œuvre par voie conventionnelle d'une directive communautaire (A). Ce qui doit nous conduire, en second lieu, à examiner la conformité du droit français avec une telle possibilité. De nombreuses incertitudes juridiques demeurent (B).

A. Les modalités de mise en œuvre des directives par voie conventionnelle

La volonté de mettre en œuvre une directive par voie conventionnelle doit être clairement affirmée par les partenaires sociaux (a), en respectant certaines modalités (b). L'acte de mise en œuvre est un accord collectif français (c).

a) La détermination des acteurs de la mise en œuvre

177. L'article 137 point 3 du traité CE prévoit que la demande des partenaires sociaux de mettre en œuvre la procédure de transposition conventionnelle doit être conjointe. Il s'agit d'organisations professionnelles salariales et patronales nationales (même si le traité ne précise pas expressément le caractère national des organisations professionnelles).

La détermination des organisations nationales dépend du droit interne de chaque État membre. En effet, les États dans lesquels la représentativité est exigée pour conclure un accord⁶⁰¹ accepteront uniquement la demande conjointe de partenaires sociaux représentatifs dans le champ d'application de la directive en cause. Le droit français exige que les

⁵⁹⁹ Exemples cités par A. LYON-CAEN, *Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire*, *Dr. social*, 1997, p. 68, spéc. n° 2.

⁶⁰⁰ Arrêts cités par A. LYON-CAEN, *Op. cit.*, p. 68, spéc. n° 3 : CJCE 30 janvier 1985, *Commission/Danemark*, 143/83 : Rec. 1985, p. 427 ; 10 juillet 1986 *Commission/Italie*, 235/84 : Rec. 1986, p. 2291 ; 25 octobre 1988, 312/86, Rec. 1988, p. 6315. Concernant les arrêts de 1985 et 1986, voir aussi les commentaires de G. LYON-CAEN, *Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable*, *Dr. social*, 1994, p. 923, spéc. p. 925 : sur les arrêts de la CJCE du 8 juin 1994, aff. 392/92 et 383/92 qui insiste sur le fait que, même si les conventions reprennent les exigences posées par la directive, l'État doit garantir que ces conventions s'appliquent à toutes les personnes visées par la directive.

⁶⁰¹ Cette exigence est requise en France, elle est énoncée à l'article L. 132-2 du Code du travail (article L. 2231-1 du Nouveau Code du travail).

partenaires sociaux soient représentatifs pour conclure valablement un accord collectif. Il en résulte que seules les organisations représentatives peuvent être habilitées à former la demande de mise en œuvre de directives par voie conventionnelle. Au regard de la culture syndicale française, ce sont principalement les syndicats salariés reconnus représentatifs de manière irréfragable au niveau national, par l'arrêté de mars 1966, ainsi que le MEDEF du côté patronal qui peuvent présenter cette demande.

Il n'est cependant pas exclu que, concernant des directives ayant pour objet un secteur professionnel particulier, des organisations représentatives dans la branche au niveau national fassent la demande de mise en œuvre⁶⁰².

b) Les modalités de la demande de transposition de directives par voie conventionnelle

178. L'article 137, point 3 du traité CE, exige que la demande de transposition par voie conventionnelle soit formulée de façon conjointe par les partenaires sociaux nationaux : d'un côté, une organisation syndicale de salariés et, de l'autre, une organisation patronale. Aucune exigence formelle particulière⁶⁰³ n'est requise. Cependant, la nécessité d'une demande émanant à la fois d'organisations patronales et salariales ne conduit pas à affirmer que l'ensemble des organisations représentatives doit formuler une demande unanime, cela dépend des règles du droit national⁶⁰⁴.

En droit français, il faut tenir compte de l'introduction de la règle de la majorité dans la conclusion d'accord collectif par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, sur le dialogue social et la formation professionnelle.

Concernant les accords interprofessionnels, l'article L. 132-2-2, I du Code du travail instaure l'expression d'une majorité dite d'opposition⁶⁰⁵, alors que concernant les accords de branche, l'article L. 132-2-2, II⁶⁰⁶ énonce, en plus, la possibilité pour les partenaires sociaux de prévoir une majorité dite d'engagement.

⁶⁰² Le mécanisme de reconnaissance de la représentativité serait identique à celui prévu par la loi française à l'article L. 133-1 et L. 133-8 du Code du travail concernant l'extension de convention de branche (articles L. 2261-19 et suivants du Nouveau Code du travail).

⁶⁰³ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 55.

⁶⁰⁴ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 55.

⁶⁰⁵ Article L. 132-2-2, I Code du travail : « *La validité d'un accord 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. L'opposition est exprimée dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de cet accord* ». (Article 2232-2 du Nouveau Code du travail).

⁶⁰⁶ Article L. 132-2-2, II Code du travail : « *Lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel étendu, conclu conformément aux dispositions du I, le prévoit, la validité des conventions ou accords conclus dans le même champ d'application professionnel est subordonnée à leur signature par une ou des organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche* ».

Dans la mesure où une majorité est exigée pour conclure un accord collectif (que cette majorité soit d'opposition ou d'engagement), la logique juridique veut qu'une telle majorité soit exigée pour que la demande des partenaires sociaux de transposer une directive soit recevable auprès de l'État.

Les partenaires sociaux, dès que l'État a accédé à leur demande, doivent mener les négociations qui conduiront à la transposition de la directive. Les partenaires sociaux, lors du déroulement de la négociation, doivent respecter le principe de loyauté⁶⁰⁷. L'État devra également veiller à ce que le contenu de la convention opérant une transposition vise tous les sujets de droits concernés par la directive. Concernant les directives sectorielles, l'État peut utiliser le mécanisme de l'extension⁶⁰⁸ (voire de l'élargissement⁶⁰⁹) pour garantir une application à l'ensemble des personnes visées par la directive.

179. Puisque l'État membre est responsable de la transposition, dans l'hypothèse où les partenaires sociaux ne transposent pas la directive dans son intégralité, l'État doit adopter une loi ou un règlement opérant une transposition partielle de la directive⁶¹⁰. De même, est concevable le fait pour un État d'accepter une transposition conventionnelle partielle de directive et d'assurer l'autre partie de la transposition. L'hypothèse d'une transposition fractionnée de la directive pourrait être admise dans la mesure où les traités ne semblent pas l'interdire.

c) Le contenu des accords conclus

180. Le contenu d'un accord de transposition correspond au minimum au contenu de la directive. Par application du principe de protection nationale renforcée, les partenaires sociaux

La convention ou l'accord mentionné à l'alinéa précédent définit la règle selon laquelle cette majorité est appréciée en retenant les résultats :

a) Soit d'une consultation des salariés concernés, organisée périodiquement, en vue de mesurer la représentativité des organisations syndicales de salariés de la branche ;

b) Soit des dernières élections aux comités d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel.

La consultation prévue au a), à laquelle participent les salariés satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 433-4 ou L. 423-7, doit respecter les principes généraux du droit électoral. Ses modalités et sa périodicité sont fixées par la convention de branche ou l'accord professionnel étendu mentionné au premier alinéa du présent II. Les contestations relatives à cette consultation relèvent du tribunal de grande instance.

Dans les cas prévus au b), la convention de branche ou l'accord professionnel étendu fixe le mode de décompte des résultats des élections professionnelles.

À défaut de la conclusion de la convention ou de l'accord étendu prévu au premier alinéa du présent II, la validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est soumise aux conditions prévues au I ». (articles L. 2232-6 et 2232-7 du Nouveau Code du travail).

⁶⁰⁷ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 57.

⁶⁰⁸ Article L. 133-1 Code du travail (article L. 2261-19 du Nouveau Code du travail).

⁶⁰⁹ Article L. 133-12 Code du travail (article L. 2261-17 du Nouveau Code du travail).

⁶¹⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Litec, 2006, 3^{ème} édition, spéc. n° 58.

peuvent conclure un accord au contenu plus favorable que celui de la directive⁶¹¹, si cette dernière l'y autorise.

Dans les mêmes conditions, l'accord négocié au niveau interne peut être un accord de type dérogatoire. « Les partenaires sociaux nationaux pourraient ainsi remettre en cause les planchers minimaux de protection établis par les législations nationales »⁶¹². C'est envisageable à la lueur des récentes interprétations de la jurisprudence communautaire concernant la clause de non régression⁶¹³.

La mise en œuvre des directives par voie conventionnelle est floue. Il convient d'en souligner les insuffisances.

B. Les insuffisances juridiques d'une transposition par voie conventionnelle

181. Même si, dans les faits, la procédure de transposition de directives par voie conventionnelle n'a jamais été mise en œuvre en France, cela ne nous interdit pas de mettre au jour les difficultés techniques et juridiques que pose cette procédure.

Un certain nombre de faiblesses, dans la possibilité accordée aux partenaires sociaux de transposer une directive, peuvent être relevées : la place de la convention dans l'ordre étatique, l'intensité des effets attachés aux conventions collectives, l'extension des effets attachés aux conventions collectives, la durée d'efficacité et l'information des travailleurs sur la convention régissant leur situation de travail⁶¹⁴. Pour que la voie conventionnelle de mise en œuvre d'une directive soit moins incertaine, il conviendrait de corriger ces insuffisances.

182. Le manque d'information des salariés pourrait être corrigée par l'application de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, codifiée à l'article L. 135-7⁶¹⁵ et R. 135-1 du Code du travail. Cet

⁶¹¹ N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit du travail français*, PUAM, 2000, spéc. p. 431. Il est important de noter que « les exigences de la mise en œuvre de celles-ci imposent un examen analytique du respect des prescriptions communautaires par les accords et les conventions collectives. La globalité de la négociation n'est pas prise en compte. La solution pourrait être pour les institutions communautaires de s'en tenir à des directives fixant des objectifs généraux, dont les autorités nationales devraient assurer la pleine effectivité. Les partenaires sociaux nationaux seraient plus libres de négocier une solution qui peut être considérée globalement comme plus favorable que les prescriptions minimales d'une directive » (spéc. p. 431).

⁶¹² N. MOIZARD, *Ibidem*.

⁶¹³ Cf. Chapitre précédent n° 127, CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm.

⁶¹⁴ A. LYON-CAEN, *Op. cit.*, spéc. n° 9 et suiv.

⁶¹⁵ Article L. 2262-5 du Nouveau Code du travail. Ce nouvel article renvoie à des dispositions réglementaires qui, dans l'ancienne codification, étaient des modalités minimales d'information prévues par la loi en cas

article prévoit, en effet, (excepté si un accord de branche en dispose autrement) qu'est remise au salarié par l'employeur lors de l'embauche « une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement » et qu'est affichée la possibilité de consulter sur le lieu de travail un exemplaire à jour de la convention applicable. L'information relative au tissu conventionnel applicable peut être donnée à chaque salarié. Cette mesure permettrait de remplir l'exigence d'information des salariés concernant les conventions collectives faisant acte de transposition de directives.

183. Pour donner une place importante à la transposition de directives par voie conventionnelle, il conviendrait de privilégier dans l'ordre juridique interne la convention collective par rapport à la loi. L'idée pourrait être d'accorder une valeur supplétive aux lois transposant du droit communautaire, celles-ci ne s'appliquant par définition qu'à défaut de conventions collectives⁶¹⁶. La transposition de directive par voie conventionnelle serait ainsi mise en avant, par rapport à la transposition légale.

184. Une autre difficulté peut intervenir à l'occasion d'une transposition de directive par voie de convention collective. Que se passerait-il, en effet, si une convention collective transposant une directive était contraire à une loi ?⁶¹⁷ Cette loi ne devrait pas recevoir application en vertu du droit communautaire. La hiérarchie des normes, qui dans son acception classique voudrait que la loi nationale soit supérieure à la convention, ne pourrait donc pas s'appliquer. Une loi reste soumise au droit communautaire dérivé. La loi contraire à la directive transposée serait écartée au profit de la convention collective, par le juge national au cours d'une procédure contentieuse, ou elle pourrait être abrogée par le Parlement français.

185. D'autres difficultés posées par la transposition de directives par voie conventionnelle sont apparues à la suite de l'adoption de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004. Ces difficultés concernent l'articulation des conventions collectives de droit interne de niveaux différents⁶¹⁸. Le champ d'application d'une convention peut être interprofessionnel, de branche⁶¹⁹ ou d'entreprise. Le traité CE ne précise pas quel niveau de négociation doit être retenu pour

d'absence de conventions collectives. La nouvelle codification change la qualité de la disposition de norme légale supplétive en norme réglementaire.

⁶¹⁶ A. LYON-CAEN, *Op. cit.*, spéc. n° 16.

⁶¹⁷ Réserve émise par A. MAZEAUD, Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *Dr. social*, 2003, p. 361, spéc. note n° 3.

⁶¹⁸ Cf. *infra*, n° 257, à propos de l'articulation de l'accord collectif communautaire et des accords collectifs nationaux.

transposer une directive. Cette dernière devant recevoir une entière application en droit interne, le niveau interprofessionnel⁶²⁰ semble le plus approprié. Le niveau de la branche⁶²¹ serait requis dans l'hypothèse d'une transposition d'une directive dite sectorielle. Dans ce cas, le mécanisme juridique de l'extension en droit français permettrait de garantir l'application de la directive en droit interne.

L'existence de différents champs d'application suscite par conséquent des questions relatives à l'articulation des différents niveaux de négociation. La loi du 4 mai 2004 a modifié les règles de l'articulation entre les différents niveaux de négociation, tout en précisant, dans son article 45, 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* »⁶²².

L'articulation, entre le niveau de la branche ou professionnel ou interprofessionnel, est posée, par l'article L. 132-13 du Code du travail⁶²³, qui dispose : « *Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter de dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial plus large à la condition que les signataires de cette convention ou de cet accord aient expressément stipulé qu'il ne pourrait y être dérogé en tout ou partie.*

⁶¹⁹ Il est intéressant de rapporter les propos de M. MORVAN relatifs aux diversités sémantiques de notre langage juridique : « Certains usages déconcertent le néophyte. Ainsi, une convention collective applicable à une activité économique (chimie, métallurgie...) est dite de « branche » tandis qu'un accord collectif (traitant d'un sujet particulier, la convention ayant une vocation générale. C. trav., art. L. 132-1) doté du même champ d'application matériel est dit professionnel. De fait, un accord professionnel est un accord de branche et une convention de branche est une convention professionnelle », (« 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)*, Editions Panthéon-Assas 2004, p. 37, spéc. note de bas de page n° 1).

⁶²⁰ Article L. 132-2-2, I du Code du travail (article L. 2232-2 du Nouveau Code du travail).

⁶²¹ Article L. 132-2-2, II du Code du travail (articles L. 2232-6 et 2232-7 du Nouveau Code du travail).

⁶²² Selon B. TEYSSIÉ, cette mesure va paralyser l'activité conventionnelle dans la mesure où les accords inférieurs seront soumis aux accords de niveaux supérieurs antérieurs à la loi, il faudra attendre un accord de volonté des parties lorsqu'ils réviseront leur convention, ils devront négocier sur le niveau hiérarchique (B. TEYSSIÉ, Le maintien de la « valeur hiérarchique » des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004, *Sem. Soc. Lamy*, 28 juin 2004, n°1175, p. 6). Les termes de cet article 45 de la loi du 4 mai 2004 sont plutôt sibyllins, du moins « la notion de valeur hiérarchique est insaisissable », selon M.-A. SOURIAU (L'articulation des niveaux de négociation, *Dr. social*, 2004, p. 579, spéc. p. 588). P. MORVAN souligne aussi, (*Op. cit.*, spéc. n° 72) la maladresse de rédaction de cet article : « Il est patent que les signataires d'une convention collective ne lui « accordent » aucune valeur « hiérarchique ». D'une part, une norme n'acquiert d'autre rang hiérarchique que celui que la Constitution et l'ordonnancement juridique lui confèrent ; en particulier, une convention collective ne peut disposer de son propre caractère impératif (CA Paris, 24 sept. 2003, *RJS*, 12/03, n° 1419) ou supplétif. D'autre part, la loi du 4 mai 2004, ainsi que nous l'avons dit, n'affecte pas en principe la hiérarchie des normes : elle bouleverse les règles d'interprétation applicables aux conflits entre conventions collectives.

⁶²³ Article L. 2252-1 du Nouveau Code du travail.

S'il vient à être conclue 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 si une disposition de la convention ou de l'accord de niveau supérieur le prévoit expressément ».

Le principe de faveur⁶²⁴ n'est applicable dans les rapports entre les niveaux de la branche et interprofessionnel que si les accords, d'un champ d'application plus étendu, le prévoient expressément. Cette nouvelle règle conduit à éviter un concours de conventions⁶²⁵.

L'article L. 132-23 du Code du travail⁶²⁶ dispose que le niveau de l'entreprise peut déroger par principe à des dispositions conventionnelles couvrant un champ territorial ou matériel plus large, sauf en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du Code sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent Code et sauf dispositions conventionnelles contraires, couvrant un champ territorial ou matériel plus large.

La dérogation par une convention d'entreprise ou d'établissement à une convention de niveau supérieur, prévue à l'article L. 132-23 du Code du travail, est le « cœur de la loi »⁶²⁷ du 4 mai 2004. Cette dérogation « a concentré les critiques adressées à la réforme par ces détracteurs, suspecte à leurs yeux de préparer une « atomisation » ou une « mise en pièce » du Code du travail par le biais d'une négociation collective d'entreprise débridée. Outre qu'un tel pronostic repose sur une défiance arbitraire envers les partenaires sociaux, qui ne devraient pas s'empresse de réduire à néant les droits des salariés, le principe de dérogeabilité, proclamé par la loi, se heurte à des exceptions et à une redoutable règle transitoire »⁶²⁸.

La métaphore des « flaques d'eau »⁶²⁹ a été utilisée pour évoquer les conventions collectives de tous les niveaux. « Normes de rang hiérarchique égal, les conventions et accords collectifs de travail évoquent des flaques d'eau sur le sol éparses, répandues les unes à côté des autres. D'une envergure variable, selon l'étendue de leur champ d'application, elles sont généralement distinctes les unes des autres mais, parfois, se superposent et se confondent. Naît alors un conflit de normes concurrentes qu'une règle d'interprétation a vocation à

⁶²⁴ Ce principe fondamental du droit du travail signifie qu'en cas de conflit de normes, la norme la plus favorable s'applique aux salariés ; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 87.

⁶²⁵ M.-A. SOURIAU, *Op. cit.*, spéc. p. 583 ; P. RODIÈRE, La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social, *Sem. soc. Lamy*, n° 1148, 15 déc. 2003, p. 4.

⁶²⁶ Article L. 2253-3, alinéa 2 du Nouveau Code du travail.

⁶²⁷ P. MORVAN, *Op. cit.*, spéc. n° 60.

⁶²⁸ P. MORVAN, *Ibidem*.

⁶²⁹ P. MORVAN, *Op. cit.*

trancher (...). Cet arbitrage était l'apanage du « principe de faveur », auquel la loi du 4 mai 2004 a soustrait une part de son empire »⁶³⁰.

Ce sont désormais les partenaires sociaux qui sont amenés à organiser eux-mêmes l'articulation entre les différents niveaux de négociation. L'articulation des niveaux de négociation pourrait reposer sur un principe de suppléativité. « Les partenaires sociaux ont le choix : donner un caractère impératif ou supplétif à leur accord »⁶³¹. La loi du 4 mai 2004 « emporte une incontestable complexification du droit de la négociation collective »⁶³², mais ouvre aussi de plus grandes opportunités aux partenaires sociaux (grâce au choix d'articulation des différents niveaux de négociation, au choix dans la détermination des acteurs et au renforcement de la légitimité dans la conclusion des accords), à condition « que la volonté de leur donner vie existe réellement »⁶³³.

186. L'articulation entre les conventions de niveaux différents revêt une importance particulière, dans la mesure où des accords collectifs (interprofessionnels ou de branche) peuvent mettre en œuvre une directive communautaire. Il serait regrettable que des conventions, de champ d'application moins étendu, remettent en cause une telle transposition, au risque de voir l'État français condamné.

Concernant la mise en œuvre d'une directive européenne, les dispositions de la loi du 4 mai 2004 impliquent que les partenaires sociaux rédigent très correctement les accords interprofessionnels ou de branche selon le type de directive en cause. La technique contractuelle apparaît comme un outil indispensable au vu du rôle de la convention collective dans le processus de transposition d'une directive. Les partenaires sociaux vont être amenés à perfectionner cette technique, du fait de l'importance possible du contentieux en interprétation⁶³⁴. « L'art de la technique contractuelle doit (donc) permettre de mieux orchestrer les nouvelles règles d'articulation des niveaux de négociation »⁶³⁵.

L'accord ayant le champ d'application le plus large devrait veiller à ce qu'il ne puisse pas être dérogé aux dispositions de la directive, du moins celles qui sont impératives ; quant aux dispositions qui seraient éventuellement dispositives, l'accord devrait énoncer clairement les

⁶³⁰ P. MORVAN, *Op. cit.*, spéc. n° 46.

⁶³¹ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 334.

⁶³² B. TEYSSIÉ, « Sur le nouveau droit de la négociation collective », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, Editions Panthéon-Assas 2004, p. 7, spéc. n° 8.

⁶³³ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*.

⁶³⁴ P.-H. ANTONMATTÉI, Plaidoyer pour une promotion de la technique contractuelle en droit du travail, *Cahier de droit de l'entreprise* n° 3, Mai-juin 2005, p. 37, spéc. p. 38.

⁶³⁵ P.-H. ANTONMATTÉI, *Ibidem*.

possibilités d'adaptation offertes ; enfin, s'agissant des dispositions supplétives de la directive, elles ne suscitent pas de problèmes particuliers.

187. Si l'accord de branche ou interprofessionnel mettant en œuvre une directive ne prévoyait pas expressément l'interdiction de dérogation⁶³⁶, un accord d'entreprise pourrait alors être contraire à cet accord donc à la directive. L'intervention de l'État serait sans doute nécessaire pour contrecarrer de tels accords d'entreprise, que l'on considère que ces dérogations offertes aux conventions collectives d'entreprise fragilisent la loi à cause d'une « confrontation directe de l'accord d'entreprise et de la loi (...) plus fréquente »⁶³⁷, où que l'on juge qu'il faut faire confiance aux partenaires sociaux, ces derniers n'ayant pas pour objectifs de réduire à néants les droits des salariés⁶³⁸.

Afin de garantir ce contrôle étatique, il serait pertinent de s'appuyer sur les différents organes créés par et pour les partenaires sociaux, comme la Commission nationale de la négociation collective⁶³⁹. Cette dernière, au titre de l'article L. 136-4⁶⁴⁰ du Code du travail, pourrait créer un groupe de travail vérifiant la conformité du tissu conventionnel français au droit communautaire. Dans cette tâche, la Commission nationale de la négociation collective

⁶³⁶ Voici les thèmes offerts par la loi aux conventions et accords d'entreprise et d'établissement permettant de fixer les modalités d'application d'une norme légale ou d'y déroger (les articles énoncés sans autres précisions appartiennent au Code du travail) : période d'essai du contrat de travail temporaire (L. 124-4-1 ; article L. 1251-14 du Nouveau Code du travail), assimiler certaines activités à des missions de travail temporaire (L. 124-21-1 ; article L. 1251-57 du Nouveau Code du travail), déterminer les conditions de formation des membres du CHSCT dans les établissements de moins de 300 salariés (L. 236-10 ; article L. 4614-15 du Nouveau Code du travail). Voici les domaines où il est possible de déroger à des règles législatives d'ordre public : la réduction de l'indemnité de précarité d'un CDD (L. 122-3-4 ; article L. 1243-9 du Nouveau Code du travail), l'assouplissement des règles relatives aux périodes d'activité du travailleur à temps partiel (L. 212-4-4 ; article L. 3123-22 du Nouveau Code du travail), la fixation du taux de majoration qu'emporte l'exécution d'heures supplémentaires (L. 212-5 ; article L. 3121-22 du Nouveau Code du travail et C. rur. L.713-6), la détermination des périodes de référence pour le décompte des heures supplémentaires, les repos compensateurs dans les branches d'activité à caractère saisonnier (L. 212-5-2 ; article L. 3121-21 du Nouveau Code du travail), la modification du contingent libre d'heures supplémentaires (L. 212-6 ; article L. 3121-12 du Nouveau Code du travail ; C. rur. L. 713-11), l'augmentation de la durée quotidienne ou hebdomadaire du travail du travailleur de nuit (L. 213-3 ; article L. 3122-34 du Nouveau Code du travail), la diminution de la durée du repos quotidien (L. 220-1 ; article L. 3131-2 du Nouveau Code du travail ; C. rur. L. 714-5), la réduction de la durée du repos hebdomadaire attribué aux jeunes travailleurs (art. L. 221-4 ; article L. 3164-2 du Nouveau Code du travail ; C. rur. L. 714-2), la localisation du repos hebdomadaire dans les entreprises recourant à des équipes de suppléance (L. 221-5-1 ; article L. 3132-16 du Nouveau Code du travail ; C. rur. L. 714-3).

⁶³⁷ M.-A. SOURIAU, *Op. cit.*, spéc. p. 587.

⁶³⁸ P. MORVAN, *Op. cit.*, spéc. n° 60.

⁶³⁹ Article L. 136-1 et suivants du Code du travail (article L. 2272-1 du Nouveau Code du travail, la rédaction relativement à la composition de la commission nationale de la négociation collective est changée dans la nouvelle codification. De plus, à part les missions de la commission qui sont désormais prévues à l'article L. 2271-1, les anciennes dispositions législatives seront codifiées dans la partie réglementaire).

⁶⁴⁰ Non recodifié, *cf.* note précédente.

pourrait compter sur les informations transmises par les observatoires paritaires de la négociation collective⁶⁴¹.

De plus, le droit français pourrait envisager de créer des instances de négociations régulières au niveau de la branche, sur le modèle des comités sectoriels au niveau communautaire. Ces instances permettraient de contrôler la correcte transposition de directives et l'éventuelle nécessité d'engager une procédure d'extension.

188. Les partenaires sociaux, s'ils concluent une convention collective interprofessionnelle ou de branche qui transpose une directive, prennent la place du législateur. Cependant, cette transposition relève-t-elle véritablement de la fonction législative interne, dans la mesure où un acte de transposition n'est qu'un acte d'application du droit communautaire ? Il serait possible d'assimiler la fonction de transposition de directive plutôt à une fonction réglementaire.

Par analogie, la fonction de transposition par voie conventionnelle de directives pourrait être assimilée à ce qui existe en droit interne, lorsque la loi commande aux partenaires sociaux de prendre des mesures d'application⁶⁴². Cela amène à penser que, finalement, le droit communautaire n'octroierait pas de rôle nouveau aux partenaires sociaux, puisque la fonction réglementaire leur est déjà offerte par le droit français.

Le droit communautaire permet aux partenaires sociaux français d'occuper une fonction dévolue habituellement à la loi, lorsqu'ils transposent une directive. Le rôle du dialogue social dans la production législative interne n'est pas cantonné à la mise en œuvre de directive. Les partenaires sociaux peuvent par ailleurs être associés à la production législative interne. Cette association, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, pourrait être améliorée en s'inspirant de ce qui existe au niveau communautaire en matière de participation des partenaires sociaux européens au processus législatif.

§ II - Le renouveau du dialogue social français associé à la loi

189. Le renouveau du dialogue social français associé à la loi s'exprime de deux façons, toutes deux issues de l'analyse du droit communautaire. Ce renouveau implique la préparation

⁶⁴¹ Article L. 132-17-1 du Code du travail (article L. 2232-10 du Nouveau Code du travail).

⁶⁴² Cf. *supra* n° 167.

des partenaires sociaux aux réformes, par l'exercice d'un dialogue tripartite comme dans le cadre des politiques de l'emploi (A).

Par ailleurs, le rôle de rédacteur de la loi des partenaires sociaux au niveau communautaire a, semble-t-il, inspiré la réforme du rôle des partenaires sociaux français dans la production législative interne. Mais cette réforme ne peut constituer qu'un premier pas (B).

A. Le renouveau du dialogue social tripartite comme phase pré-législative

La participation des partenaires sociaux européens comme internes aux politiques de l'emploi est jugée nécessaire par la Commission européenne. Se fonder sur la consultation des partenaires sociaux est apparu comme une nécessité pratique. La consultation des partenaires sociaux s'organise de façon pragmatique.

La question est de savoir si, d'une part, le droit français a su réceptionner cette méthode pour enrichir le dialogue social interne et, d'autre part, s'il a su répondre aux sollicitations de la Commission encourageant la participation des partenaires sociaux internes à l'élaboration des politiques de l'emploi.

Afin de répondre à ces interrogations, l'examen de la réception par l'État français des politiques de l'emploi est nécessaire (a), pour analyser les transformations souhaitables du dialogue tripartite interne (b).

a) La réception des politiques européennes de l'emploi en droit français

190. La réalisation des politiques communautaires de l'emploi implique un relais au niveau interne. La question se pose de leur réception en droit interne et de leur incidence sur l'élaboration de ce droit.

« La SEE constitue un nouveau cadre de référence pour les politiques françaises de l'emploi, modifiant un cadre institutionnel et de réflexion au départ essentiellement national »⁶⁴³. La SEE, mise en œuvre par la MOC, contient des indications sur la qualité de l'emploi et sur l'égalité des chances entre hommes et femmes⁶⁴⁴. Les politiques de l'emploi françaises se basent sur les indicateurs européens et les recommandations du Conseil.

⁶⁴³ DARES, *Les politiques de l'emploi et du marché du travail*, La Découverte, 2003, spéc. p. 31.

⁶⁴⁴ DARES, *Op. cit.*, spéc. p. 32.

Le Conseil propose des lignes directrices, les États formulent des plans d'actions nationaux pour montrer l'application qu'ils font de ces lignes directrices⁶⁴⁵. Les recommandations faites ensuite par le Conseil aux États membres se nourrissent de leur plan d'action, en vue de les aider pour améliorer l'application des lignes directrices⁶⁴⁶.

Il s'agit d'échanges interactifs. La SEE joue, aujourd'hui, un grand rôle dans la définition de la politique nationale de l'emploi⁶⁴⁷. Et, réciproquement, le rôle des États membres est primordial dans la réalisation de la stratégie de Lisbonne⁶⁴⁸.

Cela signifie que l'action des Gouvernements nationaux est nécessairement conditionnée par la politique de l'emploi établie au niveau communautaire, cette dernière étant définie au regard des résultats des États membres. La sémantique utilisée par les États est d'ailleurs révélatrice de l'influence de la politique de l'emploi communautaire : le législateur français a, en effet, repris à son compte le concept de cohésion sociale, dans la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005⁶⁴⁹. Il s'agit d'un concept déjà assez ancien en droit communautaire, qui est apparu au moment de l'adhésion aux Communautés européennes de l'Espagne et du Portugal, en 1986. Il signifie qu'il faut un développement harmonieux sur tout le territoire communautaire qui mette un terme au développement social inférieur des nouveaux pays par rapport aux autres États membres⁶⁵⁰.

191. Le processus de la SEE présente des avantages pour les États membres. En effet, comme ce processus implique un dialogue entre la Communauté et les États membres, « il rend possible un engagement accru des États membres au plan communautaire parce que ces derniers sont de ce fait davantage à même de mieux contrôler le contenu des dispositions adoptées à Bruxelles et de maîtriser le rythme des avancées »⁶⁵¹. Les États, par conséquent, se

⁶⁴⁵ Décision du Conseil relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres rendue après le Conseil européen de printemps des 22 et 23 mars 2005, article 2.

http://europa.eu.int/cpmm/employment_social/employment_strategy/prop_2005/guide_2005_fr.pdf

⁶⁴⁶ P. POCHET, La stratégie européenne pour l'emploi en 2001, *Dr. social*, 2001, p. 1090, spéc. p. 1093.

⁶⁴⁷ O. DUTHELLET DE LAMOTHE, *Politique de l'emploi et dynamique de l'entreprise, Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi*, Editions Liaisons 2005, spéc. p. 45.

⁶⁴⁸ Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la stratégie de Lisbonne et sur la communication de la Commission du 25 février 2006 au Conseil européen de printemps « Passons à la vitesse supérieure : le nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi » par J. BIZET, Annexe au procès-verbal de la séance du 3 mars 2006. <http://www.senat.fr/rap/r05-234/r05-2340.html#toc23>

⁶⁴⁹ L. n° 2005-32, Cf. le numéro spécial de *Dr. social* avril 2005 qui est consacré aux différents thèmes abordés par cette loi.

⁶⁵⁰ V. de POULPIQUET, La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne, *RTD eur.*, 1999, p. 709, spéc. p. 711.

⁶⁵¹ J. GOETSCHY, Ph. POCHET, « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », in *Le nouveau modèle européen, Volume 2 Les politiques internes et externes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2000, p. 79, spéc. p. 82.

voient imposer de meilleures décisions⁶⁵², plus légitimes, car divers acteurs interviennent⁶⁵³, notamment les partenaires sociaux.

La SEE est par ailleurs efficace car elle s'inscrit dans la durée. En effet, au contraire de la directive qui arrête une décision fixe à un moment donné, la SEE se réalise au fur et à mesure des rencontres fréquentes et ne se fige pas dans des décisions, puisque elles évoluent et s'ajustent au fil des rencontres⁶⁵⁴. Cette perspective de long terme permet de faire des ajustements continus. La grande souplesse inhérente à la SEE, ainsi que son déroulement régulier dans le temps, lui confère une très grande adaptabilité.

192. Les États membres sont encouragés à s'inspirer des meilleures pratiques répertoriées dans les autres États⁶⁵⁵. La mise en œuvre de la SEE ne peut que conduire à une amélioration de la législation sur l'emploi. La délégation de l'Assemblée nationale française pour l'Union européenne note, en ce sens, dans un rapport sur le suivi de la stratégie de Lisbonne, que la MOC est un outil utile qui ne doit pas être abandonné. « Grâce au *benchmarking* et à la pression des pairs, elle donne aux États membres la faculté de se renseigner pleinement sur les réformes engagées chez leurs partenaires, tout en gardant le libre choix des modalités de leurs propres interventions »⁶⁵⁶. La stratégie de Lisbonne permet d'éclairer les débats nationaux et peut-être de faciliter les choix en matière de réforme⁶⁵⁷. Cette opinion (émise par des députés français) démontre que l'État tient compte de politiques communautaires comme source d'inspiration. Bien entendu, le degré exact d'influence demeure inconnu⁶⁵⁸.

⁶⁵² J. GOETSCHY, Ph. POCHE, *Ibidem*.

⁶⁵³ J. GOETSCHY, Ph. POCHE, *Ibidem*.

⁶⁵⁴ J. GOETSCHY, Ph. POCHE, *Op. cit.*, spéc. p. 83.

⁶⁵⁵ Le Rapport du groupe de haut niveau sur les relations du travail et les mutations dans l'Union européenne, (http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/rapport_fr.pdf, terminé en janvier 2002), estime que l'Observatoire européen du changement contribuera à favoriser la création d'un réseau d'institutions nationales qui assurera le suivi des meilleures pratiques. Cela ne peut se faire que si les acteurs nationaux sont mieux formés et informés sur les méthodes et l'évolution du dialogue social européen, ainsi que sur les systèmes des relations de travail des différents États membres (p. 7).

⁶⁵⁶ Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'Union européenne, sur le suivi de la stratégie de Lisbonne et présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102) <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/europe/rap-info/i2102.pdf>, spéc. p. 56.

⁶⁵⁷ Rapport présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102), *Op. cit.*

⁶⁵⁸ « Il existe en effet un processus important d'apprentissage, à partir de la diversité sociale européenne des politiques de l'emploi, mises en place dans les autres États membres. Cependant, aucune convergence des normes sociales au niveau communautaire n'est facilement observable. Dans la plupart des pays, les marchés du travail connaissent plutôt des mouvements de réformes allant dans le sens d'un accroissement de la flexibilité et de la précarité » : M. E. BLAS LOPEZ, Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation, *Dr. social*, 2006, p. 540, spéc. p. 551.

La question se pose avec acuité de savoir si ces mécanismes d'échanges entre les États et la Communauté concernant l'emploi produisent de réels changements normatifs. Autrement dit, les politiques de l'emploi communautaires sont-elles effectives ?

193. Les politiques de l'emploi, avant leur consécration institutionnelle, étaient principalement de dimension nationale. Depuis la mise en place des lignes directrices, la politique de l'emploi en France est désormais ancrée dans le cadre de la SEE qu'elle vise explicitement à réaliser⁶⁵⁹. La politique de réduction du temps de travail menée à partir de 1998 participe de cette mise en œuvre de la SEE⁶⁶⁰. C'est aussi dans les méthodes d'élaboration des politiques de l'emploi que l'influence de la SEE opère au niveau national. Comment, concrètement, se traduit cette influence en droit interne ?

Les États membres ont dû élaborer un programme à partir des lignes directrices intégrées fixées par le Conseil de Bruxelles de mars 2005⁶⁶¹.

L'influence des politiques communautaires de l'emploi ne doit pas faire oublier que la mise en œuvre de ces politiques dépend du bon vouloir de la France. La participation des États membres peut sembler parcellaire, les États privilégiant certains domaines qui, souvent, sont les moins importants. « Ils peuvent ainsi montrer à bon compte qu'ils ont agi comme promis, et pourtant rien de substantiel n'est accompli »⁶⁶². Cette tendance est plus affirmée dans les grands pays comme la France. C'est un aspect plutôt négatif de la stratégie de Lisbonne qui laisse le choix de son application, en définitive, aux États membres. De plus, en ce qui concerne la France, elle semble manifester des réticences aux méthodes de comparaison instaurée par la SEE en acceptant difficilement certains mauvais résultats⁶⁶³ (ce qui traduit peut-être des difficultés à réformer).

L'absence de mobilisation au niveau français est même criante selon certains députés⁶⁶⁴. La France n'a pas désigné de responsable politique pour coordonner les actions du pays dans

⁶⁵⁹ N. HOLCBLAT, *Stratégie européenne et politique française de l'emploi (1997-2001)*, Cahier travail et emploi, La Documentation française, 2002, spéc. p. 18.

⁶⁶⁰ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc. p. 19.

⁶⁶¹ Le Conseil s'est prononcé pour le maintien en 2007 des lignes directrices élaborées en 2005 (Cons UE n° 2005/600/CE). Le Conseil estime qu'elles ne devraient être révisées complètement tous les 3 ans (Cons UE, 10 juillet 2007, JOUE, n° L183, 13 juillet 2007, p. 25), Cf. *JCP éd. Soc.*, n° 30, 24 juillet 2007, Act. p. 4.

⁶⁶² Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'Union européenne, sur le suivi de la stratégie de Lisbonne et présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE. (n° 2102), spéc. p. 15.

⁶⁶³ A. LEFEBVRE, D. MÉDA, *Faut-il brûler le modèle social français ?*, Seuil, 2006, spéc. p. 44 à 47.

⁶⁶⁴ Rapport présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102), *Op. cit.*, spéc. p. 15.

l'application de la stratégie de Lisbonne. Elle se distingue en cela des autres États membres⁶⁶⁵. Cette défaillance empêche les différents ministères concernés d'agir de concert. La réaction de la France peut s'expliquer par une certaine forme d'hermétisme à cette méthode. Pourtant, certains députés français trouvent un intérêt dans la stratégie de Lisbonne et souhaitent son maintien⁶⁶⁶.

194. Le Conseil européen avait déjà insisté sur la nécessité d'un plus grand investissement politique des États qui doivent s'appuyer sur des partenariats avec les partenaires sociaux et la société civile, dans le respect des dispositions et traditions nationales⁶⁶⁷. La Commission reproche à la France un manque d'articulation entre le programme national de réforme (appelé aussi PAN) et les lignes directrices européennes pour la croissance et l'emploi. Le PAN français manque d'éléments qui permettent d'apprécier l'effectivité des mesures proposées. La Commission suggère à la France de « mettre en œuvre le PAN avec vigueur »⁶⁶⁸. Cette « insuffisance française » peut être interprétée comme un manque de volonté politique⁶⁶⁹. Il conviendrait de donner à la MOC sa juste place, c'est-à-dire ne la considérer que comme un préalable à toute réforme en matière d'emploi. Il faut, par ailleurs, renforcer la légitimité de cette méthode et, ce, de deux façons.

195. En premier lieu, il est à souhaiter une plus grande implication des institutions étatiques. Le Parlement français ne joue pas, actuellement, un rôle suffisant⁶⁷⁰. Le fait d'accorder une place plus importante aux Parlements nationaux a d'ailleurs été suggéré au niveau communautaire par le Rapport Kok⁶⁷¹. Cette implication du Parlement national pourrait se traduire par l'inscription aux débats de discussions concernant le programme d'action

⁶⁶⁵ Rapport d'information présenté par J. BIZET, *Op. cit.*

<http://www.senat.fr/rap/r05-234/r05-2340.html#toc23>

⁶⁶⁶ Rapport présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102), *Op. cit.*, spéc. p. 22 et 23.

⁶⁶⁷ Recommandation du Conseil du 14 octobre 2004 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres (2004/741/CE), JO L326/47.

⁶⁶⁸ Évaluation des programmes nationaux de réforme par la Commission, http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/2006_annual_report_france_fr.pdf
Évaluation de la France.

⁶⁶⁹ C'est ce que suggère la Commission, sans viser en particulier la France, dans son rapport annuel de 2006 sur la croissance et l'emploi : « nous avons désormais besoin de la volonté politique nécessaire pour transformer les engagements pris en véritables résultats dans le domaine de la croissance et de l'emploi ». Ne serait-ce pas là un aveu du manque d'influence concrète des politiques de l'emploi européenne ? En effet, l'absence d'effet contraignant et d'obligation de résultat de la part des États membres laissent une telle marge de manœuvre aux États que la politique communautaire ne semble pas produire d'effets concrets.

(http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/2006_annual_report_summary_fr.pdf)

⁶⁷⁰ Rapport présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102), *Op. cit.*, spéc. p. 15.

⁶⁷¹ Rapport présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102), *Op. cit.*, spéc. p. 21.

nationale. Il a également été proposé l'instauration d'une autorité particulière ayant en charge la coordination au niveau national des mesures prises pour mettre en œuvre les politiques de l'emploi communautaire. La présence auprès du Premier ministre de « M. ou Mme Lisbonne » permettrait de renforcer le suivi de la stratégie⁶⁷². L'implication des institutions étatiques devrait se traduire par une meilleure organisation de ces dernières, afin de mettre en œuvre réellement les politiques communautaires de l'emploi. Ces idées ne semblent pas, pour l'instant avoir reçu d'échos en France. La France est, du reste, le seul État membre qui n'a pas nommé de coordonnateur national des différents ministères concernés pour la stratégie de Lisbonne et ne fait pas participer son Parlement⁶⁷³.

En second lieu, il conviendrait de mieux associer les partenaires sociaux aux politiques communautaires de l'emploi, c'est-à-dire d'établir un véritable dialogue social tripartite national.

b) L'exigence d'un nouveau dialogue social tripartite national

196. La réception des politiques communautaires de l'emploi en droit français conduit à y associer les partenaires sociaux nationaux, ce qui permet de diversifier les modes d'élaboration de la norme en matière d'emploi⁶⁷⁴. Cette association est encouragée par les institutions communautaires, sous forme de coopération entre l'État membre et les partenaires sociaux⁶⁷⁵. « Ainsi, dans de nombreux États les plans d'action nationaux pour l'emploi sont élaborés dans le cadre de négociations tripartites, certains pays ayant même fait l'expérience du tripartisme spécifiquement à cette occasion »⁶⁷⁶. La culture juridique française connaît déjà le tripartisme. La participation des partenaires sociaux n'est pas en soi nouvelle, la nouveauté résiderait plutôt dans son caractère systématique et son extension à tous les domaines.

⁶⁷² Rapport présenté par M. DELEBARRE et D. GARRIGUE (n° 2102), *Op. cit.*, spéc. p. 57.

⁶⁷³ Rapport présenté par J. BIZET, *Op. cit.*

<http://www.senat.fr/rap/r05-234/r05-2340.html#toc23>

⁶⁷⁴ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc. p. 23.

⁶⁷⁵ Décision du Conseil relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres rendue après le Conseil européen de printemps des 22 et 23 mars 2005, article 2.

http://europa.eu.int/cpmm/employment_social/employment_strategy/prop_2005/guide_2005_fr.pdf

Communication de la Commission, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM(2004) 557 final, spéc. p. 7.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/aug/com_final_fr.pdf

La Commission envisage même d'attribuer un rôle précis aux partenaires sociaux : Résumé du rapport annuel de 2006 sur la croissance et l'emploi, élaboré par la Commission

http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/2006_annual_report_summary_fr.pdf

⁶⁷⁶ M. E. BLAS LOPEZ, *Op. cit.*, spéc. p. 551.

Les lignes directrices européennes contiennent, en effet, des sollicitations en ce sens. Les autorités françaises joueraient le jeu et la participation des partenaires sociaux en France progresserait⁶⁷⁷. La plus grande avancée, semble-t-il, du droit français est l'inscription, dans la loi du 31 janvier 2007⁶⁷⁸, d'une consultation systématique pour avis du comité supérieur de l'emploi⁶⁷⁹, lorsqu'il s'agit de projets de loi, d'ordonnances et de décrets relatifs à l'emploi⁶⁸⁰. La loi prévoit aussi une consultation systématique pour avis de la commission nationale de la négociation collective, lorsqu'il s'agit de projets de loi, d'ordonnances et de décrets relatifs aux relations individuelles et collectives de travail⁶⁸¹. Le 4 juillet 2007, se sont ouvertes des négociations interprofessionnelles en vue de la préparation de conférences tripartites (prévues à l'automne 2007) sur l'égalité professionnelle et salariale. Les partenaires sociaux (excepté FO) se sont rencontrés au siège du MEDEF pour discuter de la modernisation du marché du travail⁶⁸².

La loi de modernisation du dialogue social, en plus des procédures de consultation, a instauré une information réciproque des partenaires sociaux et du Gouvernement. L'article L. 101-3 du Code du travail dispose⁶⁸³ : « *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. 101-1⁶⁸⁴ 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* » (de plus le Parlement est tenu informé).

Pour l'instant, les conséquences de cette nouvelle réglementation sont difficiles à établir. Il est à espérer qu'elle participe d'un élan nouveau du dialogue social tripartite.

197. Par ailleurs, ce dialogue, concernant les politiques européennes de l'emploi, existe aujourd'hui dans différents comités.

⁶⁷⁷ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc. p. 26.

⁶⁷⁸ L. n° 2007-130, JO 1^{er} février 2007, p. 1944.

⁶⁷⁹ Article L. 322-2, al. 1 Code du travail (article L. 5112-1 du Nouveau Code du travail).

⁶⁸⁰ Article L. 322-2, al. 2 Code du travail (article L. 5112-1 du Nouveau Code du travail).

⁶⁸¹ Article L. 136-2, 2° Code du travail (article 2271-1, 2° du Nouveau Code du travail).

⁶⁸² *JCP éd. Soc.*, n° 29, 17 juillet 2007, Act. p. 5.

⁶⁸³ Article L. 2211-3 du Nouveau Code du travail.

⁶⁸⁴ Article L. 2211-1 du Nouveau Code du travail.

Le débat organisé sur les plans nationaux d'action avec les partenaires sociaux a lieu au sein du comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales (CDSEI)⁶⁸⁵ et au sein d'instances paritaires concernées par la politique de l'emploi comme les conseils d'administration de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) et de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA)⁶⁸⁶.

Le CDSEI a été mis en place en novembre 1998, il « est un produit direct de la démarche résultant du processus de Luxembourg »⁶⁸⁷. Le CDSEI permet de discuter en aval des plans nationaux d'action, au sein de groupes de travail. Mais ce comité reste dépendant, dans son fonctionnement, de l'administration⁶⁸⁸.

198. Les politiques de l'emploi, en France, dans le cadre de la SEE, sont (notamment concernant le droit du travail) la formation tout au long de la vie, l'organisation du temps de travail au travers de la politique de réduction et les mesures relatives au temps partiel, les lois relatives aux discriminations et à l'égalité professionnelle (2001)⁶⁸⁹. Concernant la formation professionnelle, l'État a poursuivi ses réformes avec la loi du 4 mai 2004.

Le Gouvernement français a manifesté dans le plan national d'action pour l'emploi de 2004 ses efforts en vue de faire participer les partenaires sociaux.

Le Gouvernement affirme avoir « consolidé les responsabilités confiées aux partenaires sociaux, ce qui a pour corollaire le renforcement de l'exigence de légitimité des accords (principe majoritaire comme conditions de validité) » et ce, par le prisme de la loi du 4 mai 2004⁶⁹⁰. L'adoption de la loi de modernisation sociale va dans ce sens.

Le PAN précise les domaines où les partenaires sociaux ont poursuivi le processus de négociation : rénovation du système français de formation professionnelle (accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003), égalité professionnelle (accord national interprofessionnel du 1^{er} mars 2003), formation dans l'agriculture (accord national du 2 juin 2004), négociation sur l'emploi et les restructurations (en cours). Les politiques sociales communautaires semblent être un facteur d'accélération des réformes françaises.

Le PAN de 2004 signale aussi que des travaux ont été conduits dans le cadre du Comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales (CDSEI), qui sont communs

⁶⁸⁵ Créé par le décret n° 98-1080 du 30 novembre 1998, JO, 1^{er} décembre, p. 18096.

⁶⁸⁶ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc. p. 28.

⁶⁸⁷ N. HOLCBLAT, *Ibidem*.

⁶⁸⁸ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc. p. 29.

⁶⁸⁹ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc., dans la deuxième partie de l'ouvrage.

⁶⁹⁰ Le plan national d'action pour l'emploi de la France, 2004, spéc. p. 71 ; http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/nap_2004/nap2004fr_fr.pdf.

entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux. Tous ont participé à l'élaboration du plan national d'action (échanges sur les lignes directrices et la SEE, discussion sur le rapport de la *task force*). Il existe donc un échange partenaires sociaux /État concernant l'élaboration du plan national d'action pour l'emploi. Les politiques sociales communautaires ont conduit l'État français à engager un dialogue social tripartite national particulier. Ce doit être l'occasion d'aller plus loin, avec la mise en place d'un dialogue social tripartite servant d'espace d'échanges de points de vue entre les participants, et aussi d'information pré-législative des partenaires sociaux, pour les aider dans leur travail de rédaction de la loi. Les négociations qui ont débuté en juillet 2007 sur la modernisation du marché du travail en sont peut-être une illustration.

199. La concertation, en France, a également été élargie au Conseil économique et social. De plus ont été mises en place des tables rondes avec les pouvoirs publics, les partenaires sociaux et les Conseils régionaux. En droit interne, comme au niveau communautaire, le dialogue a été étendu à divers comités. Il s'agit sans doute de consulter les partenaires sociaux à des niveaux appropriés : une consultation à un niveau décentralisé, comme la Région ou le Département, est pertinente pour aborder les questions d'emplois.

Des discussions ont été entamées sur l'application de la loi du 4 mai en 2004, sur la simplification et la lisibilité des règles de droit du travail, la santé et la sécurité au travail, l'emploi des seniors, le financement des syndicats et le paritarisme. Le Gouvernement français semble avoir ouvert un dialogue avec les partenaires sociaux qui concerne un large champ d'application. Il est difficile, pour l'instant, de mesurer concrètement l'influence d'un tel dialogue, excepté concernant le travail des seniors où les partenaires sociaux ont abouti à un accord le 13 octobre 2005⁶⁹¹.

Le dialogue social tripartite doit être envisagé dans un climat serein, loin des agitations politiques ou médiatiques. Pour le dire autrement, ce dialogue ne peut être productif que dans le cadre d'une discussion favorisant le compromis. M. DUTHEILLET DE LAMOTHE, à cette fin, espère, sur le modèle de ce qui s'est produit concernant le Conseil d'Orientation des Retraites, que le Conseil d'Orientation pour l'Emploi créé par un décret du 7 avril 2005 « peut et doit jouer le même rôle en ce qui concerne les politiques de l'emploi »⁶⁹². Il est légitime de croire que les procédures au sein de la Commission nationale de la négociation collective et du

⁶⁹¹ Cf. n° 148.

⁶⁹² O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi, *Dr. social*, 2006, p. 124, spéc. p. 128.

Comité supérieur pour l'emploi pourront, grâce à l'échange d'informations, faire naître des discussions qui seront productives.

200. Des limites au dialogue social tripartite peuvent être relevées. Le système français de négociation collective connaît, en effet, des difficultés qui empêchent intrinsèquement que la participation des partenaires sociaux soit pleine et entière. Le Gouvernement français a pour habitude de s'occuper seul des matières pouvant faire l'objet de réglementation. De plus, « la configuration des organisations représentant concrètement salariés et chefs d'entreprise en France amène, au moins certaines d'entre elles, à hésiter sur leur degré d'implication dans un tel document. Certaines organisations seraient sans doute prêtes à s'engager dans des formes de véritable co-élaboration de certaines parties du PNAE [du plan d'action national]. D'autres préfèrent s'en tenir à une participation plus extérieure. (...) La plus grande implication des partenaires sociaux dans le PNAE correspond cependant à un contexte où les organisations syndicales de salariés intègrent plus fortement la dimension européenne dans leur stratégie »⁶⁹³.

La CES a d'ailleurs remarqué que les partenaires sociaux nationaux, dans le cadre de la politique de l'emploi, étaient surtout consultés en Autriche, Belgique, Allemagne, Royaume-Uni et Pays-Bas⁶⁹⁴. De façon générale, la place plus grande accordée aux partenaires sociaux « est le principal atout de nos partenaires européens, la clé de réussite du modèle scandinave »⁶⁹⁵. Cette implication se justifie par le fait que « les partenaires sociaux sont les mieux placés pour définir un équilibre entre les besoins de flexibilité des entreprises et les aspirations à la sécurité des salariés. Mais, dans un pays marqué par une grande instabilité politique, leur intervention est gage de cette stabilité et de cette sécurité juridique qui constituent un impératif catégorique pour les entreprises »⁶⁹⁶.

201. La France semble faire figure de retardataire, concernant la qualité de son dialogue social tripartite. Les nouvelles dispositions, introduites par la loi du 31 janvier 2007, si elles introduisent un cadre d'information et de concertation, ne pourront à elles seules changer les

⁶⁹³ N. HOLCBLAT, *Op. cit.*, spéc. p. 27.

⁶⁹⁴ J. GOETSCHY, Ph. POCHE, *Op. cit.*, spéc. p. 88.

⁶⁹⁵ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Op. cit.*, spéc. p. 128.

⁶⁹⁶ O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Ibidem* ; l'auteur étaye cette affirmation par l'exemple suivant : « alors que la législation sur les emplois temporaires (intérim et CDD) avait été modifiée quatre fois entre 1979 et 1986, cette législation n'a plus été modifiée depuis qu'elle a repris, par la loi du 12 juillet 1990, le contenu d'un accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 (à l'exception de deux modifications marginales introduites par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002) ».

pratiques françaises. Il est sans doute nécessaire que l'État fasse un effort pour faire participer plus activement les partenaires sociaux nationaux. La multiplication des comités à consulter suggère un éparpillement de l'information et donc un manque d'efficacité⁶⁹⁷. Par ailleurs, les confédérations nationales doivent aussi s'adapter à un dialogue qui concerne des questions économiques et sociales dépassant le simple cadre professionnel. Les partenaires sociaux se trouvent confrontés à des questions d'intérêt général, comme dans le cadre de leur participation à la procédure législative. La collaboration des partenaires sociaux peut aboutir à une participation active pour déterminer le contenu du plan national d'action. Le dialogue social, qu'il soit communautaire ou national, est susceptible d'influencer la législation.

Le développement d'un dialogue social tripartite national (à l'instigation du droit communautaire) élargit le rôle des partenaires sociaux car il permet de les inciter à négocier et les place dans le processus législatif. Les partenaires sociaux sont, en effet, consultés par les pouvoirs publics sur les réformes à conduire dans le cadre de leurs engagements communautaires. Les pouvoirs publics pourraient étendre ce type de dialogue à toutes les réformes envisagées en droit français, ce qui conforterait l'information donnée aux partenaires sociaux et faciliterait leur association à la rédaction de la loi.

B. L'implication des partenaires sociaux dans la rédaction de la loi

La question de la participation des partenaires sociaux nationaux à la procédure législative est depuis longtemps posée et débattue en France. Elle a fait l'objet de réflexions approfondies de tous les acteurs concernés, ainsi que de la doctrine. Pourtant, cette longue période de réflexion (a) n'a conduit le législateur qu'à une réforme imposant la consultation des partenaires sociaux sans contraintes juridiques particulières. L'évolution de la réglementation, par le vote de la loi de modernisation du dialogue social, opère-t-elle vraiment une avancée significative (b) ?

a) Une longue gestation

202. L'évolution des relations entre la loi et la négociation collective « s'inscrit, (...) dans une profonde mutation de notre système de relations professionnelles face à la croissance du

⁶⁹⁷ J.-F. CESARO, Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JCP éd. Soc.*, n° 8, 2007, ét. 1117, p. 9, spéc. n° 30 ; l'auteur rappelle que le rapport CHERTIER (ci-après mentionné) avait suggéré d'élaguer le nombre de comités.

chômage, à la mutation du système productif et à l'internationalisation des échanges »⁶⁹⁸.

L'État français a eu un rôle ambivalent car, tout en intervenant, il a souhaité développer la négociation interprofessionnelle. L'affirmation par la loi du 13 juillet 1971 du droit des salariés à la négociation collective a permis de consacrer la négociation interprofessionnelle et a tenté de promouvoir une politique contractuelle. « Compte tenu du niveau de généralité de l'accord interprofessionnel, des interactions complexes sont apparues entre la loi et l'accord qui ont posé de nouvelles questions sur le rôle et l'indépendance respective du législateur et des partenaires sociaux »⁶⁹⁹. Le législateur confie la mise en œuvre réglementaire de la loi aux partenaires sociaux, tout en faisant de la négociation un préalable à l'élaboration de la loi, par le développement des lois dites « négociées »⁷⁰⁰.

Les rapports entre la loi et la convention ont d'abord été pensés comme des rapports concurrentiels⁷⁰¹ avant d'être envisagés comme complémentaires.

Les partenaires sociaux, dans l'accord sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995⁷⁰², ont d'abord souhaité privilégier l'autonomie collective (surtout au niveau de l'entreprise). Les solutions, par la suite, se sont orientées vers la recherche d'une complémentarité avec la loi⁷⁰³. Les partenaires sociaux ont souhaité avoir un rôle plus important dans la procédure législative (1), ce qui a été conforté par la doctrine (2), et plus récemment par le politique (3).

1. L'encouragement des partenaires sociaux

203. Un « remaniement de la hiérarchie des sources en droit du travail ne semble pas constituer *a priori* un *casus belli* entre droite et gauche : un large consensus est envisageable, comme le montre la « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective », adoptée par tous les partenaires sociaux, à

⁶⁹⁸ M.-L. MORIN, La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité, *Dr. social*, 1998, p. 419, spéc. p. 420.

⁶⁹⁹ M.-L. MORIN, *Op. cit.*, spéc. p. 422.

⁷⁰⁰ P. LANGLOIS, Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle, *Dr. social*, 1992, p. 5. L'auteur pense que les partenaires sociaux édictent leur loi au législateur.

⁷⁰¹ M.-L. MORIN, *Op. cit.*, spéc. p. 420.

⁷⁰² N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 315. « Les partenaires sociaux n'ont pas choisi dans un premier temps la voie de la concertation avec l'État. Ils ont opté pour une voie exclusivement conventionnelle. Dans cette perspective, ils ont, au niveau interprofessionnel, concrétisé leur souhait d'un renouveau du dialogue social dans un accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 (Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 : Liaisons Sociales, Légis. Sociale, 9/11/1995, n° 7354) ».

⁷⁰³ M.-L. MORIN, *Op. cit.*, spéc. p. 419.

l'exception, il est vrai, de la CGT »⁷⁰⁴. De plus, l'opinion des partenaires sociaux est largement approuvée par la doctrine⁷⁰⁵.

La « Position commune » est l'expression par les partenaires sociaux d'une volonté de changement dans l'élaboration du droit⁷⁰⁶. Cette initiative du MEDEF s'inscrivait dans une « perspective de conventionnalisation du droit du travail, les partenaires sociaux étant invités à se réappropriier le terrain abusivement occupé par l'État »⁷⁰⁷.

204. La « Position commune »⁷⁰⁸ a imaginé un autre processus d'élaboration du droit du travail en recherchant de nouvelles formes de complémentarité entre la loi et la convention. La « Position commune » a souhaité que soit redéfinie la répartition des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux : un champ exclusif du législateur, un champ partagé entre le législateur et les partenaires sociaux et un champ exclusif des partenaires sociaux.

La « Position commune » a redéfini la compétence du législateur en précisant le contenu de la notion de « principes fondamentaux »⁷⁰⁹ : il s'agit des « règles relevant de l'intérêt général de la nation tels que par exemple les durées maximales du travail, l'âge minimum d'accès au travail, la durée du repos hebdomadaire, le droit aux congés payés, le droit à la représentation collective, l'exercice de la liberté syndicale, le droit de grève, la protection de la maternité, etc... » (Point 1. III de la Position).

Un autre point important proposé par les partenaires sociaux dans la « Position commune » a été la saisine préalable à l'élaboration de la loi : « *Préalablement à toute initiative législative dans le domaine social, les interlocuteurs sociaux doivent être officiellement saisis par les pouvoirs publics d'une demande d'avis sur son opportunité. A l'issue de cette consultation, si l'initiative était maintenue, la faculté devrait leur être offerte de traiter le thème faisant l'objet de ladite initiative par voie conventionnelle dans un délai à déterminer. En cas de refus des interlocuteurs sociaux de traiter la question par la négociation collective ou en l'absence d'accord à l'issue du délai fixé pour la négociation, l'initiative législative*

⁷⁰⁴ J.-J. DUPEYROUX, Un nouveau droit social ?, *Dr. social*, 2003, p. 5, spéc. p. 6.

⁷⁰⁵ J.-E. RAY, Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?, *Dr. Soc.* 2000, p. 574 ; J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 21 ; N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 315 et suiv., par exemple.

⁷⁰⁶ Les idées sur la définition des rôles entre la loi et la convention collective avaient déjà été exprimées par la CFDT, voir Le numéro d'*Action juridique CFDT*, n° 128, janvier 1998, L'articulation Loi-Négociation, particulièrement p. 27 et suiv.

⁷⁰⁷ J.-J. DUPEYROUX, *Op. cit.*, spéc. p. 6.

⁷⁰⁸ Le texte est disponible dans le numéro de *Droit social* de janvier 2003, p. 92.

⁷⁰⁹ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 315.

repr prendrait son cours. À l'inverse, si la négociation aboutissait à un accord, celui-ci devrait être repris par le législateur dans le respect de cet équilibre » (Position, point 2 et 3 III) ».

La consultation préalable à toute initiative législative⁷¹⁰ est l'exemple topique, pour certains auteurs, de l'inspiration communautaire des partenaires sociaux et surtout leur appropriation du concept de subsidiarité, en tant que chaque question doit être traitée au niveau le plus approprié⁷¹¹.

205. La revendication des partenaires sociaux s'inscrit dans le cadre d'une mutation profonde « qui procède de l'érosion de la souveraineté des États nations et affecte notre conception même de la loi ». « C'est d'ailleurs l'un des arguments invoqués par les partenaires sociaux, que de souligner que ce qu'ils revendiquent en droit interne a déjà été consacré en droit communautaire »⁷¹².

Les partenaires sociaux, pour exprimer leur revendication, ont intitulé leur texte « Position commune ». Cette notion traduit « un certain engouement pour le droit communautaire »⁷¹³. « La Position commune est en effet une catégorie ignorée du droit français, et nombre de juristes, dans les différents États de l'Union européenne, se demandent encore, depuis le traité de Maastricht, comment la définir. Ce vocable est utilisé par les traités pour désigner l'instrument le moins contraignant mis au service de la coopération intergouvernementale. On peut donc parler d'un énoncé de principes d'orientation, ou d'idées générales »⁷¹⁴. De plus, la Position commune est maintenant utilisée par les partenaires sociaux afin de transmettre aux autorités communautaires leur point de vue, dans le cadre du dialogue qu'ils entretiennent avec elles⁷¹⁵.

206. Le fond et la forme de la Position commune s'inspirent du droit communautaire, traduisant la volonté d'accorder un véritable pouvoir normatif aux partenaires sociaux. Le droit communautaire est considéré comme un véritable terreau d'idées pour les partenaires sociaux. La question est de savoir ce qu'ils viennent puiser dans ce droit. Il s'agira

⁷¹⁰ V. OGIER-BERNARD, Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives, *Op. cit.*, spéc. n°15.

⁷¹¹ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 578 ; N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 315.

⁷¹² A. SUPLOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Op. cit.*, spéc. p. 66.

⁷¹³ M. BONNECHÈRE, La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères, *DO*, 2001, p. 411, spéc. p. 416.

⁷¹⁴ M. BONNECHÈRE, *Ibidem*.

⁷¹⁵ Cf. *infra* n° 283.

d'examiner, plus loin, ce que l'on peut espérer, en France, des influences communautaires pour moderniser le dialogue social⁷¹⁶.

Dans l'immédiat, l'opinion de la doctrine à propos des rôles respectifs de la loi et de la convention mérite d'être rappelée.

2. Les débats doctrinaux

207. D'un point de vue sociologique, « dans une société mature, la norme consentie est (...) préférable à la norme imposée. Et le contrat collectif est, dans le domaine social, la source de droit qui permet certainement le mieux de dégager les compromis les plus efficaces entre les intérêts inévitablement antagonistes des employeurs et des salariés »⁷¹⁷.

Les juristes parviennent eux aussi au même constat. Le contrat « comme technique de régulation politique est une réalité et une nécessité » car l'État ne peut plus imposer seul ses décisions, « la pluralité des intérêts et des valeurs doublée d'une dispersion des centres de décision l'oblige à opter pour cette technique de régulation plus souple et plus adaptée »⁷¹⁸. Ce constat concerne toute forme de contrat, ce qui inclut la convention collective. Le législateur ne peut plus se passer de la convention. Cela conduit à envisager les rapports entre la loi et la convention collective comme complémentaires. Par ailleurs, cela rejoint les réflexions concernant les évolutions du droit vers un droit négocié⁷¹⁹.

208. La transcription juridique des propositions de la Position commune, lorsque cette dernière a été formulée, n'a pas intéressé les pouvoirs publics. M. DUPEYROUX avance une explication à la fois d'ordre culturel et d'ordre technique. Il n'est pas certain que l'État accepte de perdre des compétences au profit de partenaires sociaux qui, du côté syndical, manquent de représentativité. Il faut régler le problème de la représentativité des partenaires sociaux et « un domino suivant l'autre, c'est la place respective des divers types d'accords dans l'échelle des normes, la portée du principe de faveur, la question de l'incorporation, le jeu de la supplétivité des règles étatiques etc... »⁷²⁰, qu'il convient de résoudre.

⁷¹⁶ Cf. *infra*, n° 221 et suiv.

⁷¹⁷ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 16.

⁷¹⁸ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préface de Jacques GHESTIN, LGDJ, 2004, spéc. n° 1117.

⁷¹⁹ Cf. *supra* section 1, n° 16 et suiv., concernant le droit français ; cf. n° 62 et suiv. concernant le droit communautaire.

⁷²⁰ J.-J. DUPEYROUX, *Op. cit.*, spéc. p. 7, l'auteur note également : « Au fond, la Position commune fait peut-être apparaître plus de problèmes qu'elle n'en résout. Ce qui va de soi, en effet, dans un pays où la négociation fait

Les partenaires sociaux exigent un rôle accru dans l'élaboration de la loi. Il reste à définir les modalités précises de ce changement.

« Si l'on appelle *contractualisme* l'idéologie selon laquelle la convention pourrait être une forme juridique nécessaire et suffisante pour instituer le lien social, alors il faut admettre que cette idéologie méconnaît quelques-unes des données les plus élémentaires du Droit. La question ne saurait être de remplacer la loi par la convention ; elle est d'adapter aux nécessités du temps les termes de leur inévitable combinaison »⁷²¹. Quelles peuvent être les traductions juridiques de ce changement ? Par-delà la Position commune, la doctrine envisage plusieurs possibilités de réformes. L'objectif est de reconnaître une participation plus active des partenaires sociaux.

209. Il s'agit pour certains auteurs d'opérer un changement dans les sources du droit. La Constitution doit être modifiée pour tenir compte de l'évolution du rôle de la loi et de la convention. « Pour exister, la démocratie sociale doit (...) trouver une traduction constitutionnelle plus explicite et plus précise »⁷²². Les modifications constitutionnelles sont imaginées à l'aune du droit communautaire et de la Position commune. Du droit communautaire, certains auteurs retiennent l'idée d'une certaine forme de subsidiarité entre la loi et la convention⁷²³, entendue comme une réglementation édictée au plus près du citoyen. Une modification de la Constitution entraînant une définition claire des domaines de compétence séparés de la loi et de la convention⁷²⁴ serait nécessaire pour introduire la subsidiarité de la loi. Il s'agit de dépasser le légicentrisme national. « Cette vision communautaire passant de l'omniprésence à l'omnipotence des partenaires sociaux, étonne le français volontiers jacobin mais correspond à la culture sociale d'une majorité de pays européens »⁷²⁵.

L'introduction de la subsidiarité, en droit interne, amène à repenser la hiérarchie des normes et la place qu'occupe la loi⁷²⁶. Elle aurait pour conséquence de favoriser la convention collective par rapport à la loi, ainsi la Position commune l'a envisagé, la loi devant se contenter d'édicter les principes fondamentaux. Il serait opportun de consacrer l'accord

l'objet d'une tradition solidement ancrée est beaucoup plus difficile à implanter là où la culture fait plus largement défaut. Difficile ; mais pas forcément impossible ? » (p. 7).

⁷²¹ A. SUPLOT, La loi dévorée par la convention ?, *Op. cit.*, spéc. p. 641.

⁷²² J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 40.

⁷²³ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 575, argument repris dans la thèse de N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 272.

⁷²⁴ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 239.

⁷²⁵ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 576.

⁷²⁶ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 310.

collectif dans la Constitution, comme le prévoit par exemple la Loi Fondamentale allemande⁷²⁷. Dans cette hypothèse, le Parlement français ne serait pas dessaisi de ses prérogatives, car il les conserverait, en vertu de l'article 34 de la Constitution, ce que, d'ailleurs, les politiques⁷²⁸ et la doctrine défendent majoritairement⁷²⁹.

210. La consécration de la subsidiarité, telle que la souhaitent les auteurs, entraînerait une répartition matérielle des compétences entre la loi et la convention collective. Ces derniers veulent appliquer au niveau interne ce qui se fait déjà au niveau communautaire.

Cette inspiration nous semble, cependant, dévoyée car la conception française présente la répartition des compétences entre la loi et la convention sous la forme d'une alternative simple, chacune traitant d'objets différents. Or, en droit communautaire, la loi communautaire et la convention collective n'ont pas d'attributions distinctes. Il n'y a pas de répartition matérielle de compétences, mais *une combinaison entre la loi et la convention*, les partenaires sociaux pouvant rédiger une convention sur tous les domaines législatifs communautaires lorsqu'ils le souhaitent. De plus, la Commission et le Conseil conservent leurs prérogatives puisqu'ils entérinent (lorsque les partenaires sociaux européens le souhaitent) la convention, qui prend alors la nature juridique de directive⁷³⁰.

En France, la répartition matérielle des compétences entre la loi et la convention, telle que la conçoit la doctrine, peut être critiquée. Comment, en effet, distinguerait-on ce qui relève de la loi et ce qui relève de la convention ? Cela supposerait que les compétences respectives soient déterminées précisément, ce qui poserait, sans doute, des difficultés en raison de la complexité et de l'ampleur du droit du travail⁷³¹. Une répartition matérielle des compétences engendrerait inévitablement des conflits de compétences.

211. Une autre critique est à signaler : il s'agit du manque de légitimité des partenaires sociaux nationaux.

⁷²⁷ J.-E. RAY, *Op. cit.*, p. 574.

⁷²⁸ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 317, rapporte les propos de F. Fillon lors de la séance au Sénat du 3 février 2004 (JO 4 février 2004, Sénat, Débats, compte-rendu de la séance du 3 février 2004, p. 1099, 1^{ère} colonne) : ce dernier rappelle que « seul le législateur a la légitimité démocratique ».

⁷²⁹ Entre autres exemples : M. DESPAX, *Op. cit.*, spéc. p. 188 ; G. LYON-CAEN, L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces), *Op. cit.*, spéc. n° 8 ; P.-H. ANTONMATTÉI, Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme, *Dr. social*, 2003, p. 87, spéc. n° 4 et 5.

⁷³⁰ *Supra*, Titre I, Chapitre I, n° 57 et suiv.

⁷³¹ G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU, Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective, *Dr. social*, 2003, p. 72, spéc. p. 84 et 85.

En la matière, le droit français n'évolue pas beaucoup. La loi du 4 mai 2004 a introduit l'accord majoritaire mais cela ne compense pas les taux faibles de syndicalisation et les critiques récurrentes quant à la représentativité réelle des syndicats⁷³². Par manque de volonté des partenaires sociaux et de la classe politique, la réforme de la représentativité est sans cesse repoussée. L'espoir renaît parfois au détour de rapports⁷³³. Le défaut de représentativité réelle nuit à l'équilibre des parties dans la négociation. Une place majeure pourra être accordée à la convention collective « quand le syndicalisme fera front commun »⁷³⁴.

212. Une autre solution envisagée par la doctrine pour laisser une plus grande place à la négociation collective serait de modifier la nature de la loi en la rendant supplétive. Il s'agit d'une « voie plus audacieuse »⁷³⁵. Les partenaires sociaux auraient, en effet, « le soin de fixer les normes qui les gouvernent dans les limites tracées par un impératif légal réduit au rang de loi-cadre, ainsi que la liberté d'apporter à ce dernier des dérogations participant de la recherche d'un équilibre différent de celui privilégié par les pouvoirs publics »⁷³⁶. Cette solution supposerait un préalable : que le Parlement légifère avec modération, ce qui semble peu probable au regard de la pratique actuelle. De plus, les directives transposées en droit interne ne peuvent avoir une valeur supplétive. Le droit français ne peut pas se permettre de changer la nature de la loi, si cela entraîne la non application des règles communautaires. La transposition du droit communautaire doit se faire par le biais de mesures impératives. La loi doit conserver sa force obligatoire : qu'elle ait en charge directement la transposition d'une directive ou qu'elle corrige une mauvaise transposition par voie conventionnelle. Ne pouvant pas nous dédire de nos engagements européens, les modifications que pourraient subir la procédure législative française, pour faire place aux partenaires sociaux, ne devraient pas consister dans une modification systématique de la nature de la loi en loi supplétive.

La loi du 4 mai 2004 a prévu de nouveaux cas dans lesquels les accords collectifs d'entreprise peuvent déroger à la loi. La liberté de négociation collective, au niveau de l'entreprise, est privilégiée par rapport à la loi⁷³⁷. Le texte de 2004 « marque à cet égard un essor considérable

⁷³² Cf. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II, n° 390 et suiv.

⁷³³ Voir le dernier en date : *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport remis au Premier ministre, par M. HADAS-LEBEL, mai 2006.

⁷³⁴ G. LYON-CAEN, *Op. cit.*, spéc. n° 8.

⁷³⁵ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 321.

⁷³⁶ B. TEYSSIÉ, *Propos autour d'un projet d'autodafé*, *Dr. social*, 1986, p. 559, spéc. 560.

⁷³⁷ P. RODIÈRE, La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir, *Sem. soc. Lamy*, supplément, n° 1183, p. 6, spéc. n° 6.

du procédé » de la loi supplétive⁷³⁸. Le législateur, lorsqu'il prévoit d'attribuer une nature particulière à la loi, doit veiller (lorsqu'il décide qu'elle est supplétive) à ne pas enfreindre les prescriptions minimales prévues par le droit communautaire. Sous cette condition, il est envisageable que les lois puissent avoir une valeur impérative ou dispositive selon le choix du législateur⁷³⁹.

213. La répartition matérielle des compétences entre la loi et la convention, ainsi que la transformation de la nature de la loi en loi supplétive, ne sont pas des solutions satisfaisantes, pour faire évoluer les rapports, en France, entre la loi et la convention collective.

Au terme de l'analyse du rôle des partenaires sociaux européens dans la procédure législative communautaire, il apparaît que la répartition des rôles entre la loi et la convention collective se définit de façon procédurale. La substance du droit est importante mais la façon dont il est édicté l'est aussi. « Cet accent mis sur les procédures de consultation et de participation des intéressés au processus de décision est une tendance lourde des sociétés industrialisées. Ces procédures enrichissent évidemment la prise de décision de l'employeur, les choix publics ou le travail parlementaire »⁷⁴⁰.

Plutôt que la répartition des compétences entre la loi et la négociation collective selon un critère matériel, émerge l'idée d'une répartition des compétences dans le cadre de *la procédure d'élaboration de la loi*. Il s'agit là du véritable enseignement que l'on peut tirer du droit communautaire. Dans toutes les matières relevant de la compétence législative communautaire, les institutions communautaires comme les partenaires sociaux européens interviennent de droit, le moment et la durée de leur intervention étant définis dans le traité CE. Les partenaires sociaux européens peuvent élaborer le texte d'une directive par le biais d'un accord, mais le Conseil et la Commission restent maîtres du contenu final de la directive⁷⁴¹.

La répartition, en France, des rôles entre la loi et la convention collective pourrait se fonder sur ce critère procédural⁷⁴². D'ailleurs, c'est dans cette direction que le pouvoir politique semble s'orienter.

⁷³⁸ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 7.

⁷³⁹ G. LYON-CAEN, *Op. cit.*, spéc. n° 9.

⁷⁴⁰ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 43.

⁷⁴¹ *Cf. supra* n° 55 et suiv.

⁷⁴² *Cf. infra* b), n° 223.

3. La question saisie par le politique

214. Le Gouvernement affichait, en 2002⁷⁴³, la volonté d'encourager une démocratie sociale et de faire place à l'autonomie des partenaires sociaux. « Il s'agit de restructurer différemment les sources du droit du travail pour y faire une place intangible aux conventions et accords collectifs »⁷⁴⁴. La répartition des compétences entre la loi et la négociation, selon un critère procédural, a été consacrée par la loi, mais sans caractère contraignant. La loi du 4 mai 2004 n'en fait mention que dans son préambule : le Gouvernement s'est engagé solennellement à renvoyer « *à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme de droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le Gouvernement* »⁷⁴⁵. La commission VIRVILLE a procédé à une interprétation optimiste de cette disposition. Selon le rapport de cette commission, « le Gouvernement entend prendre l'engagement solennel de renvoi préalable à la négociation collective. Ce principe pourrait à bon droit prendre ultérieurement une forme constitutionnelle »⁷⁴⁶. Le renvoi préalable à la négociation collective n'a pas été mis en œuvre par le législateur⁷⁴⁷. « Le projet de loi (sur le dialogue social et la formation professionnelle) se revendiquait de la Position Commune. Il s'en est éloigné. Tout du moins, cette voie n'a été que partiellement suivie »⁷⁴⁸.

215. Le Premier ministre a commandé un rapport à M. CHERTIER, qui lui a été remis en avril 2006, intitulé « Pour une modernisation du dialogue social », afin d'aboutir à une

⁷⁴³ D'autres manifestations politiques de changement se sont produites antérieurement sans que cela aboutisse à une règle de droit : Rapport ROBINEAU, Loi et négociation collective : Liaisons Sociales, Doc. V, Projets économiques et sociaux, 8/07/97, n° 53/97 ; des premiers ministres ont affiché leur volonté d'encourager un véritable dialogue social : J. CHABAN-DELMAS (1969), L. JOSPIN (dans une lettre du 6 juillet 2001 aux partenaires sociaux et J.-P. RAFFARIN (2002). Ces exemples sont rapportés par N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 314.

⁷⁴⁴ J.-J. DUPEYROUX, *Op. cit.*, p. 5.

⁷⁴⁵ Exposé des motifs.

⁷⁴⁶ M. de VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*. Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 mars 2004, point 5.1.1.

⁷⁴⁷ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 316.

⁷⁴⁸ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 318. L'auteur mentionne les propos du rapporteur de la loi de mai 2004 au Sénat, J. CHÉRIOUX : « le projet de loi n'aborde qu'à la marge la question de l'articulation entre la loi et l'accord. Cette question est étudiée, non sous l'angle de leur hiérarchie – le principe de l'ordre public étant bien maintenu –, mais sous l'angle de leur complémentarité, dans le prolongement direct des propositions de la Position Commune » (JO 4 février 2004, Sénat, Débats, compte-rendu de la séance du 3 février 2004, p. 1106, 1^{ère} colonne). L'auteur ajoute : « Si la preuve était à faire, il n'y a plus de doute sur l'absence de réflexion de fond sur la répartition des compétences entre la loi et les accords collectifs, réflexion ô combien nécessaire » (n° 321).

réforme de la participation des partenaires sociaux. Ce rapport propose d'établir un agenda des réformes, permettant aux acteurs du dialogue social d'être clairement informés pour mener les actions nécessaires :

- Elaborer de manière concertée un programme pluriannuel de réformes prévoyant les modes d'association des partenaires sociaux et acteurs de la société civile ;
- Actualiser chaque année cet agenda partagé, en lien avec le programme national de réformes présenté par la France au niveau européen ;
- Procéder à une présentation de cet agenda partagé, et de ses actualisations annuelles, par le Premier ministre devant le Conseil économique et social.

L'important est que tous les acteurs du dialogue social bénéficient d'une information suffisante pour proposer des réformes en connaissance de cause, et aussi instaurer un climat d'échanges plutôt que de confrontations. Cela rappelle évidemment les méthodes communautaires de participation des partenaires sociaux aux politiques de l'emploi.

Le rapport CHERTIER ne se contente pas de proposer un échange d'informations, il envisage aussi de changer la procédure législative française, par voie constitutionnelle, afin d'intégrer la concertation ou la négociation, et peut-être, la conclusion d'accords collectifs :

- Réviser la Constitution pour indiquer, à l'article 39, qu'une loi organique est chargée de préciser les conditions d'élaboration des projets de loi préalablement à leur présentation en Conseil des ministres ;
- Introduire dans le cadre de cette loi organique une procédure de « temps réservé » à la concertation, posant l'exigence d'un délai minimal de trois mois entre l'annonce d'un projet d'une réforme et l'adoption du texte correspondant en Conseil des ministres (ces propositions seraient traduites dans une loi organique) ;
- Indiquer qu'en amont de cette procédure, le Gouvernement aurait à préciser les modalités de concertation retenues par lui et les dispositions visant à améliorer la qualité et la sécurité juridique ;
- Prévoir qu'en aval, lors de la présentation en Conseil des ministres, le Gouvernement aurait à présenter un document sur le déroulement de la concertation et les suites qui y ont été données ;
- Organiser une variante de la procédure de temps réservé pour les réformes liées au droit du travail, afin de permettre aux partenaires sociaux de se saisir, s'ils le souhaitent, du thème de réforme et de conduire des négociations sur le sujet. Le délai de la procédure serait allongé pour permettre à ces négociations d'aboutir ;

- Prévoir qu'un domaine sur lequel des négociations sont engagées par les partenaires sociaux ne puisse pas, pendant la période concernée, faire l'objet d'initiatives de réforme Gouvernementales ou parlementaires ;
- Prévoir qu'en cas d'accord, le Gouvernement ne peut que reprendre le texte des partenaires sociaux ou renoncer à son projet de réforme. De même, le parlement ne pourrait qu'accepter ou refuser en bloc le projet de loi issu de l'accord des partenaires sociaux.

216. Ce rapport a une approche procédurale du rôle joué par les partenaires sociaux dans le cadre de l'élaboration de la loi. Même si les partenaires sociaux décident de négocier et conclure une convention, cette dernière devra être entérinée par le Gouvernement puis le Parlement pour devenir formellement une loi.

Les propositions du rapport ont été diversement appréciées par la doctrine⁷⁴⁹, surtout parce que l'association des partenaires sociaux n'est pas soumise à la réforme de leur représentativité⁷⁵⁰. Le Gouvernement n'a pas tardé à proposer une réforme au Parlement sous l'impulsion du Chef de l'État⁷⁵¹. La loi de modernisation du dialogue social, prévoyant la concertation avec les partenaires sociaux pour élaborer des lois, a été adoptée le 31 janvier 2007. Cette célérité entre la date de remise du rapport CHERTIER et la promulgation de la loi est la preuve qu'une telle réforme de la participation des partenaires sociaux à la procédure législative est le résultat d'un large consensus des acteurs concernés et même la traduction d'une demande sociale⁷⁵².

b) Une modernisation du dialogue social ?

217. La loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 instaure un Titre préliminaire au Code du travail qui prévoit des procédures de concertation, de consultation et d'information des partenaires sociaux.

⁷⁴⁹ Voir notamment la *Controverse* dans la *RDT* d'octobre 2006 entre M.-A. SOURIAU et Ph. LANGLOIS ; et J.-E. RAY, 4 mai 2004-mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois. A propos du rapport Chertier, *Dr. social*, 2006, p. 981.

⁷⁵⁰ Réforme qui a aussi suscité l'intérêt du Premier ministre puisque un rapport lui a été remis : *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, rapport établi par R. HADAS-LEBEL, remis au Premier ministre le 3 mai 2006.

⁷⁵¹ Discours du Président de la République au Conseil économique et social, 10 octobre 2006, extraits rapportés dans *JCP éd. Soc.*, n° 42, 2006, p. 4, n° 389.

⁷⁵² A. JEAMMAUD, H. MASSE-DESSEN, Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?, *Sem. soc. Lamy*, 18 avril 2006, n° 1257, p. 8, spéc. p. 9.

218. Désormais, l'article L. 101-1 du Code du travail⁷⁵³ dispose : « *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.*

A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

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.

Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées ci-dessus en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence ».

Les résultats de la concertation et, éventuellement, de la négociation sont transmis, en vertu de l'article L. 101-2 du Code du travail⁷⁵⁴, à la Commission nationale de la négociation collective, au Comité supérieur pour l'emploi ou, selon les cas, au Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie.

219. Les partenaires sociaux, à condition qu'ils soient représentatifs au niveau national et interprofessionnel, peuvent négocier sur des projets de réforme du Gouvernement. Les thèmes concernant les secteurs sont écartés du champ de l'application de la négociation, ainsi que les propositions de lois. Il semble regrettable de limiter ainsi le champ d'intervention des partenaires sociaux dans la procédure législative. Néanmoins, certains pensent que ces limitations sont sans conséquence, dans la mesure où la plupart des lois émanent de l'initiative du Gouvernement et qu'il est rare qu'une loi se cantonne à un seul secteur⁷⁵⁵.

⁷⁵³ Article L. 2211-1 du Nouveau Code du travail.

⁷⁵⁴ Article L. 2211-2 du Nouveau Code du travail.

⁷⁵⁵ J.-F. CESARO, *Op. cit.*, spéc. n° 10 et n° 13.

Le champ de la négociation est vaste même si les questions relatives à la sécurité sociale en sont exclues⁷⁵⁶.

Une remarque étonnante a été formulée à propos du champ d'application de la négociation. Un rapporteur de la loi de modernisation du dialogue social, au Sénat, a, en effet, expliqué que la transposition de directive précise et détaillée était exclue des procédures de concertation et de négociation, à l'inverse d'une directive laissant une marge d'appréciation aux États membres⁷⁵⁷. Une telle distinction semble discutable car l'on sait que les partenaires sociaux nationaux peuvent se saisir de la mise en œuvre d'une directive.

220. La loi du 31 janvier 2007 permet aux partenaires sociaux d'intervenir sur les futurs textes de loi, *via* leur concertation. « Toute ressemblance avec la Position commune de 2001, le rapport CHERTIER et même avec l'article 138 du traité instituant la Communauté européenne n'est évidemment pas fortuite »⁷⁵⁸. Le législateur, pourtant (à l'inverse du rapport CHERTIER) ne s'est pas préoccupé du sort des accords conclus par les partenaires sociaux dans le cadre de ces procédures de concertations. La question du devenir des accords conclus par les partenaires sociaux aurait sans doute nécessité une réforme constitutionnelle car il aurait fallu, par là-même, redéfinir les rôles respectifs du Parlement et du Gouvernement.

La loi de modernisation du dialogue social se contente de renvoyer aux partenaires sociaux le soin de déterminer le temps de la négociation. Mais la loi est silencieuse sur les démarches à accomplir à l'issue de la négociation : comment les partenaires sociaux transmettront le texte au Gouvernement ? Le Gouvernement sera-t-il obligé d'attendre que les partenaires sociaux aient fini de négocier pour adopter son projet de loi ? La réponse à ces questions n'est pas aisée. Aucune réforme constitutionnelle n'étant intervenue, le Gouvernement ne semble tenu d'aucune obligation envers les partenaires sociaux, de prendre en compte le résultat de leur négociation. Il reste que, politiquement, il serait mal venu de la part du Gouvernement de ne pas attendre le résultat de la négociation, le risque étant de faire naître des mécontentements du côté des partenaires sociaux. Si l'on peut considérer que le Gouvernement devra attendre la fin du processus de concertation⁷⁵⁹, rien ne permet de dire qu'il sera contraint de reprendre l'accord des partenaires sociaux.

⁷⁵⁶ J.-F. CESARO, *Op. cit.*, spéc. n° 12.

⁷⁵⁷ Propos rapportés par J.-F. CESARO, *Op. cit.*, spéc. n° 9.

⁷⁵⁸ P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise, *Dr. social*, 2007, p. 459.

⁷⁵⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. p. 460.

L'avancée de la loi du 31 janvier 2007 réside dans une simple obligation morale⁷⁶⁰ faite au Gouvernement d'engager un processus de concertation ; il n'y a donc pas d'évolution majeure quant au rôle des partenaires sociaux dans la rédaction de la loi.

221. Une réelle implication des partenaires sociaux à la procédure législative ne pourrait venir, en l'état actuel du droit positif, que de la pratique, et de la bonne volonté du Gouvernement ainsi que des partenaires sociaux. Dans cette perspective, le Gouvernement serait responsable de l'intégration des partenaires sociaux au travail législatif. C'est sur sa loyauté que reposeraient l'information des partenaires sociaux et le déclenchement des concertations. Il ne devrait pas par ailleurs prétexter l'urgence de façon abusive, pour éviter toute concertation avec les partenaires sociaux. Les partenaires sociaux seraient responsables, quant à eux, des conséquences qu'ils entendent tirer des concertations. S'ils veulent orienter les réformes proposées par le Gouvernement, ils auraient intérêt à favoriser des pratiques de négociation reposant sur le compromis et la bonne foi, pour aboutir à la signature d'accords.

222. Finalement, la réforme introduite dans le Code du travail, par la loi du 31 janvier 2007, en n'imposant aucune contrainte juridique, n'apporte pas de véritable changement. La pratique antérieure des lois négociées pourra perdurer en l'état. L'inspiration du droit communautaire, concernant l'intégration des partenaires sociaux à la procédure législative, a donc été plutôt timide.

223. Pour intégrer véritablement les partenaires sociaux à la procédure législative, une future réforme devrait reprendre à son compte la répartition procédurale des compétences entre la loi et la convention, telle qu'elle existe en droit communautaire⁷⁶¹. Cette réforme consisterait dans une modification de la Constitution⁷⁶² (ou l'adoption d'une loi organique⁷⁶³) :

⁷⁶⁰ J.-F. CESARO, *Op. cit.*, spéc. n° 23.

⁷⁶¹ On assiste à une sorte de jeu de miroirs puisque le droit communautaire s'est inspiré de la pratique de la loi négociée à la française et, désormais, le droit français pourrait s'inspirer du droit communautaire pour faire évoluer la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi (A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, spéc. p. 249).

⁷⁶² A. JEAMMAUD, H. MASSE-DESSEN, *Op. cit.*, p. 8.

⁷⁶³ Pour compléter la modification de la Constitution ou, pourquoi pas, en attendant ladite modification, un code de bonne conduite pourrait être trouvé entre l'État, le patronat et les syndicats. J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD proposent que ce code de bonne conduite prenne la forme soit d'un pacte tripartite, soit d'engagements clairs, fermes et précis de respect de l'autonomie contractuelle pris par les partis politiques (à la veille d'une nouvelle législature) (J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 51). Le code de bonne conduite comme la pratique du « livre » ne semble pas appartenir à la culture juridique française. Cette pratique courante au niveau communautaire n'est peut-être pas transposable en droit français.

d'une part, afin d'introduire l'obligation pour le Parlement ou le Gouvernement de saisir les partenaires sociaux avant tout projet ou toute proposition de loi en matière sociale⁷⁶⁴ et, d'autre part, en vue d'octroyer un temps de négociation, suspendant la procédure législative, pour les partenaires sociaux, s'ils décident de se saisir du projet ou de la proposition. En cas d'accord collectif conclu par les partenaires sociaux, la question du rôle du Parlement serait posée. À l'inverse de ce que prévoyait le rapport CHERTIER, il ne serait pas opportun, au nom de la démocratie représentative, de contraindre le Parlement à reprendre cet accord⁷⁶⁵. La pratique, au niveau communautaire, montre que les partenaires sociaux parviennent assez rarement à un compromis, aboutissant à une directive. La rareté du compromis fait que, finalement, le Conseil reprend systématiquement l'accord. Ainsi, par analogie, si un accord intervenait, on est amené à penser que le Parlement, lui aussi, reprendrait le texte, sans qu'il soit utile de l'y contraindre.

224. Ce changement de logique dans l'élaboration du droit interne du travail semble tout à fait envisageable au regard, par exemple, des pratiques existantes des lois négociées et expérimentales. Il s'agirait, néanmoins, d'un bouleversement pour le Parlement qui devrait opérer une consultation systématique des partenaires sociaux, tout en conservant ses prérogatives d'adoption de la loi. Une telle solution modifierait certainement les rapports entre le Parlement, les partenaires sociaux et le Gouvernement (lorsque ce dernier a l'initiative du texte). Pour qu'une telle réforme soit réalisable, il faudrait, comme en droit communautaire, imposer un délai maximum entre le moment où les partenaires sociaux décident de négocier et la transmission de l'accord au Parlement.

225. Le préalable à la répartition procédurale des compétences entre la loi et la convention collective serait le nécessaire renforcement de la légitimité des partenaires sociaux (même si le manque de légitimité poserait moins de difficultés que dans le cadre d'une répartition matérielle des compétences car le Parlement conserverait le pouvoir d'adopter le texte⁷⁶⁶). D'ailleurs, ce renforcement s'impose indépendamment de la mise en œuvre de la réforme⁷⁶⁷. Les prérogatives octroyées aux partenaires sociaux par la loi du 31 janvier 2007 soulèvent, déjà, cette question de leur représentativité. Tant que cette question ne sera pas traitée,

⁷⁶⁴ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 40.

⁷⁶⁵ C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Préf. A. MAZEAUD, Bibli. de droit social, tome 43, LGDJ, 2006, spéc. n° 505.

⁷⁶⁶ *Cf. supra*, n) 209.

⁷⁶⁷ *Cf. infra*, Partie II, Titre II, n° 352.

octroyer aux partenaires sociaux la possibilité de restreindre le pouvoir législatif serait inopportun⁷⁶⁸, d'autant plus que les partenaires sociaux sont amenés à participer à l'élaboration de lois qui peuvent dépasser le domaine social⁷⁶⁹.

226. Conclusion du Chapitre II. Les partenaires sociaux français peuvent désormais transposer des directives, participer aux concertations relatives aux politiques communautaires de l'emploi, et donner leur avis sur un projet de réforme. Il est primordial de développer ce dialogue social national tripartite (État, organisations syndicales et patronales). Celui-ci doit être l'occasion de créer un véritable échange entre les partenaires sociaux et les pouvoirs publics sur les futures réformes. Le développement du dialogue social tripartite serait une étape essentielle du processus législatif et permettrait même aux partenaires sociaux de s'en inspirer pour élaborer des normes conventionnelles⁷⁷⁰.

La loi de modernisation du dialogue social, du 31 janvier 2007, a instauré, sans caractère contraignant, des procédures de concertation des partenaires sociaux, que ce soit dans le cadre d'un dialogue tripartite régulier ou à l'occasion de l'adoption d'une loi. La loi semble avoir retenu du droit communautaire la diversification de l'intervention des partenaires sociaux. Cette réforme de 2007 va dans le sens d'une amélioration de la procédure législative en donnant une place à part entière aux partenaires sociaux. Les prérogatives du Parlement ne sont pas atteintes, ce qui doit être approuvé car le Parlement est l'expression de la démocratie représentative. « La démocratie sociale ne constitue qu'une dimension – certes majeure – de la démocratie politique »⁷⁷¹. Pour cette raison, une amélioration de la participation des partenaires sociaux au processus législatif peut être préconisée. Les partenaires sociaux devraient jouer le rôle de rédacteur de la loi, sans avoir le pouvoir de l'adopter. S'il est vrai que les partenaires sociaux sont les mieux placés pour élaborer un contenu adapté de la norme sociale, ils ne possèdent pas la légitimité suffisante pour décider de son adoption⁷⁷². Leur rôle, à l'image de ce que prévoit le droit communautaire, devrait être procédural.

⁷⁶⁸ A. JEAMMAUD, H. MASSE-DESSEN, *Op. cit.*, spéc. p. 10 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. p. 460.

⁷⁶⁹ J.-E. RAY, *Op. cit.*, p. 578.

⁷⁷⁰ C. FOURCADE propose de créer un « Haut conseil pour l'avenir des relations sociales » au niveau national interprofessionnel qui serait composé de partenaires sociaux représentatifs et qui pourrait constituer une assemblée participant à l'élaboration législative et pourquoi pas au dialogue tripartite (*Op. cit.*, spéc. n° 513).

⁷⁷¹ G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU, *Op. cit.*, spéc. p. 80.

⁷⁷² Les partenaires sociaux travaillent, depuis juin 2007, à la demande du Premier ministre, sur le thème de la « démocratie sociale et, plus précisément sur les conditions de réforme de la représentativité et les conditions de modernisation de la négociations collectives (*Sem. soc. Lamy*, n° 1313, p. 4).

Dans le cas où serait consacrée une répartition procédurale des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux, chacun serait obligé de jouer le jeu et d'avoir une attitude constructive pour aboutir à des réformes sociales.

Conclusion du Titre II

227. La participation des partenaires sociaux européens à la production législative communautaire a eu pour conséquence l'élaboration de quelques directives. Leur nombre est plutôt faible (quatre) et elles n'entraînent pas de bouleversements majeurs en droit interne du travail. Le faible nombre de directives révèle que les partenaires sociaux européens parviennent difficilement à un compromis à un niveau interprofessionnel et communautaire. Il est donc heureux que l'adoption de directives ne relève pas de leur compétence exclusive. Malgré cette influence limitée sur la substance du droit du travail interne, la participation des partenaires sociaux européens influe sur l'évolution du rôle des partenaires sociaux français dans la procédure législative. Elle a, en effet, le mérite de formaliser ce rôle. D'abord, le droit communautaire permet aux partenaires sociaux nationaux d'intervenir dans le processus législatif interne, car il prévoit que ces derniers peuvent mettre en œuvre des directives, et il encourage un dialogue social tripartite sur l'emploi. Ensuite, la participation des partenaires sociaux européens a aidé à penser les évolutions de la participation des partenaires sociaux français à l'élaboration de la loi. Le droit français (loi du 31 janvier 2007) s'est inspiré du droit communautaire pour faire évoluer sa pratique ancienne de la loi négociée. Il n'en demeure pas moins que la réforme est insuffisante. Il s'agit d'une inspiration dévoyée de la procédure législative communautaire car il n'y a pas eu de consécration de la conception communautaire des « partenaires sociaux rédacteurs de la loi ».

CONCLUSION DE LA PARTIE I

228. La contribution des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi est une composante essentielle du droit du travail communautaire, qu'ils soient intégrés à la procédure législative comme rédacteurs des directives, ou qu'ils soient associés à un dialogue social tripartite dans le cadre des politiques de l'emploi.

La participation des partenaires sociaux européens au processus législatif communautaire n'a pas eu d'effets importants en droit du travail français. Par ailleurs, les partenaires sociaux n'ont pas conclu beaucoup d'accords-cadres transformés en directives. Cela démontre qu'il serait inopportun d'accorder aux partenaires sociaux le pouvoir de « légiférer » seuls.

C'est la raison pour laquelle l'attribution d'un rôle aux partenaires sociaux en matière législative doit consister dans un rôle uniquement procédural. C'est de ce constat que devrait s'inspirer le droit français pour faire évoluer le rôle des partenaires sociaux nationaux.

Tout comme il pourrait, sur le modèle du droit communautaire, développer un dialogue social tripartite, permettant aux partenaires sociaux français de transmettre leur point de vue aux pouvoirs publics et de bénéficier d'une information utile à leur action.

La participation des partenaires sociaux européens à l'élaboration du droit du travail ne se limite pas à leur contribution à la loi. Ils édictent également des règles professionnelles qui, progressivement, dessinent un espace européen de négociation.

- PARTIE II -

**LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL
COMMUNAUTAIRE A L'ELABORATION DE REGLES
PROFESSIONNELLES**

229. Les traités CE et UE reconnaissent la liberté syndicale et le droit d'avoir des relations conventionnelles⁷⁷³. Même s'il n'existe pas de règles communautaires relatives aux conventions collectives, les partenaires sociaux européens élaborent un certain nombre d'actes pour régir les relations professionnelles. Les partenaires sociaux européens sont, aujourd'hui, très actifs.

L'intensification des relations professionnelles, au niveau communautaire, se répercute dans chacun des États. Les partenaires sociaux nationaux, membres des organisations européennes, doivent, en effet, tenir compte de ce niveau lorsqu'ils élaborent des règles professionnelles nationales. Le dialogue social communautaire a vocation à structurer chaque niveau national. Il contribue à construire un véritable espace européen de négociation : il inclut les règles professionnelles émises par les partenaires sociaux communautaires, ainsi que la mise en œuvre de ces règles qui nécessite l'action des partenaires sociaux nationaux. L'espace européen de négociation est un espace dans lequel les règles professionnelles communautaires sont nécessairement imbriquées aux règles professionnelles nationales. Le niveau communautaire est devenu l'espace de négociation de référence, en ce sens qu'il délimite, désormais, le cadre dans lequel les partenaires sociaux, qu'ils soient communautaires ou nationaux, peuvent d'une part s'exprimer et d'autre part s'obliger (Titre I).

La capacité des acteurs du dialogue social est indissociable de la question de leur légitimité. Cette question se pose à plusieurs niveaux car l'élaboration de règles professionnelles, dans l'espace européen, nécessite l'intervention des partenaires sociaux européens et nationaux. L'absence de réglementation communautaire et les débats en droit français autour de la représentativité syndicale soulèvent de nombreuses interrogations (Titre II).

⁷⁷³ Cf. Introduction, n° 6.

TITRE I

L'INTERVENTION DES NIVEAUX COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS DANS L'ESPACE EUROPÉEN DE NEGOCIATION

230. L'élaboration de règles professionnelles est le résultat de négociations, c'est-à-dire d'échanges entre les partenaires sociaux. Ces négociations donnent lieu à des instruments variés.

La norme juridique habituellement utilisée pour régir les relations professionnelles est la convention collective. Or il n'existe pas de convention collective communautaire s'appliquant directement aux salariés habitant sur le territoire de l'Union européenne. La convention collective, telle qu'elle est conclue par les partenaires sociaux communautaires, est une convention qui s'applique uniquement aux parties signataires⁷⁷⁴. Les partenaires sociaux européens semblent peu enclins à utiliser le contrat pour établir des relations professionnelles. Ils ont plutôt choisi des instruments non contraignants mais pouvant avoir des incidences pratiques. Ces instruments sont de la *soft law* (ou droit souple ou mou).

La particularité des règles professionnelles communautaires est qu'elles nécessitent, pour être appliquées, d'être reprises par les partenaires sociaux français. Cela entraîne, dans l'espace européen de négociation, une imbrication entre le niveau communautaire et le niveau national. La question se pose de savoir comment le droit français réceptionne les conventions collectives communautaires et les divers outils de *soft law* émis par les partenaires sociaux européens.

Les règles professionnelles européennes sont édictées à des niveaux différents. L'élaboration de règles professionnelles est très importante au niveau interprofessionnel et sectoriel, alors qu'elle semble beaucoup plus timide dans l'entreprise transnationale. Cela s'explique, en partie, par l'élan donné par la Commission à la négociation interprofessionnelle et sectorielle, dans le cadre d'un dialogue social tripartite, notamment au sein des comités de dialogue social sectoriel. La distinction, entre d'un côté les niveaux interprofessionnel et sectoriel et, de l'autre, le niveau de l'entreprise, résulte également de la différence des objectifs qui sont

⁷⁷⁴ P. RODIÈRE, *La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de sources professionnelles*, Litec, 1987, spéc. p. 323 et suiv.

poursuivis. Alors que la négociation de niveau interprofessionnel et sectoriel a vocation à égaliser les conditions de concurrence pour éviter le *dumping* social, la négociation d'entreprise répond à un besoin spécifique de l'entreprise qui est d'établir en son sein un statut collectif.

L'élaboration de règles professionnelles, dans un espace européen, révèle une forte coordination entre les niveaux communautaire et français de négociations interprofessionnelles et sectorielles (Chapitre I). La négociation dans l'entreprise transnationale de dimension communautaire commence seulement à se développer (Chapitre II).

Chapitre I

La coordination des niveaux communautaire et français de négociations interprofessionnelles et sectorielles

231. Les règles professionnelles communautaires de niveau interprofessionnel et sectoriel (ou de branche) se développent de plus en plus. Comme l'effectivité de ces règles dépend de leur réception en droit interne, on comprend qu'il doit exister une véritable coordination entre le niveau communautaire et le niveau national, pour que ces règles professionnelles soient applicables dans l'espace européen.

Le résultat du dialogue social interprofessionnel et sectoriel est variable, il peut aboutir aussi bien à des actes juridiquement contraignants (section I) qu'à des actes non contraignants. Ces derniers sont plus souvent adoptés que l'accord collectif, en raison précisément de leur souplesse (section II).

Section I. La coordination des accords collectifs

Le traité CE se contente d'énoncer, à son article 139 §1, que « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* ». Aucun régime juridique n'existe, ce qui laisse beaucoup de questions en suspens. Il est nécessaire d'essayer de dégager quelques pistes afin de voir comment ces accords collectifs communautaires⁷⁷⁵ doivent être reçus en droit français (§ I). Ces incertitudes juridiques n'ont pas empêché l'essor, en pratique, de la conclusion d'accords, révélant un espace européen de négociation (§ II).

⁷⁷⁵ Il ne s'agit pas d'un accord collectif au sens où l'entend le droit français, cet accord collectif communautaire a un sens propre, c'est une catégorie autonome du droit communautaire : E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle*, coll. « travaux du CERIC », Bruylant, 2007, spéc. p. 151.

§ I - L'interaction des niveaux communautaire et interne

L'application de la convention collective communautaire en droit interne dépend de sa nature juridique. En effet, cette dernière conditionne sa mise en œuvre.

La négociation collective, bien qu'étant évoquée par le traité CE (A), présente un défaut d'effectivité au niveau national, en raison de l'absence d'un régime juridique de la convention collective communautaire (B).

A. La négociation de l'accord collectif communautaire

232. Le droit de la négociation collective communautaire a longtemps été considéré comme un « droit fiction »⁷⁷⁶. L'existence de ce droit est désormais prévue à l'article 139 du traité CE.

Si son existence ne suscite plus aucun doute, son régime juridique demeure partiel, en ce sens que ne sont pas mentionnées dans les textes, les questions de représentativité et de modalités de conclusion. Néanmoins, la pratique a mis en place un régime juridique, auquel la Commission a contribué.

L'analyse des fondements juridiques communautaires de l'accord collectif, qu'il s'agisse de sa négociation ou de sa conclusion (a) permet de dégager les éléments relatifs à sa nature juridique (b).

a) Les fondements juridiques de l'accord collectif communautaire

Le déroulement de la négociation (1) est à la charge principalement des partenaires sociaux européens. Eux seuls sont responsables de la conclusion d'accords (2).

1. La négociation

233. Le traité CE prévoit que la Commission suscite l'avis des partenaires sociaux (article 138 du traité CE)⁷⁷⁷. La question s'est cependant posée de savoir si les partenaires sociaux pouvaient avoir seuls l'initiative d'une négociation en dehors du processus institutionnel.

⁷⁷⁶ Ph. LANGLOIS, La négociation collective d'entreprise, la politique communautaire, *Dr. social*, 1990, p. 673, spéc. p. 675.

⁷⁷⁷ Cf. *supra* n° 35.

L'article 139 du traité CE énonce, en effet, qu'ils peuvent conclure des accords en dehors de ce processus.

M. TEYSSIÉ s'est prononcé tôt sur cette question, en choisissant une lecture disjointe des articles 138 et 139 du traité CE⁷⁷⁸ : « 1) si l'article 138 dispose que les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager la procédure de l'article 139, rien, dans l'article 139, ne subordonne l'utilisation de la procédure qui y est visée à l'engagement préalable de celle de l'article 138 ; 2) la procédure de l'article 138 ne peut être engagée que sur les thèmes énumérés à l'article 137, donc relevant de la compétence de la Communauté en matière sociale ; la procédure de l'article 139 peut en revanche être utilisée pour traiter d'autres questions ; la preuve en est que la mise en œuvre de l'accord conclu au niveau communautaire ne peut être opérée par voie de décision que s'il concerne les matières relevant de l'article 137, d'où il résulte que les accords de niveau communautaire mis en œuvre par voie de conventions ou accords nationaux sont susceptibles de concerner d'autres matières ; 3) obtenir un réel développement de la négociation collective européenne passe par l'octroi aux partenaires sociaux de la liberté d'engager quand ils le souhaitent et sur quoi ils le désirent une négociation ; les placer sous la dépendance de la Commission risque d'altérer la dynamique conventionnelle au point de donner d'aussi médiocres résultats que la loi française de 1946 en matière de négociation collective, morte de l'avoir étouffée faute d'avoir laissé un espace de liberté suffisant aux partenaires sociaux »⁷⁷⁹.

234. Cette interprétation doit être approuvée, d'autant que la Commission n'a pas manifesté son désaccord. D'ailleurs, les partenaires sociaux utilisent cette possibilité de conclure des accords en dehors de toute procédure institutionnelle⁷⁸⁰. Les partenaires sociaux ont ainsi engagé de leur propre initiative les négociations sur le télétravail⁷⁸¹, en 2002 ; ils ont

⁷⁷⁸ L'auteur le signalait déjà (dans un article intitulé « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *JCP éd. E*, 1994, chr. 352, p. 215, spéc. n° 28) à propos de la lecture disjointe des articles 3 et 4 de l'Accord européen sur la politique sociale joint au traité de Maastricht, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993. L'auteur confirme son point de vue dans son manuel *Droit européen du travail* (3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 105, 106 et 107) ainsi que dans *Droit communautaire*, in *La négociation collective*, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 95, spéc. n° 147.

⁷⁷⁹ B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 95, spéc. n° 147.

⁷⁸⁰ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*. Les partenaires sociaux se sont fixés un programme de travail pour 2003-2005, dans lequel ils prévoient d'engager des négociations pour signer un accord volontaire sur le stress au travail (en 2003), le harcèlement (en 2004-2005). La plupart des mesures du programme sont des échanges de vue et non un acte juridique. Ce document est disponible sur le site Europa :

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/dec/prog_de_travail_comm_fr.pdf.

⁷⁸¹ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*.

aussi signé un accord-cadre sur le stress lié au travail⁷⁸², en 2004, et un accord sur la licence européenne pour conducteurs effectuant un service d'interopérabilité transfrontalière, en 2004⁷⁸³. Le dernier accord-cadre signé par la CES, Business Europ (ex-UNICE), l'UEAPME et la CEEP, le 26 avril 2007, est relatif au harcèlement et à la violence au travail⁷⁸⁴.

Les partenaires sociaux se voient donc offrir par le traité CE « un droit propre à négocier »⁷⁸⁵ et un véritable espace conventionnel. Ils bénéficient d'une liberté de choix concernant leur partenaire, en application du principe de reconnaissance mutuelle⁷⁸⁶.

2. La conclusion d'accords collectifs communautaires

235. La conclusion d'accords collectifs européens avait été souhaitée⁷⁸⁷, elle est désormais en partie réalisée. La négociation peut aboutir à des accords⁷⁸⁸ entre partenaires sociaux dont les sujets abordés sont libres, car ils sont en dehors des prescriptions de l'article 138 du traité CE. Une limite s'impose : celle du respect de l'ordre public communautaire⁷⁸⁹ et des ordres public nationaux⁷⁹⁰.

⁷⁸² LSE, n° 106, p. 1.

⁷⁸³ Ces accords sont répertoriés par la Commission dans COM (2004) 557 final, annexe 2, p. 16.
http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/aug/com_final_fr.pdf

⁷⁸⁴ LSE, n° 175, p. 1.

⁷⁸⁵ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 147. Un autre auteur, M. VIGNEAU, désigne même cette prérogative des partenaires sociaux comme « une aptitude normative originaire » (C. VIGNEAU, Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire, *RTD eur.*, 2002, p. 653, n° 4).

⁷⁸⁶ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I, n° 354 et suiv. ; C. VIGNEAU, *Op. cit.*, n° 7, la Commission n'intervient plus si les partenaires sociaux décident de signer un accord qui ne sera pas soumis ensuite à la procédure auprès du Conseil. La Commission l'a confirmé (Rép. COM. 19 avril 1996, JOCE, C. 183 du 24 juin 1996 ; Adde, Rép. COM 3 décembre 1998, JOCE, C. 297 du 15 octobre 1999), ainsi que le TPICE dans sa décision du 17 juin 1998 : sont représentatifs ceux qui se reconnaissent mutuellement représentatifs ; cf. B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 108.

⁷⁸⁷ M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, Tome. VII, sous la direction de G. H. CAMERLINCK, 2^{ème} édition, Dalloz, 1989, p. 192, n° 11 et suiv. ; et G. LYON-CAEN, Négociation et convention collective au niveau européen, *RTD eur.*, 1973, p. 583, et *RTD eur.*, 1974, p. 1.

⁷⁸⁸ Nous employons le terme accord au sens d'acte juridique entraînant des effets contraignants pour les parties signataires. Cela se distingue d'autres instruments que peuvent utiliser les partenaires sociaux. Ces derniers n'emploient pas toujours le terme accord selon l'acception que nous venons de préciser, mais la Commission souhaiterait que le terme accord soit réservé aux textes mis en œuvre par les procédures de l'article 139 §2 du traité CE, Communication de la Commission, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, Proposition de Décision du Conseil créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, COM(2002) 341 final, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2002/com2002_0341fr01.pdf, spéc. p. 17.

⁷⁸⁹ J. BOULOUIS, « La convention collective à l'épreuve du droit communautaire », in *Les orientations du droit social contemporain, Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 79, spéc. p. 80 ; M. DESPAX, *Op. cit.*, spéc. n° 116 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, Ordre public et droit communautaire, *D*, 1993, chr., p. 177 ; C. VIGNEAU, *Op. cit.*, n° 8.

⁷⁹⁰ Pour une étude de l'ordre public national : N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail*, préf. J. PELISSIER, Bibli. de droit privé, Tome 461, LGDJ, 2006.

236. L'analyse des termes de l'article 139 du traité CE est nécessaire pour étudier le résultat de la négociation communautaire. L'article 139 utilise l'expression « relations conventionnelles ». Ces termes renvoient à des relations non cristallisées dans des accords⁷⁹¹, à des échanges d'informations, des chartes et des codes de conduite⁷⁹². Le terme « accord » s'interpréterait au sens « d'accord collectif », tel qu'il est défini dans le Code du travail français⁷⁹³. Le paysage de la négociation communautaire est donc loin d'être uniforme. L'étude de ce qui relève du droit souple, c'est-à-dire l'ensemble des actes non contraignants sera menée plus loin⁷⁹⁴. Seuls nous intéressent, ici, les actes conclus par les partenaires sociaux qui produisent des effets contraignants pour les parties signataires : les accords ou conventions collectifs communautaires.

237. La Commission⁷⁹⁵, lorsqu'elle établit la typologie des actes contraignants conclus par les partenaires sociaux, en relève deux types⁷⁹⁶.

En premier lieu, ce sont les accords mis en œuvre conformément à l'article 139 §2 du traité CE. La Commission qualifie ces accords de textes « nouvelle génération ». Ils établissent des normes minimales qui nécessitent d'être mises en œuvre selon les procédures et les pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres. Il s'agit d'une hypothèse distincte de celle prévoyant la mise en œuvre des accords par une décision du Conseil⁷⁹⁷.

En second lieu, la Commission répertorie comme actes contraignants pour les parties signataires ce qu'elle nomme les « textes procéduraux ». Il s'agit de ceux qui fixent des règles pour le dialogue bipartite, comme l'Accord sur la politique sociale du 31 octobre 1991 dans lequel les partenaires sociaux interprofessionnels ont fait des propositions de révision des

⁷⁹¹ B. TEYSSIÉ, Droit communautaire, in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 151.

⁷⁹² Cela est traité dans le § 2.

⁷⁹³ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 151 ; et aussi du même auteur, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André Decoq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 567, spéc. n° 15.

⁷⁹⁴ Cf. *infra* n° 277 et suiv.

⁷⁹⁵ Communication de la Commission, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM(2004) 557 final, http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/aug/com_final_fr.pdf, Communication de la Commission, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, Proposition de Décision du Conseil créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, COM(2002) 341 final, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2002/com2002_0341fr01.pdf. Annexe 2 : Typologie des résultats du dialogue social européen spéc. p. 16.

⁷⁹⁶ La Commission fait aussi une typologie des actes conclus par les partenaires sociaux, mais qui n'ont pas de nature contraignante, cf. § 2.

⁷⁹⁷ Cf. *supra* Partie I, Titre I, chapitre I, n° 52 et suiv.

procédures d'élaboration du droit communautaire, qui ont été incorporées dans le traité UE par la conférence intergouvernementale de 1991.

Ce second type d'accord n'est pas fréquent, les partenaires sociaux n'ayant pas renouvelé une telle expérience politique.

238. Les textes « nouvelle génération » sont plus nombreux, ils montrent la volonté des partenaires sociaux européens de poursuivre un dialogue plus autonome⁷⁹⁸. Il est difficile à un tel niveau de négociation d'entrer dans le détail⁷⁹⁹, c'est la raison pour laquelle ce sont des accords-cadres prévoyant des prescriptions minimales.

Pour la Commission, ces textes sont « caractérisés par le fait qu'ils doivent être suivis par les partenaires eux-mêmes. Ceci requiert une interaction accrue entre les différents niveaux de relations industrielles, y compris des systèmes efficaces de relations industrielles et des aptitudes suffisantes des partenaires sociaux au niveau national »⁸⁰⁰. Dans la mesure où l'effectivité des textes repose sur le suivi qu'exercent les partenaires sociaux, ces derniers doivent veiller à la qualité de rédaction d'un accord⁸⁰¹. Il est important que le contenu de l'accord soit rédigé avec soin. La Commission insiste d'ailleurs sur l'aspect qualitatif du dialogue social. Cette préoccupation concerne surtout le vocabulaire employé dans les accords. La Commission dénonce l'existence de dispositions trop imprécises et trop vagues⁸⁰² qui poseront nécessairement un problème concernant l'application des accords au niveau interne par les partenaires sociaux nationaux⁸⁰³.

L'amélioration de la qualité de rédaction des accords doit permettre d'éviter tout contentieux relatif à leur interprétation, ce qui est d'autant plus souhaitable, pour la Commission, au regard de la fonction exercée par les partenaires sociaux. La Commission estime, en effet, que les partenaires sociaux contribuent à une bonne gouvernance au sein de l'Union européenne car ils se distinguent « d'autres organisations, comme les groupes de pression ou d'intérêt, en raison de leur aptitude à participer à une négociation collective »⁸⁰⁴. Les liens que la Commission entretient avec les partenaires sociaux se veulent étroits. On assiste à une

⁷⁹⁸ Communication de la Commission, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie –Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM(2004) 557 final, spéc. p. 3.

⁷⁹⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n°113.

⁸⁰⁰ *Ibidem*.

⁸⁰¹ *Op. cit.*, spéc. p. 8.

⁸⁰² Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 6 et 7.

⁸⁰³ *Ibidem*, cf. n° 257. La Commission insiste sur le fait que l'accord communautaire n'est efficace que s'il est bien appliqué, donc s'il y a une bonne « synergie » entre les différents niveaux de relations industrielles.

⁸⁰⁴ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 6, ce qui montre que les inquiétudes de M. VIGNEAU concernant l'accord institutionnel sont infondées, cf. n° 284.

« institutionnalisation forte du dialogue social (...) illustrée par la présence des partenaires sociaux dans nombre de comités consultatifs interprofessionnels, comme par exemple dans les domaines de la protection de la santé et de la sécurité ou de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, ainsi qu'au sein du Comité permanent de l'emploi »⁸⁰⁵.

239. Concernant le contenu des accords, la Commission, en plus de souhaiter son amélioration qualitative, voudrait que les partenaires sociaux, dans les domaines où des droits fondamentaux ou d'importantes questions politiques sont en jeu, choisissent que leurs accords soient suivis d'une décision du Conseil⁸⁰⁶. Pour la Commission, les partenaires sociaux ne doivent pas seuls régler les domaines importants. La Commission voudrait ainsi réduire l'autonomie de la volonté des partenaires sociaux. Cependant, rien ne les y oblige, ils demeurent libres du choix de l'objet de l'accord⁸⁰⁷.

240. Les accords conclus par les partenaires sociaux européens peuvent même être des accords dérogatoires. Ils doivent alors être autorisés par une directive, comme celle, par exemple, sur l'aménagement du temps de travail⁸⁰⁸, qui prévoyait pour la première fois cette possibilité. Mais tel que le conçoit le droit communautaire l'accord dérogatoire n'est pas défavorable. « Les sujétions qu'il impose aux travailleurs doivent être justement compensées à peine de nullité de l'accord. S'il n'est pas soumis à un principe du « plus favorable », il l'est au moins à celui du « aussi favorable » »⁸⁰⁹. Au niveau national, ce sont les partenaires sociaux qui sont davantage incités à déroger que l'État membre. « Un modèle communautaire de la négociation collective dérogatoire prend donc naissance »⁸¹⁰.

241. Les partenaires sociaux sont donc libres concernant l'objet de leur négociation. Que les mesures soient ou non dérogatoires, les accords peuvent avoir des champs d'application

⁸⁰⁵ F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*, Éditions Liaisons, 2003, spéc. n° 311.

⁸⁰⁶ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p.11.

⁸⁰⁷ M. DESPAX, *Op. cit.*, spéc. n° 116.

⁸⁰⁸ Première directive sur l'aménagement du temps de travail : directive 93/104.

⁸⁰⁹ P. RODIÈRE, *Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social*, *DO*, 2000, p. 120, spéc. p. 123.

⁸¹⁰ *Ibidem*.

différents⁸¹¹. Le traité CE permet, en effet, de diversifier le dialogue social. Ce dernier peut être interprofessionnel ou sectoriel⁸¹².

Le dialogue social sectoriel est d'ailleurs encouragé par la Commission⁸¹³ qui, plus généralement, affiche l'intention de jouer un rôle dans le dialogue social. Nous venons de le dire, elle se pose volontiers comme conseillère en qualité. De plus, elle souhaite une intervention des institutions communautaires en matière de droits fondamentaux, et au-delà dans les matières qui entraînent une consultation des partenaires sociaux au titre de l'article 138 du traité CE⁸¹⁴.

Elle veut aussi soutenir les initiatives prises en vertu du processus de Lisbonne⁸¹⁵, et suivre la mise en œuvre des accords conclus⁸¹⁶.

242. L'importance du rôle des institutions communautaires dans le dialogue social était déjà signalée par M. A. LYON-CAEN : « Pour nombre d'observateurs le dynamisme du dialogue social interprofessionnel européen est tributaire du dynamisme des autorités communautaires, la négociation centrale ne pouvant se développer que comme alternative à l'action réglementaire de la Communauté à condition que celle-ci manifeste de l'audace »⁸¹⁷. C'était sans doute vrai auparavant. Aujourd'hui, le constat doit être plus nuancé car les partenaires sociaux agissent de leur propre initiative pour parvenir à la conclusion d'accords (et aussi d'actes non contraignants⁸¹⁸). La Commission semble moins instigatrice

⁸¹¹ Concernant la détermination du champ d'application géographique, les partenaires sociaux semblent entièrement libres, C. VIGNEAU, *Op. cit.*, n°8.

⁸¹² Cela était évident pour certains auteurs dès la conclusion du traité de Maastricht : F. VANDAMME, Quel espace contractuel pour les partenaires sociaux après le traité de Maastricht ?, *RMCE*, 1992, p. 788, spéc. p. 791 ; l'auteur pense que Maastricht, en élargissant le dialogue social, permet un dialogue social ouvert aux secteurs, mais aussi au groupe.

⁸¹³ Elle semble le soutenir : d'une part, car elle considère que depuis la création des comités de dialogue social sectoriel il s'agit d'un succès (COM (2002) 341 final, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, spéc. p. 17) ; et d'autre part, car elle le considère comme un facteur d'amélioration du dialogue social européen, (COM (2004) 557 final, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen, spéc. p.8. La Commission le voit aussi comme « un outil fédérateur car proche des réalités de terrain », propos d'Odile QUINTIN dans la préface d'un document édité par la direction générale de l'emploi et des affaires sociales, intitulé :

Le dialogue social sectoriel (décembre 2002) disponible sur : http://europa.eu.int/comm/employment_social/publications/2003/ke47o2397_fr.pdf.

⁸¹⁴ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p.11.

⁸¹⁵ *Cf. supra* n° 88.

⁸¹⁶ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.* ; Communication de la Commission, COM(2002) 341 final, *Op. cit.*, spéc. p. 9 et 10.

⁸¹⁷ A. LYON-CAEN, La négociation collective dans ses dimensions internationales, *Dr. social*, 1997, p. 352, spéc. n° 34.

⁸¹⁸ *Cf. supra* n° 277 et suiv. Pour reprendre les termes de M. RODIÈRE, « l'idée d'actes recommandationnels domine. Nombre d'avis invite la Commission à... Mais les partenaires sociaux au plan national peuvent aussi être les destinataires de recommandations les invitant à négocier », les accords ne sont pas nombreux, l'auteur

qu'animatrice de la négociation collective communautaire. Son action est conditionnée par le bon vouloir des partenaires sociaux. La richesse du droit conventionnel communautaire dépend surtout des partenaires sociaux communautaires.

A l'étude des fondements juridiques de l'accord collectif communautaire s'ajoute l'étude de sa nature juridique.

b) La nature juridique de l'accord

243. La question de la nature juridique de la convention collective nous intéresse ici pour savoir s'il s'agit d'un acte communautaire auquel s'applique le principe de primauté.

L'accord collectif communautaire n'est pas un acte communautaire (même atypique) qu'il soit repris ou non dans une décision du Conseil : si une décision du Conseil intervient, c'est cette décision qui est un acte communautaire et qui se substitue à l'accord conclu ; si aucune décision du Conseil intervient, l'accord est un acte juridique privé, un contrat⁸¹⁹.

244. Il résulte de sa nature contractuelle que l'accord conclu par les partenaires sociaux européens ne peut pas s'appliquer directement dans les ordres juridiques internes, il n'emporte pas d'effets obligatoires à l'égard des employeurs et des salariés⁸²⁰. Cet accord est soumis au droit commun des obligations⁸²¹, notamment les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle. De plus, il a un effet relatif⁸²², et ne s'applique donc qu'aux signataires et à ceux qu'ils représentent⁸²³. Les parties à l'accord sont des organisations européennes interprofessionnelles ou sectorielles (ou parfois des organisations nationales⁸²⁴). Rien n'impose l'unanimité de signature⁸²⁵.

renvoie à une étude maintenant ancienne « Dialogue social : bilan communautaire en 1995 », Europe sociale n°2/95, in *Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2002, spéc. n° 124.

⁸¹⁹ S. LEFÈVRE, *Les actes communautaires atypiques*, BRUYLANT, 2006, Travaux du CERIC, spéc. n° 89 ; l'auteur cite A. HÖLAND, M. LEFRIANT, « La reconnaissance des contrats collectifs par le droit communautaire », in *Winter G., (dir.), Sources and Categories of European Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 683.

⁸²⁰ G. LYON-CAEN, Le droit social de la communauté européenne après le traité de Maastricht, *D*, 1993, chr. XXXIII, p. 149, spéc. p. 152 ; J.-P. LABORDE, Les rapports collectifs de travail en droit international privé, *Travaux du comité français de droit international privé*, 1996-1997, p. 153, spéc. p. 161 et 162.

⁸²¹ J. BARTHÉLÉMY, Conditions limites et effets de la négociation sociale au plan européen, *JCP éd. E*, 1992, n° 16, chr. 139, p. 183 ; B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 157.

⁸²² B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 114.

⁸²³ S. LAULOM, C. VIGNEAU, Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles, *Dr. social*, 2005, p. 526, spéc. n° 12.

⁸²⁴ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 122.

⁸²⁵ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 112.

La CJCE n'est pas compétente pour interpréter les clauses de l'accord, que se soit dans le cadre d'un litige entre les parties signataires ou, ultérieurement, lorsque l'accord est applicable en droit interne, selon le mécanisme de l'article 139 §2 du traité CE⁸²⁶.

Le fait que l'accord soit un contrat et non un acte communautaire a pour conséquence l'application des règles du droit international privé⁸²⁷. Cela pourrait évoluer si le droit communautaire se dotait d'un Code civil européen⁸²⁸.

245. La nature contractuelle de l'accord collectif communautaire suggère une comparaison historique. Celle proposée par M. ALIPRANTIS (citant P. DURAND⁸²⁹) reste pertinente, malgré la date déjà ancienne de ce propos. « La situation sera comparable (...) à celle qui existait au début du siècle avant la réglementation législative de la matière des conventions collectives : en dépit de multiples efforts doctrinaux, les tribunaux se refusaient à admettre le caractère impératif des conventions collectives. Si les conventions collectives européennes faisaient leur apparition, elles seraient de simples « *gentleman's agreements* » qui, pour être tels, n'auraient pas moins de chance d'être appliqués en pratique. La valeur intrinsèque des conventions collectives européennes serait l'application volontaire au-delà des frontières de chaque État communautaire. (...) Aucune construction ne saurait, à notre avis, remplacer le défaut de réglementation positive européenne »⁸³⁰. Cette comparaison historique permet de démontrer qu'une évolution du droit communautaire des conventions collectives est indispensable afin de renforcer leur effectivité. L'évolution ne peut prendre la forme que

⁸²⁶ « La mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient (...) selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres ». cf. *infra*, n° 247 et suiv.

⁸²⁷ *Contra* : C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 20 ; S. LAULOM, C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 10. Il est nécessaire, en cas de contentieux, de soumettre ce contrat aux mécanismes de droit international privé.

⁸²⁸ Ces dernières années se sont développés des courants d'idées encourageant l'existence d'un droit européen des obligations. A l'initiative de la Commission, un groupe de travail présidé par M. LANDO (appelé Commission Lando) a remis un rapport sur les « Principes du droit européen des contrats » (Vol. 2, Société de législation comparée, 2003). Une autre commission présidée par M. VON BAR prépare un Code civil européen (C. VON BAR, Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RID comp.*, 2001, p. 127) dont les propositions sont concurrencées par le projet de l'Académie des privatistes européens (groupe Pavie) qui a élaboré un projet de « Code européen des contrats » (Code européen des contrats, Avant-projet, Livre I, Dott. A. Giuffrè editore, 2004).

⁸²⁹ N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, préf. H. SINAY, LGDJ, Bibli. de droit social, 1980, spéc. p. 95, cite P. DURAND : Préface à l'ouvrage de G. Spyropoulos, *Le droit des conventions collectives dans les pays de la Communauté Économique Européenne, Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, t. XVI, Paris, 1959, p. IX.

⁸³⁰ N. ALIPRANTIS, *Ibidem*.

d'une réglementation communautaire, ce qui dépend finalement de la volonté politique de la Communauté⁸³¹.

246. L'absence d'effet automatique et immédiat des accords collectifs communautaires explique sûrement que les partenaires sociaux n'y ont pas recours fréquemment⁸³². « N'est-ce pas le meilleur signe que les partenaires sociaux doutent qu'en l'état du droit, un accord collectif européen puisse emporter des effets obligatoires indiscutables »⁸³³ ?

L'incidence concrète des accords collectifs communautaires, ainsi que le dynamisme qu'ils apportent au dialogue social, sont difficile à évaluer⁸³⁴ (excepté concernant leur nombre : moins de dix accords interprofessionnels ou sectoriels conclus). « La convention collective européenne conçue comme règlement applicable à des relations de travail dans un cadre pluri-territorial continue largement d'appartenir à la prospective juridique »⁸³⁵. Il s'agit, pour l'instant, d'une occasion manquée d'établir un tissu conventionnel communautaire permettant la protection des salariés dans des domaines qui concernent l'ensemble de la Communauté (les restructurations ou le *dumping* social dans certains secteurs).

De par sa nature juridique, la convention collective communautaire n'a pas d'effectivité en droit interne sans l'élaboration d'un acte juridique supplémentaire.

⁸³¹ Cf. Chapitre II, n° 328 et suiv.

⁸³² E. MAZUYER, Les instruments juridiques du dialogue social européen : états des lieux et tentative de clarification, *Dr. social*, 2007, p. 476, spéc. p. 484 et 485. La solution suivante est proposée pour garantir l'application de l'accord : donner à l'accord un effet utile, à l'instar des actes des institutions bénéficiant de la primauté et de l'applicabilité directe ; E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle*, coll. « travaux du CERIC », Bruylant, 2007, spéc. p. 306.

⁸³³ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 124. M. G. LYON-CAEN insiste sur leur nature de « simples « *gentlemen's agreements* » - « *not legally enforceable* » » (*Op. cit.*, spéc. p. 152).

⁸³⁴ De façon générale, le dialogue social est en crise. Dans le *LSE*, n° 127, il est rapporté une conférence organisée par le Comité économique et social européen, le 14 avril 2005, pour célébrer les vingt ans des rencontres de Val Duchesse. À cette occasion le secrétaire général de la CES de 1991 à 2003 juge que le dialogue social, qui « a connu une phase ascendante dans les années 90, se heurte actuellement à des difficultés sur le plan de sa mise en œuvre concrète ».

⁸³⁵ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 121, même s'il existe les comités d'entreprise européens.

B. La mise en œuvre de l'accord collectif communautaire

247. Pour que l'accord collectif communautaire soit applicable en droit interne⁸³⁶, il est nécessaire qu'intervienne une norme le mettant en œuvre⁸³⁷. C'est en ce sens que M. RODIÈRE se demande si les accords collectifs ne peuvent pas être considérés comme des « para-directives »⁸³⁸. Leur mise en œuvre dépend quasi exclusivement des partenaires sociaux nationaux⁸³⁹ qui concluent un accord collectif selon la législation nationale. Cette mise en œuvre d'accords communautaires dépend ainsi « du degré réel d'influence des organisations signataires des accords collectifs de niveau communautaire sur leurs adhérents »⁸⁴⁰.

Même si les partenaires sociaux européens et nationaux sont libres de choisir les conditions d'application d'un accord communautaire, la Commission souhaite que les partenaires sociaux informent, des résultats de leurs négociations, le Conseil et le Parlement⁸⁴¹. La Commission tient à ce que les institutions communautaires soient impliquées dans le dialogue social.

L'analyse des effets juridiques des conventions collectives communautaires doit être recherchée dans le droit national où elles sont appliquées, car le traité CE fait référence aux « *procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres* »⁸⁴². En l'absence de droit syndical communautaire⁸⁴³, l'application d'une convention collective communautaire dépend des pratiques syndicales européennes. A cet égard, nous pouvons nous interroger sur ce que les statuts de la CES⁸⁴⁴ ou de l'UNICE (maintenant Business

⁸³⁶ J. BARTHÉLÉMY (*Op. cit.*, spéc. n° 4 à 7) explique que la notion de convention collective pose problème car elle regroupe une acception différente dans les États membres. En effet, il y a une distorsion entre conception contractuelle et conception réglementaire. De plus, la convention n'emporte pas les mêmes effets dans les différents pays, cela dépend de chaque réglementation interne. Par conséquent, la place, dans chaque pays, de la loi par rapport à la convention a son importance.

⁸³⁷ Des auteurs emploient le terme de transposition mais ce dernier ne nous semble pas approprié dans la mesure où le traité CE ne l'utilise que pour évoquer la mise en œuvre de directives.

⁸³⁸ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 123.

⁸³⁹ L'État a toujours la possibilité de mettre en œuvre volontairement un accord collectif communautaire ; Cf. B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 155 : « Les États membres de la Communauté européenne ne sont pas tenus de procéder eux-mêmes à la transposition des accords conclus au niveau communautaire, ni de modifier les lois et règlements en vigueur (...). Mais une transposition spontanée ou une modification volontaire des normes internes est toujours concevable ».

⁸⁴⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 117 ; B. TEYSSIÉ, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André DECOQ, Une certaine idée du droit*, Litec 2004, p. 567, spéc. n° 21.

⁸⁴¹ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 11.

⁸⁴² Article 139 du traité CE, point 2.

⁸⁴³ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 10.

⁸⁴⁴ Les statuts de la CES ont été modifiés par le Xème Congrès de la CES à Prague les 26-29 mai 2003 ; les statuts sont disponibles sur le site de la CES : <http://www.etuc.org>

Europ)⁸⁴⁵, par exemple, imposent à leurs membres adhérents. Puisque l'accord collectif communautaire n'entraîne d'effets obligatoires que pour ses contractants, se pose la question des mécanismes juridiques que ces mêmes contractants imposent à leurs adhérents nationaux pour mettre en œuvre l'accord communautaire (a).

Dans la mesure où les syndicats nationaux peuvent être amenés à conclure un accord collectif national pour « transposer » l'accord communautaire, des problèmes, quant à l'articulation des accords communautaires et nationaux, et quant à l'interprétation de l'accord communautaire, doivent être résolus (b).

a) Les rapports de droit entre le syndicat communautaire et son adhérent national

Seront abordés les différents types de rapports juridiques que peuvent établir le syndicat communautaire et son adhérent national : la promesse de porte-fort (1), le contrat de mandat (2), les obligations statutaires (3). Ces mécanismes ne sont pas suffisants ou ne sont pas pleinement mis en œuvre, ce qui amène à un bilan critique (4).

1. La promesse de porte-fort

248. Un mécanisme, qui est dans l'air du temps, est « l'engagement réciproque des parties d'œuvrer de façon constructive à l'application des accords à tous les niveaux concernés »⁸⁴⁶, susceptible d'être analysé en promesse de porte-fort⁸⁴⁷. Si les organisations syndicales communautaires se portent fort⁸⁴⁸, elles promettent que les organisations de niveau interne ratifieront l'accord conclu au niveau communautaire. La promesse de porte-fort « n'engage pas autrui [les partenaires sociaux nationaux], mais seulement l'auteur de la promesse [les partenaires sociaux européens] »⁸⁴⁹.

Les effets de la promesse de porte-fort résident dans la ratification, ou non, de l'accord collectif communautaire par les partenaires sociaux nationaux. Si ces derniers le ratifient, l'accord collectif leur est applicable, car les partenaires sociaux nationaux sont alors

⁸⁴⁵ Les statuts sont disponibles sur le site de l'UNICE : <http://www.unice.org/content/default.asp?PageID=78>

⁸⁴⁶ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, n° 117 ; B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », *Op. cit.*, spéc. n° 157, l'auteur cite *Négociations collectives européennes, stratégie de la CES*, 1993, p. 5.

⁸⁴⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 117.

⁸⁴⁸ Article 1120 du Code civil.

⁸⁴⁹ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^{ème} édition, Litec, 2007, spéc. n° 103.

considérés comme partie à l'accord collectif communautaire ; dans l'hypothèse inverse, l'accord est caduc.

L'utilisation d'un tel mécanisme fait dépendre l'application de l'accord communautaire du bon vouloir des organisations syndicales nationales. Il est donc inadapté et inapproprié au regard des acteurs et du contexte.

Pour qu'un accord collectif communautaire ait une chance d'être appliqué, il est préférable de se fonder sur d'autres mécanismes.

2. Le mandat

249. Le mandat est susceptible de régir les rapports entre les organisations communautaires et les organisations nationales⁸⁵⁰.

La CES a œuvré en ce sens car le mandat est la technique qui permet le mieux d'établir un compromis entre la volonté de la direction européenne du syndicat d'agir de façon autonome, et la volonté des organisations nationales de garder une maîtrise de la négociation européenne⁸⁵¹.

Le compromis trouve sa source, d'une part, dans l'existence d'un mandat spécial des organisations nationales affiliées pour chaque négociation aux profits de la CES⁸⁵² et, d'autre part, dans le fait que la décision n'est pas prise à l'unanimité des membres de la CES. À l'issue des négociations, le secrétariat général de la CES soumet l'accord à l'approbation du comité exécutif⁸⁵³ (organe où siègent les représentants de confédérations nationales). Cet accord doit être adopté à la majorité des deux tiers des membres présents ou représentés du comité exécutif⁸⁵⁴. Une fois l'accord adopté par le comité exécutif, il doit être soumis à l'approbation supplémentaire des deux tiers des organisations membres, directement concernées par les négociations⁸⁵⁵.

L'UNICE n'a pas une telle structure de négociation. Pour qu'un accord collectif communautaire soit applicable en droit national, l'unanimité des membres est requise.

⁸⁵⁰ J. BARTHÉLÉMY, *Op. cit.*, spéc. n° 13 ; B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 157.

⁸⁵¹ G. GROUX, R. MAURIAUX, J.-M. PERNOT, L'eupéanisation du mouvement syndical : la Confédération européenne des syndicats, *Le Mouvement social*, 1993, n°163, p. 58, cité par C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 10.

⁸⁵² Article 14 des statuts.

⁸⁵³ Article 24 des statuts.

⁸⁵⁴ Article 14 et 20 des statuts.

⁸⁵⁵ Article 14 des statuts.

250. Le mandat est conclu en vertu du droit interne auquel appartiennent les partenaires sociaux qui mettent en œuvre l'accord. Le Code civil français régit le mandat aux articles 1984 et suivants. Il est défini comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Ainsi, les partenaires sociaux français (mandant) n'ont d'obligations envers les actes conclus par l'organisation européenne (mandataire) que si les actes entrent dans le cadre du mandat.

La technique du mandat est critiquable, dans la mesure où ce sont les organisations nationales qui décident du contenu de la négociation, lequel peut par conséquent être différent d'un pays à l'autre. Cela empêche les organisations communautaires d'avoir une marge de manœuvre, ce qui rend la conclusion d'un accord d'autant plus difficile. La CES évite cette difficulté grâce à la participation au comité exécutif de Fédérations Syndicales Européennes⁸⁵⁶.

Les organisations européennes ont besoin de pouvoirs plus importants. Il est donc préférable de songer à d'autres mécanismes juridiques permettant une activité conventionnelle riche au niveau communautaire.

3. Les obligations statutaires

251. Les statuts des organisations signataires des accords européens pourraient imposer⁸⁵⁷ à leurs adhérents de négocier la mise en œuvre des accords au niveau national⁸⁵⁸. « (...) Il est permis d'admettre qu'en adhérant (ou en renouvelant leur adhésion) à une organisation professionnelle européenne les organisations nationales acceptent non seulement de respecter les orientations adoptées par l'organisation dont elles sont membres mais aussi de prendre les dispositions nécessaires pour mettre en œuvre les accords collectifs par elle conclus »⁸⁵⁹. Le caractère contraignant de l'adhésion à un syndicat communautaire permettrait, en effet, de sanctionner l'organisation nationale irrespectueuse des statuts. Cette sanction pourrait être

⁸⁵⁶ Article 15 des statuts.

⁸⁵⁷ Le droit communautaire ne prévoit rien sur les statuts d'organisations communautaires, leur élaboration est libre. Les restrictions sont les interdits posés par les traités CE et UE.

⁸⁵⁸ B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 157.

⁸⁵⁹ B. TEYSSIÉ, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André DECOQ*, *Op. cit.*, spéc. n° 21.

fondée sur une responsabilité disciplinaire ainsi que sur une responsabilité civile de nature contractuelle, au profit de l'organisation européenne⁸⁶⁰.

Les salariés seraient fondés à réclamer le bénéfice de la mise en œuvre d'un accord collectif communautaire car ils « auraient trouvé avantage à la transposition de l'accord collectif de niveau communautaire »⁸⁶¹. Le fondement semble inexistant au titre de la responsabilité contractuelle car le salarié est tiers au contrat⁸⁶². Le seul fondement serait une action éventuelle en responsabilité délictuelle.

4. Bilan critique

252. En dehors de l'hypothèse où les statuts de l'organisation communautaire imposent aux partenaires sociaux nationaux de mettre en œuvre un accord collectif communautaire, les autres mécanismes juridiques ne garantissent pas l'application effective de l'accord. « Il est clair, en conséquence, qu'un même texte conclu au plan supranational dans le cadre de l'Europe, n'aura, dès lors, pas le même contenu concret lorsqu'il deviendra applicable dans différents États de la Communauté par le prisme du droit, interne à chacun d'eux, des conventions collectives »⁸⁶³. Ainsi, le contenu de la convention, mais aussi la force obligatoire, mettant en œuvre la convention communautaire peut varier d'un État à l'autre⁸⁶⁴, car le droit communautaire retient une conception floue de la mise en œuvre à l'article 139 §2 du traité CE⁸⁶⁵. Par exemple, l'accord collectif européen sur le télétravail signé le 16 juillet 2002 a été mis en œuvre au Royaume-Uni par un code de conduite. En France, cet accord a été mis en œuvre par voie de convention collective, le 19 juillet 2005⁸⁶⁶. « La diversité des systèmes nationaux de droit collectif du travail porte en germe de sérieux risques d'un rayonnement inégal des accords collectifs européens »⁸⁶⁷.

Il reste que le renvoi aux pratiques nationales, concernant la mise en œuvre de l'accord collectif communautaire, permet au moins de s'assurer « que les accords européens reçoivent

⁸⁶⁰ B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 157.

⁸⁶¹ B. TEYSSIÉ, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André DECOQ*, *Op. cit.*, spéc. n° 21.

⁸⁶² On ne peut pas retenir l'hypothèse d'un mandat entre un salarié syndiqué et l'organisation signataire européenne, cf. C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 10.

⁸⁶³ J. BARTHÉLÉMY, *Op. cit.*, spéc. n° 8.

⁸⁶⁴ J. BARTHÉLÉMY, *Op. cit.*, spéc. n° 10.

⁸⁶⁵ S. LAULOM, C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 13.

⁸⁶⁶ Cf. *infra* n° 865 et suiv.

⁸⁶⁷ S. LAULOM, C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 13.

un traitement égal à ceux conclus à l'échelle nationale »⁸⁶⁸. Dans la mesure où, dans la plupart des pays d'Europe, il est d'usage de considérer la convention collective, non comme une simple recommandation au membre affilié d'un syndicat signataire, mais plutôt comme un accord juridiquement contraignant, cela peut inciter les acteurs nationaux à appliquer directement des accords européens⁸⁶⁹.

253. Le fait de confier la mise en œuvre de l'accord communautaire aux partenaires sociaux nationaux « repose sur la confiance qu'ont les partenaires sociaux européens dans la force du relais au niveau national, effectué par les conventions nationales »⁸⁷⁰. Les organisations syndicales européennes souhaitent confier la mise en œuvre aux partenaires nationaux, en procédant de la façon suivante : « les organisations syndicales préfèrent désormais fixer des objectifs à atteindre et laisser le soin aux partenaires sociaux dans chaque État membre de préciser les modalités de mise en œuvre de l'accord entre partenaires européens »⁸⁷¹. Les partenaires sociaux communautaires préfèrent instaurer un lien avec les organisations nationales, quitte à prendre un risque dans la mise en œuvre de l'accord, plutôt que d'en confier la mise en œuvre au Conseil. Ils semblent ainsi privilégier le développement des relations professionnelles face à la réglementation communautaire.

La confiance dans les différentes organisations nationales peut néanmoins s'avérer aléatoire en pratique. Pour éviter cet écueil les statuts de l'organisation communautaire pourraient imposer à ses adhérents d'appliquer les accords conclus. Cela suppose que la CES abandonne sa qualité de « structure supra-organisationnelle »⁸⁷². Elle ne devrait plus former avec les syndicats qu'elle associe des entités séparées. Les syndicats nationaux devraient consentir à céder une part de leur prérogative au syndicat européen. Cela semble assez délicat, en France, car cela ajouterait à leur faiblesse du fait de leur manque de représentativité.

On peut alors se demander quand la négociation collective communautaire aura une effectivité plus importante. La réponse viendra des intéressés eux-mêmes : les partenaires sociaux nationaux et communautaires.

⁸⁶⁸ S. CLAUWAERT, « Le dialogue social dans l'Union européenne : une innovation pour le droit communautaire ? », in *Les normes sociales européennes*, LSE, supplément n° 111, 2004, p. 49, spéc. p. 51.

⁸⁶⁹ S. CLAUWAERT, *Ibidem*.

⁸⁷⁰ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 59, spéc. p. 69.

⁸⁷¹ M.-D. GARABIOL-FURET, Le partenariat social peut-il relancer l'idée européenne ?, *RMCUE*, 2006, p. 435, spéc. p. 438.

⁸⁷² J.-M. DENIS, Les mobilisations collectives européennes : de l'impuissance à la nécessité d'alliance, *Dr. social*, 2006, p. 671, spéc. p. 675.

En dépit des obstacles juridiques que l'on vient de mentionner, l'accord collectif communautaire peut être mis en œuvre en droit interne, ce qui est fortement souhaitable pour que se crée un tissu conventionnel communautaire. Cette mise en œuvre soulève un certain nombre de problèmes juridiques.

b) La confrontation de l'accord collectif communautaire au tissu conventionnel national

« La construction de normes collectives par une superposition de niveau de négociation incluant le niveau européen est encore un véritable défi pour l'avenir »⁸⁷³. Les partenaires sociaux français, une fois qu'ils décident de transcrire l'accord de niveau communautaire, doivent prendre garde à ce qu'il s'applique effectivement. Par conséquent, ils doivent veiller à l'articulation des niveaux de négociation (1), ainsi qu'à la rédaction de l'accord pour éviter tout contentieux relatif à son interprétation (2).

1. L'articulation des différents niveaux de négociation

254. La mise en œuvre, au niveau interne, des accords communautaires peut résulter d'accords interprofessionnels, de branche, d'entreprise⁸⁷⁴ et même de groupe.

« Pour assurer au maximum l'efficacité des accords collectifs européens, il devrait croyons-nous être prévu, dans la future réglementation internationale, que les clauses contraires des différents accords nationaux seraient automatiquement écartées au profit des dispositions correspondantes de l'accord collectif international »⁸⁷⁵. DESPAX suggèrerait ainsi d'attribuer une force juridique supérieure aux conventions européennes, leur octroyant ainsi un niveau hiérarchique supérieur à celle de niveau national. Or aucune réglementation n'envisage une telle hiérarchie entre les accords. Ce sont les partenaires sociaux nationaux qui doivent veiller à la correcte application de l'accord communautaire.

De toute évidence, les organisations nationales membres d'organisations professionnelles européennes doivent assurer une mise en œuvre conventionnelle, assurant aux salariés des avantages aux moins égaux à ceux stipulés dans l'accord-cadre. « Cheminer en sens inverse

⁸⁷³ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 69.

⁸⁷⁴ B. TEYSSIÉ, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André DECOQ*, *Op. cit.*, spéc. n° 21.

⁸⁷⁵ M. DESPAX, *Op. cit.*, spéc. n° 117.

reviendrait à méconnaître l'esprit dans lequel celui-ci avait été conclu, donc manquer à l'obligation de loyauté à laquelle le membre national d'une organisation européenne est tenu à l'égard de cette dernière »⁸⁷⁶. La violation du principe de loyauté peut entraîner des sanctions internes aux syndicats et l'engagement de la responsabilité de l'organisation défaillante⁸⁷⁷.

255. L'articulation entre l'accord communautaire et l'accord de mise en œuvre national, l'articulation entre ce dernier et le tissu conventionnel français et l'articulation entre l'accord collectif communautaire et le tissu conventionnel français sont soumises aux règles légales françaises. L'application de ces règles doit aboutir à ce qu'un concours de conventions collectives n'écarte pas l'accord collectif communautaire.

L'articulation des conventions collectives de différents niveaux, posée par la loi du 4 mai 2004, peut venir perturber l'application de l'accord de niveau communautaire. En effet, n'importe quelle convention collective peut déroger à une convention couvrant un champ d'application plus large. Cette dérogation peut être empêchée si l'accord collectif couvrant un champ plus large (interprofessionnel ou de branche) l'interdit expressément⁸⁷⁸. Toutes dérogations *in pejus* à l'accord communautaire doivent donc être expressément interdites dans les accords français de niveau interprofessionnel et de branche. Les partenaires sociaux doivent être vigilants car c'est d'eux que dépend une correcte articulation de tous les niveaux. (Les problèmes d'articulation qui se posent sont similaires à ceux déjà rencontrés dans le cadre d'une transposition par voie conventionnelle de directives⁸⁷⁹.)

256. La rédaction des accords internes de mise en œuvre doit être correcte afin de ne pas aller à l'encontre de l'accord communautaire. Sans prévoir nécessairement des règles instaurant une supériorité hiérarchique de l'accord collectif communautaire, la réglementation européenne devrait prévoir des règles relatives à l'articulation des niveaux, à l'image par exemple de ce que prévoit le droit français. En attendant, les partenaires sociaux français au niveau interprofessionnel, comme au niveau de la branche, doivent veiller à rédiger des accords dont le contenu ne heurte pas les accords communautaires signés par les organisations auxquelles ils sont affiliés.

⁸⁷⁶ B. TEYSSIÉ, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André DECOQ*, *Op. cit.*, spéc. n° 22.

⁸⁷⁷ J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, *DO*, 1997, p. 496.

⁸⁷⁸ Articles L. 132-13, alinéa 1 et L. 132-23 alinéa 4 du Code du travail (respectivement article L. 2252-1 et article L. 2253-3 du Nouveau Code du travail).

⁸⁷⁹ *Cf. supra* n° 185 et suiv.

Au regard des règles d'articulation des conventions collectives instaurées par la loi du 4 mai 2004, le niveau de la branche apparaît comme le niveau « référent »⁸⁸⁰, car c'est ce niveau qui décide s'il est impossible à un niveau plus restreint de déroger à l'accord de branche⁸⁸¹. Le niveau de la branche apparaît ainsi comme le niveau le plus approprié pour garantir une coordination entre les niveaux communautaire et interne. Cela ne signifie pas que le niveau interprofessionnel n'intervient pas. Ce dernier permet la transcription d'accord communautaire interprofessionnel (il en a été ainsi de l'accord sur le télétravail), mais il doit bénéficier du soutien du niveau de la branche française. Afin que le niveau de l'entreprise ne se retrouve pas à décider différemment des autres niveaux, donc pour assurer jusqu'au niveau de l'entreprise une application pleine et entière de l'accord communautaire, le niveau de la branche doit interdire les dérogations.

257. L'accord de groupe, reconnu légalement le 4 mai 2004⁸⁸², ne doit pas être contraire à un accord communautaire. Toutefois, cette hypothèse semble improbable dans la mesure où, ici, il est interdit à l'accord de groupe par principe de déroger aux accords de branche dont il relève. Le niveau de la branche doit autoriser expressément toute dérogation de l'accord de groupe à l'accord de branche, ce qui limite les risques de contrariété de l'accord de groupe à l'accord communautaire.

258. Le niveau de l'entreprise doit faire l'objet d'une attention particulière, surtout dans les entreprises de moins de vingt salariés où les accords peuvent être conclus par des représentants élus⁸⁸³. Il y a quelques années, un rapport remis au Conseil économique et social français, mettait en exergue le défaut de formation des représentants des salariés notamment élus⁸⁸⁴. Cet inconvénient est, cependant, pallié par le contrôle, nécessaire à la validation de l'accord, de la commission paritaire nationale de branche qui peut aussi en assurer le suivi⁸⁸⁵.

⁸⁸⁰ La convention de branche est « le double pivot » de la négociation collective car elle encadre le niveau de l'entreprise : elle fixe les conditions de conclusions et les interdictions de dérogations, J.-E. RAY, *Droit du travail droit vivant*, 16^{ème} édition, Editions Liaisons, 2007, spéc. n° 522.

⁸⁸¹ Cf. n° 187.

⁸⁸² Article L. 132-19-1 du Code du travail (article L. 2232-30 et suivants du Nouveau Code du travail).

⁸⁸³ Article L. 132-26 du Code du travail (articles L. 2232-21 à 2232-29 du Nouveau Code du travail).

⁸⁸⁴ Conseil économique et social, Année 2002, n° 6, Droit du Travail : les dangers de son ignorance, présenté par F. GRANDAZI, II-70.

⁸⁸⁵ Article L. 132-26, II, al. 3 du Code du travail (article L. 2232-24 du Nouveau Code du travail).

259. L'articulation dans le temps des différents accords communautaires et français peut également poser problème⁸⁸⁶. Une convention collective communautaire peut être conclue postérieurement à des conventions collectives nationales portant sur le même sujet. Il convient alors que les partenaires sociaux français, au nom d'une obligation de loyauté, mettent en conformité le tissu conventionnel avec l'accord communautaire.

Les partenaires sociaux sont contraints d'organiser une coordination entre tous les niveaux communautaires et français, afin que les accords communautaires soient effectifs en droit interne. L'effectivité dépend également de leur interprétation.

2. L'interprétation des accords communautaires

260. Dans la mesure où l'accord collectif communautaire est conclu à un niveau très étendu, il s'agit le plus souvent d'un accord-cadre⁸⁸⁷ qui pose des prescriptions générales. Les problèmes juridiques, liés à l'interprétation de l'accord collectif communautaire, peuvent être résolus par la signature d'un avenant interprétatif. Les partenaires sociaux ont également la possibilité de mettre en place une commission d'interprétation⁸⁸⁸. Si les partenaires sociaux ne parviennent pas à une solution négociée, l'interprétation des stipulations de l'accord relève du juge.

261. Lorsque le juge national doit régler un litige impliquant l'interprétation d'un accord national mettant en œuvre un accord collectif communautaire, la question se pose de savoir si le juge peut fonder l'interprétation de la règle litigieuse sur l'accord collectif communautaire. Dès lors que l'accord national est entré en vigueur, c'est *a priori* uniquement cet accord qui doit être interprété⁸⁸⁹.

Il n'en demeure pas moins que l'interprétation peut se faire à la lumière de l'accord communautaire, sans lui reconnaître une force contraignante⁸⁹⁰. Le juge national peut ainsi examiner l'accord communautaire pour en chercher la commune intention des parties.

⁸⁸⁶ G. LYON-CAEN soulignait ce point dès 1973 dans son célèbre article : Négociation et convention collective au niveau européen, *RTD eur.*, 1973, p. 584, spéc. n° 38.

⁸⁸⁷ Cet accord ne peut que prévoir des principes, c'est-à-dire « un contenu qualitatif », car la grande différence entre les droits nationaux rend impossible un contenu détaillé, cf. J. BARTHÉLÉMY, *Op. cit.*, spéc. n° 13.

⁸⁸⁸ Il n'y a pas de structures communautaires créées par les partenaires sociaux, au niveau interprofessionnel. L'interprétation des accords de niveau sectoriel peut être effectuée par les comités de dialogue social sectoriel mis en place par la Commission depuis le 1^{er} janvier 1999 ; C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 11.

⁸⁸⁹ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 12.

⁸⁹⁰ B. TEYSSIÉ, « Droit communautaire », in *La négociation collective*, *Op. cit.*, spéc. n° 159.

Actuellement, le juge ne peut pas faire appel au juge communautaire, par la voie de la question préjudicielle, pour obtenir une interprétation de l'accord communautaire, dans la mesure où ce dernier ne constitue pas un acte pris par une institution au sens de l'article 177 du traité CE⁸⁹¹. « Il s'agit d'une lacune particulièrement grave »⁸⁹², car chaque juge national a sa propre interprétation. Certains auteurs préconisent que l'interprétation soit confiée à une chambre spécialisée de la CJCE, composée éventuellement pour partie de juges non professionnels, délégués par les employeurs et par les salariés. Cette chambre spécialisée serait saisie à la suite d'un renvoi préjudiciel pour traiter de l'interprétation des accords communautaires⁸⁹³.

262. L'idée émerge, suivant les différentes analyses relatives aux difficultés juridiques posées par la transposition d'un accord communautaire, d'observer les relations qu'entretiennent les partenaires sociaux du niveau communautaire avec ceux du niveau interne. Si les organisations communautaires et internes entretiennent des relations fondées sur l'information et le suivi des accords, on peut, en effet, penser que le droit conventionnel communautaire sera plus effectif. L'existence d'un tel tissu conventionnel est entre les mains des partenaires sociaux, eux-mêmes. À l'heure actuelle, la solution est plus pragmatique que juridique.

263. L'essor de la négociation collective européenne est pourtant freiné, aujourd'hui, par l'absence d'une réglementation communautaire plus détaillée. L'idée d'une telle réglementation semble amorcée par la Commission qui souhaite consulter, à cet égard, les partenaires sociaux⁸⁹⁴. Cependant, la volonté politique, nécessaire à un tel changement, semble insuffisante⁸⁹⁵. De plus, Business Europ (ex-UNICE) s'oppose à un projet de directive sur la négociation transnationale⁸⁹⁶, reculant de manière inexorable la date d'une telle réforme,

⁸⁹¹ Réponse de la Commission à la question écrite n° 869/92, JOCE, n° C 289, du 5 novembre 1992, p. 27. Ce qui renvoie à la question de la nature juridique de l'accord communautaire précédemment traitée.

⁸⁹² *Commentaire J. MEGRET, vol. 7, Politique sociale, éducation et jeunesse*, S. Van RAEPENBUSCH, M. WOLCARIUS, Y. MARGELLOS, M. JAMOULLE, G. ZORBAS, D. BARTHELEMY, P. BRUNET, 2^{ème} édition, Editions de l'Université de Bruxelles, 1998, spéc. p. 64.

⁸⁹³ *Ibidem*.

⁸⁹⁴ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 12.

Elle réitère cette proposition dans son agenda social 2005-2010.

⁸⁹⁵ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, spéc. p. 329.

⁸⁹⁶ J.-P. LHERNOULD, Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010, *Europe*, n°1, spéc. n° 9.

malgré l'accord de principe de la CES⁸⁹⁷. D'ailleurs, ces questions sont absentes du Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle »⁸⁹⁸. La Commission semble prête à instaurer un cadre optionnel de négociation transnationale concernant la négociation sectorielle et d'entreprise⁸⁹⁹. Elle a commandé un rapport en ce sens⁹⁰⁰ qui préconise une réforme par voie de directive⁹⁰¹.

Cela n'a pas empêché, en pratique, le « niveau supranational de négociation collective (d'émerger) alors même que la figure juridique de la convention collective européenne est encore dans les limbes »⁹⁰².

§ II - Les résultats des négociations interprofessionnelles et sectorielles

La négociation et la conclusion de plusieurs accords collectifs européens ont pu avoir lieu malgré les incertitudes concernant leur régime juridique. Les relations professionnelles communautaires n'en sont qu'à leur début, commençant à établir un lien direct entre les partenaires sociaux nationaux et européens.

La CES, sûrement influencée par l'existence de cet espace de relations professionnelles, fait œuvre d'une stratégie orientée vers un véritable projet syndical européen qui n'est plus subordonné au projet de construction fédérale, prenant « ses distances avec l'europhisme militant de naguère »⁹⁰³. Les intentions des représentants patronaux, quant à elles, ne sont pas clairement identifiées.

Le niveau interprofessionnel (A) et le niveau sectoriel (B) se distinguent dans la construction de cet espace européen de négociation.

⁸⁹⁷ J.-P. LHERNOULD, *Op. cit.*, spéc. n° 15.

⁸⁹⁸ COM (2006) 708 final (http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_fr.htm). Le livre rappelle seulement que le dialogue social au niveau national évolue vers de nouvelles problématiques comme les restructurations, la compétitivité et l'accès à la formation (p. 6). La seule question du livre relative aux conventions collectives concerne leur contribution à la flexibilité et la sécurité dans l'emploi (p. 10).

⁸⁹⁹ Cette idée figure dans son programme de travail 2005-2010, *LSE*, n° 122, p. 3.

⁹⁰⁰ S. LAULOM rapporte la synthèse des résultats de cette étude effectuée par un groupe de juristes sous la direction de Edoardo ALES, remise en février 2006 : Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale, *Dr. social*, 2007, p. 623.

⁹⁰¹ S. LAULOM, *Op. cit.*, spéc. p. 628 et 629. Cette réforme sera détaillée dans le chapitre suivant car elle concerne les accords dans les entreprises transnationales.

⁹⁰² S. LAULOM, C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 4.

⁹⁰³ M. BRAUD, Après le congrès de la CES, quelle stratégie et quelles actions syndicales européennes ?, *Chroniques internationales de l'IREES*, n° 86, janvier 2004, p. 43, spéc. p. 50.

A. Le bilan mitigé du niveau interprofessionnel

264. L'espace interprofessionnel communautaire est immense, ce qui a des conséquences sur la qualité et aussi sur la quantité des accords conclus. Les accords conclus sont des accords-cadres et ils sont peu nombreux.

La plupart des documents émanant du dialogue social interprofessionnel ne sont pas des actes juridiquement contraignants. Depuis 1986, les partenaires sociaux ont, en effet, élaboré cinquante-deux documents et ils produisent quelques documents conjoints par an (au maximum cinq, excepté en 1994 où aucun document n'est signé)⁹⁰⁴. Trois périodes se distinguent : 1995-1999 correspond à la période des accords transformés en directives ; de 2000 à aujourd'hui correspond à celle des accords mis en œuvre volontairement ; à partir de 2003, des recommandations encore plus souples que les accords volontaires sont adoptées ; au final, sur les cinquante-deux documents émis par les partenaires sociaux au niveau interprofessionnel, trois sont des accords collectifs, c'est-à-dire des actes juridiquement contraignants⁹⁰⁵.

265. Le thème du télétravail a été le premier thème abordé par les partenaires sociaux sans y être contraints par la Commission⁹⁰⁶. Le stress au travail a suivi le même processus, les partenaires sociaux sont parvenus à un accord le 8 octobre 2004 (cet accord doit être mis en œuvre dans les trois ans suivant sa signature, ce qui n'est pas le cas pour l'instant en France). Un nouvel accord relatif à la santé du salarié a été conclu le 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail (le délai de mise en œuvre est de trois ans)⁹⁰⁷.

Les partenaires sociaux communautaires, concernant l'accord sur le télétravail signé le 16 juillet 2002⁹⁰⁸, ont refusé la mise en œuvre par voie de directive. Les partenaires sociaux nationaux se sont chargés eux-mêmes de sa mise en œuvre. A l'exception de Chypre, de la Slovaquie, de l'Estonie et de la Lituanie, la totalité des 25 membres (de l'époque) de l'UE (ainsi que l'Islande et la Norvège) ont transposé l'accord⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ Ph. POCHE, Le dialogue social interprofessionnel, une analyse quantitative, *Chronique internationale de l'IRES*, n° 98, janvier 2006, p. 43, spéc. p. 47.

⁹⁰⁵ Ph. POCHE, *Op. cit.*, spéc. p. 48.

⁹⁰⁶ *LSE*, n° 161, p. 3.

⁹⁰⁷ *Sem. soc. Lamy*, 7 mai 2007, n° 1306, p. 7.

⁹⁰⁸ *LSE*, n° 57, p. 1 et n° 59, p. 5.

⁹⁰⁹ *LSE*, n° 161, p. 3. Tous les pays n'ont pas choisi la voix de la convention collective, certains ont utilisé les codes de conduite ou lignes directrices, d'autres des lois.

L'accord sur le télétravail a été transcrit en droit français par un accord collectif interprofessionnel⁹¹⁰. Le MEDEF a engagé les discussions avec les organisations syndicales par un courrier adressé aux partenaires sociaux le 18 novembre 2002⁹¹¹. Les partenaires sociaux sont parvenus à un accord le 19 juillet 2005⁹¹², étendu par arrêté ministériel du 15 juin 2006⁹¹³.

L'accord semble même avoir eu des incidences au niveau de l'entreprise, puisque Renault a également conclu un accord sur ce thème. Le télétravail concerne 28 000 salariés environ chez le fabricant d'automobiles qui peuvent, sur la base du volontariat, adhérer à cette forme de travail. L'accord prévoit un essai de trois mois au cours duquel les parties peuvent revenir à la situation de travail antérieure. Le télétravail peut s'appliquer deux à quatre jours par semaine, le salarié devant travailler au moins un jour par semaine dans l'entreprise. Les télétravailleurs conservent les mêmes droits collectifs et individuels que les travailleurs sédentaires⁹¹⁴.

266. L'accord-cadre européen sur le télétravail présente un intérêt non négligeable, lequel a été pris en compte d'abord par les partenaires sociaux communautaires. En 2002, 2,9 % de la population active est recensée comme exerçant leur activité salariée sous cette forme⁹¹⁵. Le développement exponentiel des nouvelles technologies de l'information et de la communication a ainsi permis l'accroissement de cette forme de travail. Il ressort que plus de 7 % de la population active salariée est employée, aujourd'hui, sous forme de télétravail⁹¹⁶. L'importance pratique de cette forme de travail est indéniable.

Le télétravail a une définition large : c'est « *une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, hors de ces locaux de façon régulière* »⁹¹⁷. Cette définition permet de

⁹¹⁰ J.-P. LHERNOULD, Accord européen sur le télétravail, *BS* 05/03, p. 259, spéc. n° 3.

⁹¹¹ J.-P. LHERNOULD, *Ibidem*.

⁹¹² *LSE*, n° 133, p. 11.

⁹¹³ JO du 24 juin 2006, p. 9555.

⁹¹⁴ *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 42, Actualités.

⁹¹⁵ Ce chiffre est donné par M. MEUNIER-BOFFA, Le télétravail face au droit, *TPS*, 2002, n° 8, chr. 13, p. 6.

⁹¹⁶ Ce chiffre est donné par J. GONIÉ, Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits de l'internet, *Dr. social*, 2005, p. 273. C'est une forme de travail qui est globalement assez développée en Europe. Elle concerne 15 % de la population active Danoise, 13 % des Finlandais, 10 % des salariés de Grande-Bretagne, de Suisse et des Pays-Bas, in J.-E. RAY, Temps professionnel et temps personnels, *Dr. social*, 2004, p. 58, spéc. note 82.

⁹¹⁷ Point 2, Accord européen sur le télétravail du 16 juillet 2002.

considérer comme télétravailleur celui qui travaille à son domicile⁹¹⁸ ainsi que toute personne travaillant en dehors de l'entreprise sans nécessairement travailler chez elle (un commercial par exemple).

Le télétravail doit être volontaire⁹¹⁹, sa suppression comme son instauration nécessitent l'accord du salarié. La Chambre sociale de la Cour de cassation, sans se fonder sur la réglementation concernant le télétravail, décide que « *lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié* »⁹²⁰. Cet arrêt est intéressant car il considère que tout changement portant sur l'exécution de la prestation de travail (instauration ou suppression du télétravail), déterminée contractuellement, est un changement du contrat de travail, nécessitant la manifestation de l'accord de volonté des parties au contrat⁹²¹. Le régime juridique relatif à la modification du lieu de travail⁹²² ne s'applique donc pas⁹²³. Le télétravailleur, une fois qu'il a accepté le télétravail, doit donner son accord pour exécuter son travail dans l'entreprise.

De même, un télétravailleur qui exécute son contrat, à la fois en dehors de l'entreprise et de son domicile, ne peut pas se voir imposer comme simple changement de ces conditions de travail de travailler à son domicile, alors que ce n'est pas prévu dans son contrat⁹²⁴. La jurisprudence, sans avoir eu à se prononcer sur cette question précisément, a décidé que l'ordre donné à un salarié, qui n'est pas télétravailleur, de travailler à son domicile emporte modification de son contrat de travail⁹²⁵.

Les partenaires sociaux européens ont été les précurseurs d'une réglementation qui, en droit interne, a pris la forme d'un accord national interprofessionnel. L'instauration de relations professionnelles communautaires semble, à travers cet exemple, montrer sa capacité d'innovation juridique et de stimulateur des relations professionnelles nationales.

⁹¹⁸ Le télétravail se distingue du travail à domicile, même s'ils sont intimement liés lorsque le télétravail est exercé au domicile du salarié, A. PROBST, Télétravail au domicile, Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. social*, 2006, p. 1109.

⁹¹⁹ Point 3, Accord européen sur le télétravail du 16 juillet 2002.

⁹²⁰ Soc. 31 mai 2006, *Dr. social*, 2006, p. 924, obs. J. SAVATIER.

⁹²¹ Il est fait application du régime juridique de la modification du contrat de travail, développé par la Chambre sociale de la Cour de cassation depuis l'arrêt Le Berre, du 10 juillet 1996 (Bull. civ. V, n° 278), in J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004, n° 48.

⁹²² Soc. 3 juin 2003, *Dr. social*, 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER.

⁹²³ J. SAVATIER, obs. Soc. 31 mai 2006, *Op. cit.*, spéc. p. 925.

⁹²⁴ A. PROBST, *Op. cit.*, spéc. n° 8.

⁹²⁵ Soc. 2 octobre 2001, *Dr. social*, 2001, p. 1039, obs. J.-E. RAY.

267. Le deuxième accord volontaire des partenaires sociaux européens a été adopté par l'UNICE, la CEEP l'UAEPME, la CES et la CEC le 27 mai 2004 puis signé le 8 octobre 2004⁹²⁶. Ce texte est moins innovant que celui sur le télétravail dans la mesure où le thème du stress se rattache à celui de la santé et de la sécurité des travailleurs qui est, par ailleurs, abordé par la législation communautaire. La directive 89/391/CEE visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs fait, en effet, référence, à des questions psychosociales, ce qui la rend applicable en matière de stress au travail⁹²⁷. L'intérêt de l'accord de 2004 ne réside pas dans le dispositif juridique, mais dans la mise en lumière de cette question spécifique qu'est le stress au travail. « La lutte contre le stress au travail représente sans doute l'un des grands défis que devront relever les Gouvernements, les employeurs et les syndicats ». Cette prédiction d'un psychiatre⁹²⁸ s'appuie sur des données précises : 28 % des travailleurs communautaires se plaignent de souffrir de stress au travail⁹²⁹. Le stress est un indicateur de la dégradation des conditions de travail qui peut être qualifié de maladie professionnelle⁹³⁰. Le droit français prévoit d'ailleurs l'obligation pour l'employeur d'assurer la sécurité du salarié ainsi que la protection de sa santé physique et mentale⁹³¹, la protection de la santé mentale englobant le stress⁹³². L'employeur doit prendre en charge les frais d'expertise commandée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, en vertu de l'article L. 236-9 du Code du travail⁹³³, lorsqu'il y a un risque grave concernant la santé des salariés⁹³⁴. Un jugement de la cour d'appel de Versailles⁹³⁵ du 24 novembre 2004 a reconnu qu'il existait un risque grave pour la santé mentale des salariés à cause d'un stress

⁹²⁶ LSE, n° 106, p. 1.

⁹²⁷ LSE, n° 107, p. 2, spéc. p. 3.

⁹²⁸ P. LÉGERON, Le stress au travail : de la performance à la souffrance, *Dr. social*, 2004, p. 1086.

⁹²⁹ P. LÉGERON, *Ibidem*.

⁹³⁰ Le stress au travail, *RJS*, 3/03, p. 191, spéc. p. 192.

⁹³¹ Article L. 230-2 du Code du travail (article L. 4121-1 du Nouveau Code du travail). L'irruption de la notion de santé mentale dans le champ du droit social participe de la construction d'une véritable politique de santé au travail. C'est une notion qui était reconnue de façon implicite, sa reconnaissance explicite permettra d'améliorer la qualité de vie au travail. Cf. P.-Y. VERKINDT, Travail et santé mentale, *Sem. soc. Lamy*, 3 mars 2003, n° 1112, p. 6.

⁹³² N. MAGGI-GERMAIN, Le stress au travail, *RJS*, 3/03, p. 191, spéc. p. 192, voir aussi, L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, préf. P. CHAUMETTE, bibl. de droit social, Tome 40, LGDJ, 2005, spéc. n° 546 et suiv., expliquant en détails la place du stress dans la santé mentale au travail.

⁹³³ Article L. 4614-12 du Nouveau Code du travail.

⁹³⁴ Pour des illustrations commentées de ce risque grave qui justifie le recours à un expert, recours qui peut être contesté par l'employeur s'il en rapporte la preuve (le contentieux est porté devant le TGI qui statue au fond, en la forme des référés) : R. SAADA, le CHSCT acteur de la prévention, *DO*, 2003, p. 90, spéc. p. 92 et suiv.

⁹³⁵ CA Versailles, 14^{ème} ch., 24 novembre 2004, *Sem. soc. Lamy*, 2005, n° 1203, p. 3.

aigu dans l'entreprise (ayant entraîné des arrêts de travail répétitifs, des troubles psychologiques des salariés, ainsi que des menaces de suicide)⁹³⁶.

268. L'accord des partenaires sociaux européens, qui prévoit sa transposition dans les droits internes avant octobre 2007, n'a pas pour conséquence d'engager des mesures particulières pour lutter contre le stress au travail. Il agit plutôt comme une piqûre de rappel pour les employeurs, les sensibilisant davantage à la protection de la santé mentale du salarié.

269. L'accord le plus récent des partenaires sociaux européens, conclu le 26 avril 2007, concerne le harcèlement et la violence. Il doit être mis en œuvre par les partenaires sociaux internes avant le 26 avril 2010. Il n'apporte pas au droit français des éléments de protection supplémentaire par rapport aux mesures existantes, car il ne prévoit pas de sanctions⁹³⁷. Cet accord-cadre relève plus d'un acte de sensibilisation que d'un texte établissant des mesures coercitives. Sa portée en sera probablement limitée.

L'expérience de l'accord sur le télétravail est très intéressante puisque les partenaires sociaux se sont emparés d'un sujet nouveau. L'impact est beaucoup plus réduit concernant l'accord-cadre sur le stress au travail et celui relatif au harcèlement et à la violence. Le niveau interprofessionnel est peu développé. En revanche, concernant le niveau sectoriel, les partenaires sociaux européens semblent plus dynamiques⁹³⁸.

B. Les résultats du niveau sectoriel

Le dialogue social sectoriel (ou de branche) s'appuie sur des comités de dialogue social sectoriel et sur l'impulsion donnée par la Commission (a). Cette institutionnalisation du dialogue social européen contribue à déployer une activité assez importante. Cependant, cette activité ne se présente pas, principalement, sous la forme d'actes juridiques contraignants (b).

⁹³⁶ Cela renvoie aux cas de suicide recensés dans l'entreprise Renault, dont la cause serait imputable aux méthodes de gestion du personnel.

⁹³⁷ LSE, n° 175, p. 1. La définition du harcèlement dans l'accord-cadre est différente puisqu'elle ne consiste pas seulement en des faits violents exercés par l'employeur ou des salariés de l'entreprise, mais aussi à des actes accomplis par des usagers, clients, patients ou élèves.

⁹³⁸ La Commission note un développement des accords entre partenaires sociaux couvrant plus d'un État membre, Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 12.

a) *L'institutionnalisation du dialogue social sectoriel*

270. Le dialogue social sectoriel au niveau européen existe depuis longtemps, sans pour autant aboutir à la conclusion d'actes juridiques. Le besoin d'établir des discussions au sein des professions a conduit à la mise en place de structures différentes. Tour à tour, ont été créés les comités paritaires sectoriels et les groupes de travail informels.

Certains comités paritaires sectoriels ont vu le jour très tôt : le secteur des mines (1952), l'agriculture (de façon informelle dès 1964, puis formelle en 1974), les transports routiers (1965), la navigation intérieure (1967), la pêche (1974) et les chemins de fers (1972)⁹³⁹. Dans les années 80, sont apparus des groupes de travail informels, avec l'appui de la Commission : hôtellerie-restaurants-cafés (Horeca, 1983), commerce (1985), assurances (1987), et banques (1990). Avant le traité de Maastricht, il existait des groupes de travail informels dans une vingtaine de secteurs⁹⁴⁰.

D'autres secteurs ont préféré établir des comités paritaires sur le modèle de ceux anciennement créés : les transports maritimes (1987), l'aviation civile (1990), les télécommunications (1990) et la poste (1994)⁹⁴¹.

271. La décision cadre de la Commission du 20 mai 1998 (98/500/CE)⁹⁴² a remplacé ces deux structures (comités paritaires sectoriels et groupes de travail informels) par les comités de dialogue social sectoriel. Le dialogue social sectoriel s'est « institutionnalisé comme une extension du dialogue social interprofessionnel institué à Val Duchesse en 1985 »⁹⁴³. Postérieurement à cette réforme, les comités sont passés, de 1998 à 2004, de 20 à 31⁹⁴⁴. Ils sont présents dans des secteurs aussi divers que l'agriculture (comité créé en 1999), le bois (créé en 2000), la tannerie et le cuir (créé en 2001), les chantiers navals (créé en 2003)⁹⁴⁵, et tout récemment dans le secteur de l'acier⁹⁴⁶. Au sein de ces comités, sont consultés les

⁹³⁹ Ph. POCHET, Le dialogue social sectoriel, une analyse quantitative, *Chron. Intern. de l'IREs*, n° 96 septembre 2005, p. 20, spéc. p. 21.

⁹⁴⁰ D. GADBIN, L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire, *RTD eur.*, 2000, p. 1, spéc. p. 8.

⁹⁴¹ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 21.

⁹⁴² 98/500/CE, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998D0500:FR:NOT>

⁹⁴³ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 21.

⁹⁴⁴ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 23.

⁹⁴⁵ La liste de ces comités sectoriels est donnée par la Commission, dans sa communication du 12 août 2004, COM (2004) 557 final, *Op. cit.*, annexe 4, p. 24.

⁹⁴⁶ Le comité de dialogue social sectoriel pour le secteur de l'acier a été créé le 21 juin 2006, *LSE*, n° 156, p. 6.

partenaires sociaux considérés comme représentatifs par la Commission dans leur secteur d'activité⁹⁴⁷.

Pour la Commission, le succès concernant la création de comités de dialogue social sectoriel « illustre le fort potentiel du développement du dialogue social sectoriel européen » et « c'est un niveau pertinent de discussion sur de très nombreuses questions (...) »⁹⁴⁸. La Commission encourage son essor car il permet d'organiser des échanges à divers niveaux : européen, national et de l'entreprise. Elle souhaite aussi être informée des résultats⁹⁴⁹. La Commission joue d'ailleurs un rôle essentiel dans le développement de ce dialogue sectoriel : d'une part, parce que des représentants de la Commission peuvent présider des comités de dialogue social sectoriel ; d'autre part, parce que les fédérations sectorielles européennes semblent dépendantes de l'agenda de la Commission⁹⁵⁰.

Le secteur est un niveau de négociation incontournable car il est révélateur d'un dialogue social européen dynamique. L'enthousiasme que peut susciter ce dynamisme doit cependant être tempéré en raison du type d'actes conclus.

b) La conclusion faible d'accords contraignants

272. Le niveau sectoriel est un niveau de négociation pertinent car il prend en compte les besoins spécifiques d'une branche d'activité, permettant ainsi d'harmoniser la protection des salariés communautaires et de prévenir le *dumping* social.

Pour autant, les partenaires sociaux européens relevant de secteurs différents peuvent décider de se réunir pour régler des problèmes communs à leurs secteurs. Les partenaires se sont, par exemple, autosaisis à propos de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs⁹⁵¹. Ils ont ainsi décidé de conclure un accord intersectoriel sur la protection de la santé des travailleurs exposés à la poussière de silice cristalline et à des produits en contenant (25 avril

⁹⁴⁷ Cette liste figure à l'annexe 4, de la Communication de la Commission, COM (2004) 557 final, *Op. cit.*
Pour la définition de la représentativité, cf. Partie II, Titre II, Chapitre I, n° 353 et suiv.

⁹⁴⁸ COM (2002) 341 final, *Op. cit.*, spéc. p. 17.

⁹⁴⁹ COM (2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 8.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/aug/com_final_fr.pdf

⁹⁵⁰ A. DUFRESNE, Le niveau sectoriel européen : dialogue social *versus* coordination des négociations collectives, 2003, spéc. p. 9 et 12.

http://www.univ-nancy2.fr/ILSTEF/RESORE/Dufresne_RESORE_WP4_DEL19.pdf

⁹⁵¹ *LSE*, n° 148, p. 2.

2006)⁹⁵² pour les secteurs suivants : les mines, la chimie, l'énergie et la métallurgie. Cet accord intersectoriel est le premier du genre et il n'a pas vocation à être mis en œuvre par voie de directive. Il constitue une première étape d'une réglementation professionnelle sur la santé des travailleurs exposés à la poussière de silice, en attendant que les partenaires sociaux de chaque pays reprennent l'accord.

273. La capacité des partenaires sociaux européens à établir une réglementation dans un secteur (ou plusieurs secteurs réunis) ne doit pas faire oublier que peu d'accords contraignants ont vu le jour. Sur trois-cent-cinquante-trois documents, de 1978 à 2004, six sont des accords contraignants (soit 2 %). Trois accords mettent en œuvre la directive temps de travail, dans les secteurs suivants : gens de la mer (30 septembre 1998), chemins de fer (30 septembre 1998) ; personnel navigant dans l'aviation civile (22 mars 2000). Les deux autres accords sont relatifs au temps de travail et à la formation dans les chemins de fer⁹⁵³. Il faut ajouter, postérieurement à 2004, l'accord intersectoriel sur la protection de la santé des travailleurs exposés à la poussière de silice cristalline.

Ce faible nombre d'accords contraignants est regrettable ⁹⁵⁴ car les comités de dialogue social sectoriel couvrent 50 % de l'économie⁹⁵⁵.

274. L'accord sectoriel peut également être utilisé pour mettre en œuvre un accord interprofessionnel de niveau communautaire⁹⁵⁶. Il est à la fois un outil de réglementation professionnelle du secteur et un outil de coordination des différents niveaux de négociation.

275. D'aucuns pensent que l'avenir de la négociation collective européenne se manifestera dans l'essor de la négociation sectorielle. Le rapport SUPLOT suggère, en effet, qu'il faut développer une négociation de branche de niveau communautaire afin de dynamiser le dialogue social, ce niveau étant l'expression d'intérêts professionnels qui transcendent les

⁹⁵² LSE, n° 148, spéc. p. 5.

⁹⁵³ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 27.

⁹⁵⁴ T. TREU, « Quelle régulation sociale pour l'Europe élargie ? », in *Les normes sociales européennes, LSE*, supplément n° 111, 2004, p. 12.

⁹⁵⁵ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations, Op. cit.*, spéc. p. 327.

⁹⁵⁶ Ce rôle de mise en œuvre du dialogue interprofessionnel est vivement encouragé par la Commission : Communication de la Commission COM(2004) 557 final, *Op. cit.*, spéc. p. 8.

intérêts nationaux⁹⁵⁷. L'obstacle à un tel développement est l'absence de convention collective contraignante applicable à l'ensemble d'un secteur, couvrant plusieurs États⁹⁵⁸.

À l'heure actuelle, le niveau sectoriel ne peut se développer qu'à condition d'une volonté réelle manifestée par les partenaires sociaux. Du côté des organisations de travailleurs, la CES souhaite négocier à ce niveau pour renforcer le dialogue social, ce qu'elle a clairement exprimé lors de son congrès d'Helsinki⁹⁵⁹. En revanche, le patronat européen semble réticent « à accepter le principe de négociations de branche »⁹⁶⁰. Le défaut d'une action syndicale européenne est aussi dû aux réticences des organisations nationales à octroyer plus de pouvoirs à une organisation communautaire⁹⁶¹.

À ces obstacles, s'ajoute un problème récurrent empêchant le développement de conventions collectives communautaires : celui de la faible légitimité des organisations syndicales nationales qui se répercute sur les organisations communautaires⁹⁶².

276. Par ailleurs au niveau sectoriel, ainsi qu'au niveau interprofessionnel, le peu d'accords conclus au niveau communautaire pourraient s'expliquer, selon certains, par l'absence de mobilisations collectives. Le niveau européen ne serait pas fédérateur de revendications, en raison de plusieurs facteurs : une diminution générale en Europe (excepté Malte) du taux de syndicalisation, une localisation précise des conflits qui augmente, des spécificités politiques, culturelles et institutionnelles propres à chacun des pays qui empêchent une action collective⁹⁶³. Hormis quelques mouvements très médiatisés, comme le conflit chez Renault Vilvoorde ou plus récemment chez Airbus, il n'existerait pas de revendications au niveau communautaire pouvant être à l'origine de l'élaboration d'un tissu conventionnel européen, excepté au niveau de l'entreprise transnationale. La faiblesse du syndicalisme européen expliquerait l'implication importante de la Commission dans le dialogue social communautaire (ou peut-être en serait-ce la cause ?).

La négociation collective communautaire existe, en dehors du cadre institutionnel, mais elle peine à trouver une existence concrète. Les partenaires sociaux (surtout les représentants des salariés) se présenteraient davantage comme les partenaires des institutions que comme les représentants des intérêts des salariés. « La CES privilégierait la carte de l'institution, sa

⁹⁵⁷ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion 1999, spéc. p. 158 et suiv.

⁹⁵⁸ M.-A. MOREAU, L'action syndicale en Europe, *Op. cit.*, spéc. p. 69.

⁹⁵⁹ J.-M. DENIS, *Op. cit.*, spéc. p. 675.

⁹⁶⁰ J.-M. DENIS, *Op. cit.*, spéc. p. 675.

⁹⁶¹ A. DUFRESNE, *Op. cit.*, spéc. p. 33.

⁹⁶² Cf. Partie II, titre II, n° 373 et 390 et suiv.

⁹⁶³ J.-M. DENIS, *Op. cit.*, spéc. p. 673 à p. 675.

volonté acharnée de se voir reconnaître comme interlocuteur privilégié de la Commission européenne et de l'UNICE s'effectuant au détriment d'une orientation plus mobilisatrice et combative »⁹⁶⁴. La participation des partenaires sociaux européens comme rédacteurs de la loi les empêcheraient d'élaborer un droit collectif.

Il semble, de prime abord, y avoir une opposition entre les deux fonctions exercées par les partenaires sociaux européens (rédaction de la loi et élaboration de conventions collectives), surtout en ce qui concerne les syndicats de salariés. Leur volonté de participer à la procédure législative les conduit à adopter une attitude constructive qui s'opposerait à l'expression des revendications. Pourtant, cette opposition n'est qu'apparente.

La satisfaction de revendications peut, en effet, impliquer des négociations qui sont menées de façon constructive (et la participation au processus législatif n'empêche pas l'expression de revendications). La faiblesse de la négociation collective communautaire ne résulte pas d'un antagonisme entre le caractère institutionnel de la participation à la rédaction de la loi et une attitude plus revendicative dans les relations professionnelles. Elle découle plutôt de l'absence de volonté des organisations syndicales et patronales européennes de conclure des accords collectifs à des niveaux très étendus. Il semble pourtant nécessaire de renforcer l'action des partenaires sociaux si l'on considère que la convention collective est un instrument juridique efficace et adapté à l'évolution de la construction sociale de l'Europe⁹⁶⁵. Les partenaires sociaux ont semblé plus enclins à développer un dialogue qui n'aboutit pas à des actes juridiquement contraignants.

Section II. La coordination des instruments de soft law

Une certaine volonté de concertation des partenaires sociaux européens et nationaux transparaît dans la quantité et la diversité des outils de droit souple utilisés⁹⁶⁶. Les conséquences juridiques et pratiques, à la fois dans l'ordre communautaire et français, sont incertaines (§ II). La prolifération de ces différents outils nécessite, au préalable de les analyser (§ I).

⁹⁶⁴ J.-M. DENIS, *Op. cit.*, spéc. p. 675.

⁹⁶⁵ M. DESPAX, *Op. cit.*, spéc. n° 110.

⁹⁶⁶ Cette diversité avait été envisagée par G. LYON-CAEN, il y a de nombreuses années, comme si elle était inhérente au développement de relations professionnelles de niveau communautaire : « nul ne peut prévoir le type exact des actes juridiques qui jalonnent cette négociation ». ; G. LYON-CAEN, Négociation et convention collective au niveau européen, *RTD eur.*, 1973, p. 584 et *RTD eur.*, 1974, p. 1, spéc. n° 108.

§ I - La prolifération des outils de soft law

Les outils de *soft law* sont de diverses sortes (A) et leur nombre en pratique est élevé (B).

A. Les différentes catégories

277. Les partenaires sociaux européens ont mis en place des catégories différentes d'instruments de droit souple, semble-t-il, par opportunisme. Les actes varient en fonction de l'interlocuteur et des questions en jeu. L'identification des différents types d'actes n'est pas particulièrement aisée car ces actes ne relèvent pas de notions juridiques connues⁹⁶⁷. La classification suivante peut néanmoins être proposée : d'abord les déclarations des partenaires sociaux européens qui ont vocation à transmettre leur opinion sur une question politique (a) ; ensuite tous les instruments qui permettent aux partenaires sociaux d'organiser leurs rapports réciproques (b) ; certains instruments qui ont vocation à régir le fonctionnement de chaque organisation salariale ou patronale (c) ; enfin tous les instruments qui semblent établir des relations avec les institutions communautaires (d). Les instruments de *soft law*, au-delà de leur diversité, sont révélateurs d'une forme de dialogue social qui favorise l'échange et l'information.

a) Les déclarations à visée politique

278. Le dialogue social européen peut se manifester à travers des échanges portant sur des questions de politique générale communautaire. Quelques exemples de déclarations des partenaires sociaux européens peuvent être donnés⁹⁶⁸ : la déclaration des partenaires sociaux européens (UNICE, UEAPME, CEEP, CES) au Conseil européen de Cologne, le 2 juin 1999, affirmant qu'ils étaient prêts à participer au processus macroéconomique ; la déclaration concernant l'élargissement de l'Union Européenne, à la conférence de Varsovie réunissant, les 18 et 19 mars 1999, les partenaires sociaux de l'Union Européenne et des pays candidats à l'adhésion.

⁹⁶⁷ E. MAZUYER, Les instruments juridiques du dialogue social européen : états des lieux et tentative de clarification, *Dr. social*, 2007, p. 476, spéc. p. 477.

⁹⁶⁸ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/social/newsletter/news13tf_fr.pdf.

Les partenaires sociaux, par ces déclarations, communiquent leur point de vue sur des questions politiques dépassant les seules questions sociales. Ils marquent de leur présence la construction européenne.

La Commission, qui a plus ou moins établi un classement des actes non contraignants des partenaires sociaux⁹⁶⁹, retient d'autres types d'actes. Ce sont les textes issus de rencontres organisées dans le cadre des processus (la Commission emploie ce vocable, sans plus de précision, pour désigner, semble-t-il, les politiques de l'emploi). La Commission identifie les cadres d'action (qu'elle définit comme des priorités politiques que les partenaires sociaux nationaux s'engagent à respecter), ainsi que les orientations politiques qui concernent la façon dont les partenaires sociaux s'engagent à suivre et évaluer certaines mesures.

Ces différents moyens utilisés par les partenaires sociaux ne semblent avoir pour but qu'un souci de communication de leur part sur des questions politiques.

b) Les réglementations régissant les rapports entre organisations syndicales et organisations patronales: les programmes d'actions, les recommandations, les lignes directrices et les codes de conduite

279. Les partenaires sociaux européens, depuis 2003, se montrent soucieux d'établir un calendrier de leur action commune. Ils ont établi deux programmes d'actions, parvenant ainsi à organiser une concertation.

Le premier programme a été élaboré en marge du Conseil européen de Laeken en décembre 2001. Dans le programme de 2003-2005⁹⁷⁰, diverses actions ont été prévues concernant les restructurations, l'égalité entre les hommes et les femmes, le harcèlement... Ces actions ont été menées grâce à divers instruments comme des rapports ou des séminaires. Les partenaires sociaux avaient également prévu d'assurer la surveillance du suivi de l'accord-cadre sur le télétravail. Sans exclure l'utilisation d'accord collectif communautaire, les partenaires sociaux européens ont surtout manifesté leur volonté d'échanger des points de vue.

Les partenaires sociaux européens ont renouvelé l'expérience du programme de travail pour les années 2006-2008⁹⁷¹. Ayant adopté deux accords-cadres sur le télétravail et le stress au

⁹⁶⁹ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*

⁹⁷⁰ Programme de travail des partenaires sociaux européens (CES, CEEP, UNICE/UAEPME) 2003-2005, élaboré au Conseil européen de Laeken en décembre 2001.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/dec/prog_de_travail_comm_fr.pdf.

⁹⁷¹ Programme de travail des partenaires sociaux européens 2006-2008.

travail, ainsi que deux cadres d'actions sur l'apprentissage tout au long de la vie et l'égalité entre les hommes et les femmes, ils se proposent d'en assurer un suivi efficace. Ils souhaitent centrer leur programme sur les défis économiques et sociaux de l'Europe, notamment dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. Ce programme se consacre aussi à l'assistance des partenaires sociaux des nouveaux États membres. Les actions des partenaires sociaux européens se traduisent par des recommandations, des cadres d'action sur l'emploi et des accords-cadres (sur le harcèlement et la violence).

Le contenu du programme 2006-2008, désignant les actions à mener, est différent de celui du programme précédent. Les « accords » (c'est-à-dire les accords contraignants) ne semblent pas constituer l'action principale des partenaires sociaux. Le programme privilégie les actes de concertation et d'information.

L'initiative de rédaction de ces programmes communs de travail traduit « davantage d'autonomie » des partenaires sociaux vis-à-vis de la Commission⁹⁷², mais surtout une forte volonté de discussion.

280. Les partenaires sociaux européens ont émis des recommandations à l'intention de leurs membres : la déclaration des partenaires sociaux (UNICE, UEAPME, CEEP, CES) sur l'emploi des personnes handicapées, du 11 mai 1999, dans laquelle ils font des recommandations aux employeurs et syndicats européens pour favoriser le travail des personnes souffrant d'un handicap (tout en faisant appel aux autorités publiques). Des recommandations ont été faites aussi au sein de secteurs particuliers d'activité, comme le textile, la tannerie et l'hôtellerie-restauration⁹⁷³.

Ces recommandations sont des textes établissant des principes destinés aux organisations nationales et pour lesquelles une procédure de suivi et d'évaluation est déterminée au plan national et européen⁹⁷⁴.

La Commission semble plutôt qualifier les recommandations de ligne directrice et de code de conduite⁹⁷⁵. Elle souligne que celles-ci peuvent servir de principes ou de normes minimales à mettre en œuvre au niveau national ou de l'entreprise.

http://ec.europa.eu/comm/employment_social/news/2006/mar/work_programme_2006_2008_fr.pdf

⁹⁷² M. E. BLAS LOPEZ, Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation, *Dr. social*, 2006, p. 540, spéc. p. 546.

⁹⁷³ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/social/newsletter/news13tf_fr.pdf.

⁹⁷⁴ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 24.

⁹⁷⁵ Communication de la Commission, COM(2004) 557 final, *Op. cit.*

281. D'autres types d'actes sont proches des recommandations, il s'agit des déclarations. Elles « sont destinées aux organisations nationales ou aux comités (sectoriels) eux-mêmes. Aucune procédure explicite de suivi n'est prévue dans le texte où la procédure est vague. La différence entre certaines recommandations et déclarations est ténue »⁹⁷⁶. Ces déclarations se distinguent de celles à visée politique, précédemment évoquées, dans la mesure où elles se concentrent sur les relations entre partenaires sociaux.

Le but de ce type d'actes, qu'on les appelle « recommandations », « codes de conduite » ou « lignes directrices », est d'organiser les rapports des partenaires sociaux entre eux : d'une part, entre les partenaires sociaux communautaires et nationaux et, d'autre part, entre le secteur d'activités communautaire et les entreprises transnationales y appartenant. Ainsi, le secteur peut établir un modèle de code de conduite pour les entreprises du secteur, souvent de taille peu importante et soumises aux pressions du marché international (secteur du cuir, du sucre et de la sécurité)⁹⁷⁷.

Ce sont des outils intéressants qui montrent combien il est important pour les partenaires sociaux de prévoir une coordination entre différents niveaux d'intervention. Ces différents outils permettent de faire face à la complexité des relations professionnelles au niveau communautaire. Ils sont peut-être le signe d'un début de régime conventionnel communautaire, par l'instauration de certaines formes d'obligations envers leurs destinataires⁹⁷⁸.

« Cependant, les partenaires sociaux nationaux et européens doivent avoir le bénéfice du doute. Et toute expérience positive ou négative sera sans aucun doute examinée par ces partenaires sociaux dans le but de renforcer ce qui convient d'appeler « la loi non écrite du dialogue social européen », c'est-à-dire apprendre par l'expérience ou la simple méthode de tâtonnement »⁹⁷⁹. Les partenaires sociaux européens recherchent des modalités de fonctionnement de façon empirique, essayant tant bien que mal d'établir des relations professionnelles. Pour l'instant, ces relations professionnelles ne correspondent pas aux canons juridiques du droit interne. Elles sont l'illustration de la difficulté intrinsèque, au niveau communautaire, d'établir des relations professionnelles.

⁹⁷⁶ Ph. Pochet, *Op. cit.*, spéc. p. 24.

⁹⁷⁷ M.-A. Moreau, *Op. cit.*, spéc. p. 176.

⁹⁷⁸ M. Schmitt, *Les contradictions du dialogue social européen*, *LSE*, n° 147, p. 5, spéc. p. 7.

⁹⁷⁹ S. Clauwaert, *Op. cit.*, spéc. p. 52.

c) Le fonctionnement des organisations syndicales européennes : les avis conjoints, les règlements intérieurs et les outils de formation

282. Les avis conjoints, les règlements intérieurs et les outils de formation définissent les modalités de fonctionnement des organisations syndicales européennes.

La Commission identifie comme type d'actes relevant de la *soft law*, les avis conjoints qui sont considérés (par elle) comme « des échanges d'information à caractère explicatif ».

Les partenaires sociaux utilisent également les outils de formation et d'action qui « sont les études (réalisées par les partenaires sociaux de manière paritaire uniquement et non par les consultants européens et/ou nationaux), manuels glossaires ou banques de données ». Ils établissent par ailleurs des règlements intérieurs : « série de règles explicites de fonctionnement ainsi que, le plus souvent, les thèmes à aborder et la manière de le faire (consultations, textes conjoints, négociations) »⁹⁸⁰.

d) Le lien avec les institutions communautaires : l'autorégulation et les positions communes

283. Les positions communes s'adressent aux institutions communautaires et permettent aux partenaires sociaux de faire connaître leur point de vue. « L'objectif principal des positions communes est parfois clairement énoncé mais aussi, dans d'autres cas, diffus car dilué parmi les multiples questions abordées »⁹⁸¹. Cette démarche, consistant dans l'expression de points de vue, correspond parfaitement au fonctionnement de la Communauté et à l'idée de gouvernance européenne.

Sur les cinquante-deux documents émis par les partenaires sociaux européens au niveau interprofessionnel, 60% sont des positions communes⁹⁸².

Le thème du dialogue social est présent dans de nombreux documents interprofessionnels. « Cela indique l'importance de la définition et la redéfinition même des activités conjointes et des objectifs poursuivis. Toutefois la plus grande partie des documents ayant pour thématique principale le dialogue social est adressée à la Commission », dans le but de l'influencer⁹⁸³.

⁹⁸⁰ Ph. POCHE, *Op. cit.*, spéc. p. 24.

⁹⁸¹ Ph. POCHE, *Op. cit.*, spéc. p. 24.

⁹⁸² Ph. POCHE, Le dialogue social interprofessionnel, une analyse quantitative, *Chron. Intern. de l'IREs*, n° 98, janvier 2006, p. 43, spéc. p. 48.

⁹⁸³ Ph. POCHE, *Op. cit.*, spéc. p. 49.

284. L'accord interinstitutionnel intitulé « Mieux légiférer »⁹⁸⁴, du 31 décembre 2003, encourage les participations diverses provenant de la société civile et des partenaires sociaux. Cette participation est offerte aux partenaires sociaux par le biais de l'autorégulation.

Le point 22 de l'accord interinstitutionnel stipule : « *on entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non Gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels)* ». L'accord interinstitutionnel précise, dans ce même point, que ce sont des initiatives volontaires qui ne font pas intervenir les institutions, hormis la Commission qui en contrôle la conformité au traité CE. Dans le point 23, il est mentionné, néanmoins, que la Commission informe des initiatives le Parlement européen et le Conseil, et peut contrôler la représentativité des acteurs. L'autorégulation peut inciter la Commission à faire des propositions législatives. Il est à noter que la définition de l'autorégulation est large, elle peut englober tous les types d'actes conclus par les partenaires sociaux qui ont été évoqués ci-dessus.

Les dispositions de l'accord interinstitutionnel, qui font référence aux accords sectoriels, amènent à s'interroger sur d'éventuelles interférences avec les dispositions de l'article 139 du traité CE. L'accord collectif communautaire et l'autorégulation peuvent-ils se confondre, comme certains auteurs semblent le penser⁹⁸⁵ ? L'autorégulation se distingue de l'accord collectif communautaire car les fondements juridiques sont différents⁹⁸⁶ : l'accord interinstitutionnel ne peut donc pas écarter les dispositions du traité CE sur la politique sociale. Les accords collectifs conservent leur nature juridique qui est d'entraîner le respect des obligations pour les parties contractantes⁹⁸⁷.

L'autorégulation peut désigner tous les instruments de *soft law* émis par les partenaires sociaux. D'ailleurs, l'accord interinstitutionnel ne donne pas d'indication sur la valeur juridique des actes d'autorégulation⁹⁸⁸.

Même si l'autorégulation relève du droit mou, ces actes ont une certaine portée normative⁹⁸⁹. Ils peuvent, en effet, constituer un préalable à la conclusion de conventions collectives, voire

⁹⁸⁴ 2003/C 321/01.

⁹⁸⁵ C. VIGNEAU, Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ?, *Dr. social*, 2004, p. 883.

⁹⁸⁶ *Contra*, C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n° 5.

⁹⁸⁷ Cf. Section précédente, n° 244.

⁹⁸⁸ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, p. 883, spéc. n° 5.

à la mise en œuvre d'une procédure législative fondée sur l'article 138 du traité CE. En dehors de l'article 138 du traité CE, les actes d'autorégulation permettent aux partenaires sociaux de s'exprimer sur les politiques européennes de l'emploi.

285. L'autorégulation permet, de plus, la consultation du Parlement européen, alors que cette consultation, lorsque les partenaires sociaux interviennent dans le cadre de la procédure législative n'est pas prévue par le traité CE. On constate également la volonté des institutions d'intégrer dans le processus décisionnel de la Communauté de multiples acteurs qui sont amenés à se prononcer sur telle ou telle question. Cette sollicitation peut être interprétée comme un besoin des institutions de pallier leur éloignement des citoyens.

L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » « définit et organise les instruments de la nouvelle gouvernance européenne. Sur la forme, le choix d'un accord interinstitutionnel pour régler cette question nous semble fortement contestable. Sur le fond, l'accord ménage à des acteurs privés un rôle institutionnalisé dans la réalisation des objectifs communautaires. La régulation au niveau communautaire est conçue comme le résultat d'une coordination entre autonomie et hétéronomie dans la production des normes »⁹⁹⁰.

Aujourd'hui, toutes les formes de négociation semblent privilégiées. Au niveau communautaire cette activité des partenaires sociaux n'est pas négligeable et elle est confortée par l'attitude de la Commission. « Les organisations syndicales ont obtenu la reconnaissance, non d'un pouvoir de décision, mais d'une authentique autorité morale »⁹⁹¹. La participation des partenaires sociaux est protéiforme à tous les niveaux. L'échange de points de vue est développé par les partenaires sociaux eux-mêmes qui préfèrent se réunir en groupes de travail, séminaires, plutôt que de développer un tissu conventionnel communautaire contraignant. Il existe, à ce jour, une très grande palette d'instruments juridiques, mais leur mise en œuvre, souvent exonérée de mesure coercitive, reste aléatoire. L'analyse juridique des différents

⁹⁸⁹ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, p. 883, spéc. n° 6. Néanmoins, l'auteur craint que, finalement, l'autorégulation comporte un risque d'affaiblissement de la position privilégiée des partenaires sociaux dans le système de Gouvernement européen (spéc. n° 11).

⁹⁹⁰ C. VIGNEAU, *Op. cit.*, spéc. n°11.

⁹⁹¹ M.-D. GARABOL-FURET, *Op. cit.*, spéc. p. 438.

instruments de *soft law*⁹⁹² est une tâche délicate. Même les partenaires sociaux européens ne semblent pas être d'accord sur la portée juridique à accorder à de tels instruments⁹⁹³.

B. L'importance quantitative des outils juridiques non contraignants

286. L'analyse quantitative s'effectue aussi bien au niveau interprofessionnel qu'au niveau professionnel.

Soixante pour cent des documents produits au niveau interprofessionnel sont adressés à la Commission et concernent tous les domaines. Les autres destinataires des documents sont les organisations nationales et européennes. Les entreprises nationales ne sont pas visées, ce qui est normal puisque l'UNICE ne les représente pas⁹⁹⁴.

Sur trois-cent-cinquante-trois documents (de 1978 à 2004) émis dans les secteurs, deux-cent-seize (soit 60 %) sont des positions communes, quarante-six sont des déclarations⁹⁹⁵. Si l'on observe la qualité des textes depuis 1998, date de création des comités de dialogue social sectoriel, les positions communes couvrent 45% des textes conclus, et les déclarations et recommandations progressent⁹⁹⁶.

Certains secteurs comme les télécommunications, les chemins de fer, la pêche maritime, le textile et l'habillement sont prolixes, d'autres comme la construction navale, l'audiovisuel, le service aux personnes le sont moins⁹⁹⁷. Au niveau des secteurs, beaucoup de textes émis par les partenaires sociaux européens concernent leur fonctionnement interne. Les recommandations sont souvent des codes de conduite ou des chartes, comme dans le secteur du sucre, du textile, de la chaussure, du cuir, du bois ou de la sécurité privée.

Peu d'informations sont disponibles en ce qui concerne le suivi des recommandations, exception faite du code de conduite du secteur du sucre qui a organisé un suivi précis de la mise en œuvre avec publication d'un document de synthèse⁹⁹⁸.

⁹⁹² M.-A. MOREAU qualifie ainsi tous les types d'avis, recommandations et orientations communes, ce qui est partagé par une grande partie de la doctrine ; *in Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations, Op. cit.*, spéc. p. 328.

⁹⁹³ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 328.

⁹⁹⁴ Ph. POCHET, *Op. cit.*, p. 43.

⁹⁹⁵ Ph. POCHET, Le dialogue social sectoriel, une analyse quantitative, *Op. cit.*, spéc. p. 27.

⁹⁹⁶ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 28.

⁹⁹⁷ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 26.

⁹⁹⁸ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 28.

Les destinataires de ces textes sont le plus souvent les institutions européennes, ainsi que les organisations syndicales européennes et nationales. Très peu de textes sont adressés aux entreprises ou aux autorités publiques nationales⁹⁹⁹.

En définitive, chaque instrument de *soft law*, utilisé dans les divers secteurs, semble correspondre à un thème de discussion : les recommandations abordent les conditions de travail (largement définies) ; les déclarations, la formation ; les positions communes traitent des politiques économiques et sectorielles et des conséquences sociales des politiques communautaires¹⁰⁰⁰.

Les secteurs ont des approches très différentes quant à la nature des textes adoptés. La question se pose, en l'absence de contrainte juridique de ces textes, de savoir quelles sont les procédures de suivi assurant leur application. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur l'articulation des textes entre tous les niveaux, ainsi qu'avec d'autres textes émis par les partenaires sociaux. Le dialogue social européen gagnerait en clarté si l'on pouvait répondre à ces questions¹⁰⁰¹.

287. Les partenaires sociaux européens établissent leurs relations professionnelles en se servant d'outils incitatifs et sont très actifs pour ce qui est de manifester leur point de vue auprès de la Commission. Que ce soit au niveau interprofessionnel ou au niveau sectoriel, les partenaires sociaux s'expriment par le biais du droit souple ou, parfois, du *lobby*. « *Lobby* et *soft law* ne dessinent pas un agenda ambitieux comme nous le prouvent les négociations sur un nouveau programme d'action triennal »¹⁰⁰². Les partenaires sociaux n'utilisent pas toujours d'actes contraignants, mais ils ont une forte activité de discussion qui, peut-être, ne constitue qu'une étape dans la récente construction du dialogue social communautaire.

C'est surtout à propos des thèmes et des objets de négociation, que les critiques doivent être portées. Les partenaires sociaux ne semblent pas, en effet, se saisir des questions les plus importantes comme, par exemple, les restructurations ou la création de contre-pouvoirs de nature transnationale¹⁰⁰³.

288. Les conséquences pratiques des outils européens de droit souple en droit interne sont difficiles à mesurer car il n'y a pas de manifestations tangibles de réception de ces outils. En

⁹⁹⁹ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 31.

¹⁰⁰⁰ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 31.

¹⁰⁰¹ Ph. POCHET, *Op. cit.*, spéc. p. 33.

¹⁰⁰² Ph. POCHET, Le dialogue social interprofessionnel, une analyse quantitative, *Op. cit.*, spéc. p. 52.

¹⁰⁰³ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 329.

revanche, des méthodes empruntées au dialogue social communautaire font leur apparition en droit français.

Les relations professionnelles françaises s'inspirent des relations professionnelles communautaires en érigeant des accords encourageant les bonnes pratiques. C'est le cas de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, offert à la signature des partenaires sociaux le 11 octobre 2006. « Il a pour but de donner des impulsions, d'opérer une sensibilisation des salariés et des managers, de communiquer sur la diversité dans les entreprises, plus que d'introduire un contenu véritablement normatif »¹⁰⁰⁴.

La méthode incitative de l'accord¹⁰⁰⁵, fondée sur les bonnes pratiques, fait fortement penser aux méthodes communautaires de lignes de conduites ou recommandations, qui entendent responsabiliser ceux qui mettent en œuvre l'accord. Les accords collectifs français, sur cette question de la diversité, sont encouragés dans les entreprises qui ont pour but d'« organiser un dialogue et des échanges sur (...) l'égalité des chances et de traitement dans l'entreprise avec les représentants des salariés ». À défaut d'accord, une consultation du comité d'entreprise est prévue par l'accord interprofessionnel¹⁰⁰⁶. De façon générale, ce sont les partenaires sociaux des niveaux plus restreints que le niveau interprofessionnel qui sont encouragés à intervenir.

Les partenaires sociaux utilisent volontiers des outils de *soft law*, au niveau communautaire, pour régler leurs relations entre eux ou avec les institutions, alors que leurs engagements contractuels aux niveaux interprofessionnel et sectoriel se font plus rares. En raison de l'importance pratique de la *soft law*, il convient de s'interroger sur les conséquences juridiques qu'elle engendre.

¹⁰⁰⁴ F. FAVENNEC-HÉRY, Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1914, spéc. n° 1. Mme FAVENNEC-HÉRY relève que c'est une méthode encouragée par la réglementation communautaire : directive du 5 juillet 2006 (dir. n° 2006/54/CE, 5 juillet 2006 : *JCP éd. Soc.* 2006, 1680) et qui s'inscrit dans un contexte national riche en nouveauté sur la question : création de la HALDE, loi sur le handicap, sur l'égalité salariale, sur l'égalité des chances... (spéc. n° 2).

¹⁰⁰⁵ Le « vocabulaire (utilisé par l'accord) est à cet égard parfaitement éclairant » : l'implication de tous, la prise de conscience de chacun, la démarche volontariste la mobilisation des branches, des entreprises et des territoires » : F. FAVENNEC-HÉRY, *Op. cit.*, spéc. n° 8.

¹⁰⁰⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, *Ibidem*. « Faut-il regretter le si peu de normativité de ce prochain accord national interprofessionnel ? Sans doute pas. Il a, à l'évidence, une vertu pédagogique. En ce domaine, la part du droit reste encore modeste » (spéc. n°20).

§ II - Les conséquences juridiques de la *soft law*

289. L'analyse de l'utilisation, en pratique, des instruments de *soft law* reflète la réalité de ce qu'est véritablement le dialogue social communautaire. Quantitativement, il est, en effet, constitué essentiellement d'actes non contraignants. La question ne se pose plus de savoir si le droit doit prendre en compte ce type d'actes : leur prolifération est telle, qu'il est nécessaire d'essayer d'en saisir les conséquences juridiques. Il faut admettre, préalablement, que ce type d'actes est du droit¹⁰⁰⁷. L'ignorance de la *soft law* pourrait, de toute évidence, devenir problématique¹⁰⁰⁸. Le juriste se doit d'analyser un tel phénomène, même si les conséquences juridiques sont difficilement saisissables¹⁰⁰⁹.

290. La qualification de « droit spontané » (ou de coutume) ne peut être retenue pour les instruments de *soft law*, même s'il s'agit dans les deux cas de « sources venues de la base »¹⁰¹⁰. Le droit spontané a été défini comme « l'ensemble des règles de droit nées directement du comportement des intéressés pour répondre à leurs besoins, en l'absence de toute volonté normative. En marge de cette définition, il est possible de décrire comment ces règles de droit apparaissent : par un processus de répétition dans le temps et dans l'espace, au terme duquel se dégage une règle extérieure à ses auteurs, abstraite générale, notoire et stable »¹⁰¹¹.

Les outils de *soft law*, à la différence de la coutume, sont des règles qui sont posées par écrit. De plus, ils n'ont pas de force contraignante¹⁰¹², même s'ils ne sont pas dénués d'une certaine normativité (en tout cas pour certains d'entre eux), moins forte que le « droit dur », mais suffisante pour influencer des comportements¹⁰¹³. L'effectivité du droit souple relève plus de leur autorité morale, c'est-à-dire de la valeur intrinsèque que leur accordent les personnes concernées.

¹⁰⁰⁷ C. THIBIERGE, Le droit souple, réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599, spéc. p. 604 et 605.

¹⁰⁰⁸ C. THIBIERGE, *Op. cit.*, spéc. p. 606.

¹⁰⁰⁹ S. CLAUWAERT, *Op. cit.*: l'adaptation du droit à la « nouvelle génération d'outils comme les codes de conduite constitue un défi » (p. 52).

¹⁰¹⁰ P. JESTAZ, *Les sources du droit*, coll. Connaissances du droit, Dalloz, 2005, spéc. p. 79 et suiv.

¹⁰¹¹ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. JACQUET, Economica, 2002, spéc. n° 223.

¹⁰¹² C. THIBIERGE, *Op. cit.*, spéc. p. 607.

¹⁰¹³ C. THIBIERGE, *Op. cit.*, spéc. p. 623 et 624.

291. Les positions communes des partenaires sociaux adressées à la Commission, ainsi que les recommandations et les positions communes émises par la Commission ne sont assorties d'aucune contrainte particulière¹⁰¹⁴. En revanche, les actes émanant des partenaires sociaux communautaires et adressés à des organisations qui en sont membres (sectorielles ou nationales), ou bien les actes adressés par les organisations sectorielles aux entreprises, soulèvent des questions relatives aux éventuelles obligations qu'elles sous-tendent. Les codes de conduite, les lignes directrices, les recommandations, et même les règlements intérieurs des organisations syndicales contraignent-ils les personnes qui les émettent ainsi que les personnes qui les reçoivent ?

Il est certain que ces différents outils ne sont pas des contrats. Par analogie, les recommandations et codes de conduites, émis par les organisations syndicales communautaires au niveau interprofessionnel ou sectoriel, pourraient se rapprocher de la recommandation patronale de branche à leurs adhérents. En droit français, le régime juridique a été fixé par plusieurs arrêts du 29 juin 1999¹⁰¹⁵ : la Chambre sociale de la Cour de cassation a érigé le principe de l'effet obligatoire des recommandations patronales. La recommandation patronale est une source du droit du travail à part entière qui se distingue de l'usage ou de l'engagement unilatéral¹⁰¹⁶. Elle s'analyse comme l'expression d'un pouvoir réglementaire de droit privé¹⁰¹⁷, dans la mesure où la Cour de cassation exige, pour que la recommandation soit reconnue comme contraignante, qu'elle soit claire et précise et qu'elle ait fait l'objet de mesures de publicité auprès des destinataires¹⁰¹⁸. La recommandation patronale constitue une catégorie d'acte générateur d'obligations pour ses destinataires¹⁰¹⁹.

Les positions communes et codes de conduites adressés par des organisations européennes à leurs adhérents nationaux peuvent-ils engendrer une obligation que les salariés seraient en droit de réclamer ? La réponse n'est pas évidente. L'analogie avec la recommandation patronale, telle que régie par le droit français, ne semble pas possible. La recommandation patronale est, en effet, adressée par une organisation syndicale de branche aux employeurs adhérents. Les salariés des employeurs adhérents peuvent réclamer à leurs employeurs

¹⁰¹⁴ Les institutions peuvent être émettrices d'un droit mou, F. OSMAN, Avis, directives, code de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources de droit privé, *RTD civ.*, 1995, p. 509, spéc. p. 516.

¹⁰¹⁵ B. BOUBLI, *TPS*, 1999, n° 8, chr. 14, p. 6 ; P. DEUMIER, *JCP éd. G*, 2000, juris. II 10315, p. 923 ; J. DUPLAT, Sur la portée des recommandations patronales, *Conclusions de l'avocat général, Dr. social*, 1999, p. 795 ; S. JOLY, *PA*, 2000, n° 50, p. 11 ; N. MOLFESSIS, *RTD civ.*, 2000, p. 200 ; R. (de) QUÉNAUDON, *D*, 2000, note, p. 50.

¹⁰¹⁶ S. JOLY, *Op. cit.*, spéc. n° 3.

¹⁰¹⁷ P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. T. REVET, Litec, 1998.

¹⁰¹⁸ N. MOLFESSIS, *Op. cit.*, spéc. p. 205 et 206.

¹⁰¹⁹ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 82.

l'application de la recommandation. Lorsqu'une organisation européenne émet un code de conduite, il s'adresse à une organisation nationale. Si l'organisation nationale ne prend pas de décision particulière, aucune recommandation ne sera émise en direction des employeurs membres. Il existe plusieurs niveaux d'intervention avant que le salarié ne soit concerné par un code de conduite émis par une organisation européenne. L'analogie avec la recommandation patronale ne semble pas opérante, par ailleurs, car les codes de conduite européens ne sont pas des engagements patronaux en matière de salaire ou de résolutions de fin de conflits, mais plutôt une méthode pour régir les relations entre les différents niveaux d'organisations européennes. Les salariés ne peuvent pas invoquer l'application de ces codes de conduite. Ces derniers ne sont pas pour les salariés une source de droit. Ils ne concernent que les rapports des organisations européennes entre elles ou avec les organisations nationales. Cela est différent des codes de conduite émis dans l'entreprise par l'employeur¹⁰²⁰.

292. Les instruments de *soft law* émis par les partenaires sociaux européens sont révélateurs d'une évolution du droit vers plus de souplesse pour faire face à la complexité croissante du droit en raison de la diversité des niveaux d'intervention et des acteurs. La souplesse des actes utilisée permet de coordonner des actions sans se soucier des frontières géographiques, ni d'un cadre procédural précis. Le droit souple crée du lien, c'est un « droit guide » qui propose, conseille, oriente et inspire¹⁰²¹. Puisqu'il n'est pas contraignant, il peut se permettre certaines audaces. Son faible degré de normativité demeure à la fois sa faiblesse principale¹⁰²² et son intérêt premier. Le droit souple ne doit pas empiéter sur le droit dur mais doit se coordonner avec lui¹⁰²³. Le droit souple doit principalement être utilisé pour permettre des initiatives, son caractère non contraignant doit être vu comme un atout. Il peut permettre d'expérimenter des mesures, pour ne retenir que les meilleures solutions.

293. La question de l'articulation de tous les actes émis par les partenaires sociaux européens se pose¹⁰²⁴. Lorsqu'un accord collectif (par définition contraignant) et un acte non contraignant, sont en conflit, le premier prévaut sur le second, sans que cela souleve d'objection. Dans le cas où l'acte non contraignant se trouve en concurrence avec un acte de

¹⁰²⁰ Cf. Chapitre suivant, n° 320.

¹⁰²¹ C. THIBIERGE, *Op. cit.*, spéc. p. 628.

¹⁰²² F. OSMAN considère même que c'est un danger (*Op. cit.*, spéc. p. 511).

¹⁰²³ Cela peut aider le droit dur, notamment la loi à sortir de la crise (sur cette crise, cf. n° 172).

¹⁰²⁴ J.-P. LHERNOULD, Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010, *Europe*, janvier 2006, p. 4, spéc. n° 16.

même nature, aucune réponse juridique certaine ne peut être donnée. La solution ne peut provenir que des parties qui ont émis l'acte. En pratique, l'hypothèse d'une confrontation semble toutefois peu probable lorsqu'il s'agit d'actes émis par les partenaires sociaux au niveau interprofessionnel comme au niveau sectoriel, car ce sont les mêmes qui interviennent aux deux niveaux¹⁰²⁵.

Objets juridiques non identifiés, les instruments de droit souple envahissent la pratique des partenaires sociaux au niveau communautaire et pourraient s'étendre à celle des partenaires sociaux au niveau interne. Cette diversification de la pratique des partenaires sociaux, si elle comporte indubitablement le risque de l'absence d'actes contraignants, montre aussi qu'elle peut être un excellent moyen de négocier et d'échanger des informations. Tous ces différents outils vont dans le même sens, celui d'un droit négocié. D'ailleurs, le développement d'un droit négocié permet le développement de sources de droit informelles qui se classe à un rang « infrahiérarchique » même si leur autorité de fait peut être grande¹⁰²⁶. Reste à trouver le bon équilibre, l'objectif devant être pour les partenaires sociaux d'assurer une réglementation professionnelle européenne coordonnant le niveau communautaire avec le niveau national, en même temps que le niveau interprofessionnel et sectoriel.

À l'heure actuelle l'utilisation de ces outils par les partenaires sociaux montre qu'ils sont les instigateurs des règles qui leur sont applicables¹⁰²⁷, ce qui pourrait constituer des pistes de réflexion pour élaborer un régime juridique des relations professionnelles européennes.

294. Conclusion du Chapitre I. L'existence d'un niveau communautaire de négociation n'en est qu'à ces débuts, même si les partenaires sociaux européens ont adopté un certain nombre d'actes.

Le nombre de conventions collectives communautaires demeure restreint, ce qui semble avoir peu de conséquences sur le niveau interne de relations professionnelles¹⁰²⁸. Pourtant, on peut voir, dans l'exemple de l'accord-cadre sur le télétravail, mis en œuvre en droit interne, les débuts d'une articulation entre le niveau communautaire et le niveau national de règles

¹⁰²⁵ Cf. *infra* la composition des organisations titre II, n° 363 et suiv.

¹⁰²⁶ P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.*, 2001, p. 749, spéc. n° 15. Une conception normativiste de la hiérarchie des normes ignore ce type de sources. L'auteur préconise « une théorie des sources substantielles » (n° 16).

¹⁰²⁷ M. SCHMITT, *Op. cit.*, spéc. p. 8.

¹⁰²⁸ Certains affichent plutôt une opinion pessimiste quant à l'évolution future : M.-D. GARABOL-FURET, *Op. cit.*, spéc. p. 436 : l'auteur pense que « la prétention à l'exercice d'un droit syndical européen paraît vaine ».

professionnelles qui, à l'avenir, peuvent constituer un modèle de développement de conventions collectives communautaires.

Il existe, au niveau communautaire, une pratique fondée essentiellement sur des outils de *soft law*. Les partenaires sociaux nationaux adhérents aux organisations communautaires sont nécessairement impliqués dans le développement de règles professionnelles communautaires car ils sont tenus de respecter leurs engagements envers lesdites organisations. Les partenaires sociaux français, lorsqu'ils négocient sur le territoire national, doivent tenir compte des actes adoptés au niveau européen. Les partenaires sociaux, communautaires et internes, sont responsables de l'effectivité des règles de niveau communautaire et de leur bonne articulation avec le niveau interne. Ainsi, se constitue, petit à petit, un véritable espace européen de négociation, par la coordination entre le niveau communautaire et interne de règles de niveaux interprofessionnel et sectoriel.

La construction d'un espace européen de négociation résulte également de la négociation qui se déroule au sein des entreprises transnationales sur le territoire de l'Union européenne. Quelques entreprises semblent assez intéressées par la possibilité de négocier à l'échelle transnationale, c'est-à-dire de pouvoir dépasser les limites posées par les frontières des États membres. Cette négociation, même si elle est peu développée, retient néanmoins l'attention car elle s'inscrit dans l'espace communautaire et prétend édicter quelques éléments d'un statut collectif d'entreprise.

Chapitre II

Les prémices de la négociation dans l'entreprise transnationale¹⁰²⁹

295. Quelques entreprises couvrent, en Europe, différents territoires nationaux, et prennent des décisions économiques à l'échelle de tous ces territoires, alors que les règles professionnelles ne sont juridiquement reconnues qu'au niveau national. Il est important d'accorder le niveau de décision économique avec le niveau de réglementation professionnelle¹⁰³⁰. La pratique a donc vu naître des négociations au niveau de l'entreprise transnationale. C'est un phénomène de « génération spontanée » qui rappelle la naissance des conventions collectives dans différents pays de la Communauté¹⁰³¹.

Les relations de travail dans les groupes ou entreprises transnationales¹⁰³² sont innovantes grâce aux solutions « normatives » qu'elles proposent. Il s'agit de reconnaître une autonomie collective transnationale, afin que puissent être élaborées des normes¹⁰³³. C'est dans cette ligne qu'ont été adoptées : la directive 94/45 du 22 septembre 1994 relative à la création d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension communautaire¹⁰³⁴ ; la directive 2001/86 du 8 octobre 2001 relative à la participation des travailleurs dans la société européenne¹⁰³⁵ ; la directive 2003/72 du 22

¹⁰²⁹ D'après I. DAUGAREILH (La négociation collective internationale, *Travail et Emploi*, n° 104, Octobre-décembre 2005, p. 69, spéc. p. 75) l'expression « transnationale » a supplanté celle de « multinationale » ; cette expression est en effet utilisée en doctrine par M.-A. MOREAU par exemple. D'autres auteurs préfèrent parler de firme (M.-L. MORIN, Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises, *RIT*, vol. 144, 2005, n° 1, p. 5, spéc. p. 7).

¹⁰³⁰ M.-A. MOREAU, G. TRUDEAU, Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie, *JDI*, n° 4, 2000, p. 915, spéc. p. 927.

¹⁰³¹ M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail*, sous la direction de G.H. CAMERLYNCK, Tome 7, 2^{ème} édition, Dalloz, 1989, spéc. n° 108.

¹⁰³² Il est à noter que l'entreprise transnationale englobe aussi la notion de groupe. L'entreprise transnationale peut avoir des frontières floues. En matière de négociation, ce sont les parties qui déterminent le champ d'application. Dans les développements suivants, nous employons indistinctement entreprise ou groupe.

¹⁰³³ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « A droit ouvert », 2006, spéc. p. 330 et p. 331.

¹⁰³⁴ G. BELIER, Le comité d'entreprise européen : une institution encore à construire ?, *Dr. social*, 1994, p. 1027 ; I. DESBARRAT, A propos du comité d'entreprise européen, *PA*, 30 juin 1995, n° 78, p. 27 ; S. LAULOM, La directive sur les comités d'entreprise européens : l'importance d'une transition, *Dr. social*, 1995, p. 1026 ; P. RODIERE, Le comité d'entreprise à l'heure européenne, *DO*, 1995, p. 61 ; P. STRASSER, « Les comités de groupe européens : une longue gestation », in *Etudes en hommage à Hélène SINAY*, Peter Lang, 1994, p. 331 ; B. TEYSSIE, Le comité d'entreprise européen (Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994), *JCP éd. E*, n° 1, 1995, ét. 416, p. 1.

¹⁰³⁵ F. BLANQUET, Enfin la société européenne « la SE », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2001, p. 65 ; M. MENJUCQ, La société européenne : enfin l'aboutissement !, *D*, 2001, doct., p. 1085 ; M.-A. MOREAU, L'implication des travailleurs dans la société européenne, *Dr. social*, 2001, p. 927 ; C. NOURISSAT, *Droit*

juillet 2003 relative au statut des travailleurs dans le cadre de la création de coopératives européennes¹⁰³⁶ et enfin la directive 2005/56 du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontières. « Ces directives construisent (...) un modèle de négociation dans le groupe transnational de dimension européenne »¹⁰³⁷, car ces cadres de représentation ont permis à la négociation dans l'entreprise transnationale d'émerger. Les représentants syndicaux se sont associés progressivement aux négociations dans l'entreprise transnationale. La négociation d'entreprise se développe, prenant la forme d'instruments variés qui ne semble pas revêtir, pour la plupart, une forme contractuelle. L'étude de l'émergence de la négociation transnationale d'entreprise mérite d'être menée afin de mettre au jour ses caractéristiques (Section I).

Il convient ensuite d'envisager les perspectives de la négociation collective transnationale : la place que cette négociation doit prendre dans le droit communautaire et son articulation avec le niveau national de négociation (Section II).

Section I. L'émergence de négociations dans l'entreprise transnationale

296. Le droit communautaire ne régleme pas la négociation et la conclusion d'accords collectifs communautaires dans l'entreprise transnationale. Seules l'information et la consultation des représentants des salariés ont connu des directives successives. La création du comité d'entreprise européen, du comité de la société européenne, et la généralisation des procédures d'implication des travailleurs sur tout le territoire communautaire constituent le droit de l'information et de la consultation des représentants des salariés communautaires. Une caractéristique s'en dégage : les procédures d'information et de consultation sont mises en place par voie de négociation. Cette négociation est intéressante car elle a pour cadre l'entreprise transnationale. Même si elle a un objet limité aux procédures d'information et de

communautaire des affaires, 2^{ème} édition, Dalloz, 2005, spéc. n° 183 et suiv. ; B. TEYSSIE, L'implication des salariés dans la société européenne, normes subsidiaires : la participation aux organes de direction, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 187, L'implication des salariés dans la société européenne, normes subsidiaires : le comité légal, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 168, Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes, le déroulement de la négociation, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 148, Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes, les parties à la négociation, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 127.

¹⁰³⁶ B. TEYSSIE, L'implication des salariés dans la société coopérative européenne, *JCP éd. Soc.*, 2006, act. 84, Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes, *JCP éd. Soc.*, 2006, act. 47.

¹⁰³⁷ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, *Op. cit.*, spéc. p. 332.

consultation, elle peut être le modèle d'une future réglementation de la négociation et de la conclusion d'accords collectifs d'entreprise au niveau transnational. Cette idée est encouragée par les pratiques actuelles au sein des comités d'entreprise européens et des comités de société européenne¹⁰³⁸. Au sein du comité d'entreprise européen, les syndicats concluent, en effet, des accords ou d'autres types d'outils avec l'employeur. La négociation d'entreprise est issue de la pratique et se caractérise par la diversité des acteurs (§ I) et des résultats plutôt variés (§ II).

§ I - La diversité des acteurs de la négociation

297. La législation communautaire est encline à reconnaître un droit d'information et de consultation des salariés par le biais de leur représentants¹⁰³⁹, que ce soit dans les entreprises ou dans les groupes de dimension communautaire (implantés dans différents états), ou bien dans les entreprises de « citoyenneté » européenne (comme la société européenne ou la société de coopérative européenne). Dans la perspective de l'étude de la négociation d'entreprise transnationale, la mise en place de l'information et de la consultation présente un grand intérêt. Elles résultent de négociations qui se déroulent au sein du groupe spécial de négociation (A). Aujourd'hui, les comités d'entreprise européens et le comité de société européenne peuvent aller au-delà de leurs attributions prévues par les directives, en s'impliquant dans des négociations transnationales qui aboutissent à des accords transnationaux. De même, les syndicats européens concluent des accords avec les entreprises transnationales en l'absence de toute réglementation (B).

A. Le groupe spécial de négociation : acteur « légal » de la négociation transnationale

298. L'obligation de mettre en place un comité d'entreprise européen est déclenchée lorsque l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire (c'est-à-dire membre de l'Union et de l'Espace économique européen) emploie au moins mille salariés, en Europe, et comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au

¹⁰³⁸ La pratique relative à l'implication des travailleurs dans les sociétés européennes est à suivre de près, en raison du nombre croissant de constitution de ce type de société : on en dénombre 90 en octobre 2007 ; P.-P. BRUNEAU, N. LENOIR, M. MENJUCQ, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », *in La société européenne et les aspects pratiques de la stratégie d'implantation des entreprises*, Droit et Patrimoine, 2007, n° 163, p. 62, spéc. p. 75.

¹⁰³⁹ La directive 2002/14 a créé un cadre communautaire général sur l'information et la consultation des travailleurs.

moins deux de ces États¹⁰⁴⁰. Les dispositions relatives à l'implication des travailleurs dans une société européenne¹⁰⁴¹ s'appliquent à toutes les constitutions de société sans condition d'effectif¹⁰⁴². C'est la façon dont sont élaborés les accords mettant en place ces comités qui nous intéresse ici.

« L'objet premier des directives sur les comités d'entreprise européens et sur la société européenne est d'organiser, au sein des sociétés européennes et des groupes de sociétés européennes, une négociation dont l'objet est de mettre en place un organe consultatif représentant les salariés du groupe ou de la société européenne »¹⁰⁴³.

La réglementation, relative à l'instauration des comités d'entreprise européens et de société européenne, peut par ailleurs servir de modèle à une négociation d'entreprise transnationale, car cette réglementation permet aux groupes de dimension communautaire de mettre en place leur propre norme de représentation des travailleurs¹⁰⁴⁴. « Le cadre juridique commun est forgé autour de la volonté de mettre en place des règles procédurales adaptées qui permettent aux partenaires sociaux de négocier leurs propres normes. Il y a donc une articulation entre la norme procédurale impérative au plan communautaire et l'autonomie collective ayant une portée transnationale »¹⁰⁴⁵.

Il s'agit d'analyser les exigences procédurales posées par le droit communautaire qui servent de fondement à la négociation dans le groupe transnational.

299. Le groupe spécial de négociation est composé en respectant un critère de répartition par pays, en proportion des effectifs, ce qui est important car cela conditionne « la culture du groupe »¹⁰⁴⁶. Les représentants formant ce groupe spécial de négociation sont choisis selon les

¹⁰⁴⁰ Article L. 439-6 du Code du travail, la loi de transposition française s'applique à l'entreprise de dimension communautaire dont le siège social ou celui de l'entreprise dominante est situé en France ; ou à celle dont le siège social est en dehors de l'espace économique européen et qui a désigné un représentant en France pour l'application de la réglementation sur le comité européen, ou qui ne désignant pas de représentant, emploie le plus de salariés en France. (articles L. 2341-1 et L. 2341-2 du Nouveau Code du travail)

¹⁰⁴¹ B. TEYSSIE, Représentation collective des salariés, *J. cl. Travail*, vol. 5, Fasc. 92-70, spéc. n° 25 et suiv.

¹⁰⁴² Article L. 439-25 du Code du travail, la loi française de transposition s'applique aux sociétés européennes ayant leur siège social en France, ainsi qu'aux filiales et établissements situés en France d'une société européenne située dans un autre État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. (article L. 2351-1 du Nouveau Code du travail)

¹⁰⁴³ S. LAULOM, Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale, *Dr. social*, 2007, p. 623.

¹⁰⁴⁴ Le rôle important, qui est accordé, par le droit communautaire, à la négociation et à la conclusion d'accord pour la mise en place de représentation du personnel, pourrait être à l'origine des possibilités offertes en droit français de négocier des procédures d'information et de consultation lors d'un licenciement économique (article L. 320-3, alinéa 1 du Code du travail ; article L. 1233-21 du Nouveau Code du travail) : P. RODIERE, Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ?, *Dr. social*, 2007, p. 1015, spéc. n° 21 et 22.

¹⁰⁴⁵ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 332.

¹⁰⁴⁶ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 333.

règles nationales propres de représentation des travailleurs, en fonction des lois nationales de transposition.

Le groupe spécial de négociation (que ce soit celui pour la constitution du comité d'entreprise européen ou du comité de la société européenne), en droit français, est composé des représentants élus au comité d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux, sur la base des résultats des dernières élections. Ces représentants sont désignés par les organisations syndicales de salariés¹⁰⁴⁷.

En fait, le groupe spécial de négociation agit comme « une personne morale de durée limitée »¹⁰⁴⁸. Le groupe spécial de négociation en vue de constituer un comité d'entreprise européen prend la décision de conclure l'accord de constitution à la majorité de ses membres¹⁰⁴⁹. Les conditions de majorité sont plus strictes concernant les décisions prises par le groupe spécial de négociation en vue de constituer un comité de société européenne. Les décisions doivent, en effet, être prises à la majorité absolue de ses membres qui doit représenter également la majorité absolue des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés¹⁰⁵⁰. Malgré quelques différences, le but de la réglementation sur l'instauration de ces comités est de prévoir une représentation transnationale des travailleurs, sur le principe de l'autonomie collective¹⁰⁵¹.

300. La constitution par voie négociée d'un comité d'entreprise et d'une société européenne assure leur légitimité¹⁰⁵². La liberté octroyée pour constituer ces comités s'accompagne, néanmoins, du respect des règles communautaires et ne doit pas constituer un moyen de réduire les droits reconnus aux travailleurs en matière de participation¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁷ Article L. 439-19 du Code du travail (article 2344-2 du Nouveau Code du travail), pour le comité d'entreprise européen ; article L. 439-29 du Code du travail (article 2352-5 du Nouveau Code du travail), pour le comité de la société européenne. Ces règles se rapprochent de la désignation des membres du comité de groupe prévu à l'article L. 439-3 de Code du travail (article L. 2333-1 du Nouveau Code du travail).

¹⁰⁴⁸ M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2005, spéc. p. 222 et 223.

¹⁰⁴⁹ Article L. 439-11 de Code du travail (article 2342-8 du Nouveau Code du travail). La Cour de cassation a donné des précisions dans un avis rendu le 21 octobre 2005 : « Les dispositions de l'article L. 439-19 du Code du travail ne permettent pas de modifier la composition du groupe spécial de négociation en fonction des résultats des scrutins intervenus postérieurement à sa mise en place », *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 1405, p. 35.

¹⁰⁵⁰ Article L. 439-33 du Code du travail (article 2352-13 du Nouveau Code du travail).

¹⁰⁵¹ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 334.

¹⁰⁵² E. BETHOUX, Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité, *Travail et emploi*, n° 98, avril 2004, p. 21, spéc. p. 22 et 24.

¹⁰⁵³ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 334.

La CJCE, dans l'arrêt Bofrost du 29 mars 2001¹⁰⁵⁴, affirme que les représentants des travailleurs ont un droit à l'information, préalable à la négociation instituant une représentation des salariés, et indépendant des modalités de constitution de l'entreprise transnationale : les représentants des travailleurs ont le droit de vérifier la composition égalitaire de l'entreprise, organisée au sein de deux filiales communes se trouvant en Europe. « Les représentants des travailleurs du groupe de dimension communautaire ont donc un droit propre de vérification des informations communiquées par la direction sur la composition du groupe »¹⁰⁵⁵. Avant d'être constitué, le groupe spécial de négociation doit recevoir toutes les informations utiles, même du siège de l'entreprise dominante en dehors de l'Union européenne¹⁰⁵⁶.

301. Le groupe spécial de négociation est constitué pour négocier sur un objet précis : la représentation des salariés dans une société européenne ou une entreprise de dimension communautaire. L'accord conclu par le groupe spécial de négociation et la direction de l'entreprise est un « accord collectif de type particulier échappant, s'il relève de la loi française, aux dispositions des articles L. 131-1 et suivants du Code du travail »¹⁰⁵⁷.

Le groupe spécial de négociation constitue le seul modèle juridique existant de négociation transnationale. Une fois que la direction de l'entreprise et le groupe spécial de négociation se sont attachés à définir le cadre d'information et de consultation dans l'accord, ils sont libres de traiter d'autres questions comme l'existence de représentants syndicaux¹⁰⁵⁸ ou la capacité pour le comité de conclure des accords transnationaux avec la direction, ou encore le rôle que peut avoir le comité en matière de restructurations.

Une fois que l'accord instituant le comité d'entreprise européen a été conclu, le groupe spécial de négociation disparaît¹⁰⁵⁹. Ensuite, la façon dont le comité exerce ses prérogatives retient l'attention. Plusieurs formes de négociation, auxquelles les syndicats se mêlent, naissent dans l'entreprise.

¹⁰⁵⁴ C. SACHS-DURAND, « Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe : quelle évolution ? », in *Etudes dédiées à la mémoire de P. ORTSCHIEDT*, PU Strasbourg, 2003, p. 299, spéc. p. 300 et 301.

¹⁰⁵⁵ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 59, spéc. p. 72.

¹⁰⁵⁶ CJCE, 15 juillet 2004, aff. ADS, C-349/01, *RJS* 1/05, p. 3 ; CJCE, 13 janvier 2004, aff. Nagel et Kühne, C-440/00, *RJS* 4/04, p. 32 et voir C. SACHS-DURAND, *Op. cit.*, spéc. p. 302. (CJCE, 29 mars 2001, aff. BOFROST, C-62/99, Rec. I-2579).

¹⁰⁵⁷ B. TEYSSIE, *Le comité d'entreprise européen*, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », Economica, 1997, spéc. n° 473. (articles L. 2221-1 et suivants du Nouveau Code du travail).

¹⁰⁵⁸ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 479.

¹⁰⁵⁹ Article L. 439-11, dernier alinéa du Code du travail (article 2342-8 du Nouveau Code du travail).

B. L'action des comités d'entreprise européens et des syndicats européens

302. Dès le début des années 1990, l'existence d'une réglementation concernant la négociation d'entreprise européenne était jugée « indispensable »¹⁰⁶⁰. Alors même que la réglementation communautaire déployait des formes de participation des salariés (que l'on peut regrouper sous l'expression d'« implication des travailleurs »), l'absence de réglementation propre à l'accord collectif d'entreprise de niveau communautaire n'a pas empêché les entreprises transnationales de donner naissance à différents types d'accords négociés (position commune, code de conduite, accord collectif) avec différents partenaires (comité d'entreprise européen, syndicats européens, syndicats nationaux).

L'entreprise transnationale connaît une évolution économique qui lui est spécifique, elle a donc créé des outils pour répondre à son besoin de « normes », sans attendre que le droit consacre un outil particulier. En s'appuyant sur les structures existantes de représentation des salariés, elle a pu construire un dialogue avec les représentants des salariés que ce soit avec les comités d'entreprise européen (a), les comités d'entreprise européens et les représentants syndicaux (b). L'entreprise transnationale établit parfois un dialogue uniquement avec des représentants syndicaux (c).

a) L'émergence d'une négociation au sein des comités d'entreprise européens

303. Il existe un développement important des procédures d'information et de consultation au niveau communautaire¹⁰⁶¹. Celles concernant le comité d'entreprise européen et le comité de la société européenne n'en sont qu'une composante.

304. Les comités d'entreprise européens ne se voient octroyer par le droit communautaire que des prérogatives d'information et de consultation. Pourtant, ils peuvent parfois dépasser leurs prérogatives pour « prendre une place cardinale d'acteur du groupe transnational »¹⁰⁶². Les comités d'entreprises ou de groupes européens peuvent être les instigateurs d'une négociation transnationale. Ils peuvent constituer un lien de représentation transnationale à la

¹⁰⁶⁰ Ph. LANGLOIS, La négociation collective d'entreprise, La politique communautaire, *Dr. social*, 1990, p. 673, spéc. p. 677.

¹⁰⁶¹ S. LAULOM, « Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la direction de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 23, spéc. p. 32.

¹⁰⁶² M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, *Op. cit.*, spéc. p. 337.

fois auprès de l'employeur et des autorités nationales et communautaires. Il est un espace singulier de négociation¹⁰⁶³.

305. Le comité d'entreprise européen peut devenir acteur de la négociation sur le fondement des accords de mise en place du comité d'entreprise européen.

Ainsi, le groupe « Veolia environnement » a revu l'architecture de son dialogue social à l'occasion d'un accord sur la mise en place d'un comité d'entreprise européen conclu le 10 octobre 2005. Une disposition de cet accord prévoit que le comité « *peut avoir vocation à négocier certains accords de principe sur des thématiques transnationales, dont la mise en œuvre dépend, pour chaque pays visé par ces accords, de sa législation et réglementation nationales* ». Les thèmes de cette négociation sont relatifs aux compétences et progressions professionnelles, à la santé et sécurité des salariés. Les membres du comité d'entreprise européen sont obligatoirement membres des espaces de dialogue social de leur pays assurant ainsi une connexion entre les deux niveaux¹⁰⁶⁴. Quant à l'accord conclu le 21 septembre 2006, prévoyant l'implication des travailleurs dans la société européenne Allianz, et mettant en place un comité de société européenne et la participation des salariés aux organes de direction, il prévoit également que le comité a compétence pour négocier des accords-cadres collectifs transnationaux. Il en limite toutefois les thèmes, objet de la négociation : l'égalité des chances, la santé et la sécurité, la protection des données et la formation continue¹⁰⁶⁵.

Les accords de mise en place de comité européen ou de société européenne peuvent être l'occasion d'organiser le dialogue social dans l'entreprise transnationale, en prévoyant que le comité, en plus de ses fonctions d'information et de consultation, puisse être acteur de la négociation d'entreprise.

306. Une fois en place, le comité d'entreprise européen, sans que l'accord l'instituant le prévoit, peut participer au dialogue social de l'entreprise.

L'accord-cadre international, conclu le 28 juin 2005, entre le groupe *European Aeronautic Defense and Space* (EADS) et son comité d'entreprise européen¹⁰⁶⁶, illustre parfaitement le rôle que peut tenir le comité d'entreprise. Le groupe EADS, dans ce texte, s'engage à respecter des droits sociaux énoncés dans des conventions de l'Organisation internationale du

¹⁰⁶³ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 343.

¹⁰⁶⁴ *LSE*, n° 138, p. 4.

¹⁰⁶⁵ *LSE*, n° 165, p. 5.

¹⁰⁶⁶ *JCP Éd. Soc.*, 2005, Textes, n° 1107.

travail, et à vérifier que ses fournisseurs en fassent de même. Ce texte s'apparente à une charte ou un code de bonne conduite.

307. Le comité d'entreprise européen, lorsqu'il négocie avec la direction d'une entreprise, peut conclure des actes qui ont une portée juridique incertaine (qu'ils s'intitulent « accords-cadres », « lignes directrices » ou « codes de bonne conduite »).

Les négociations au sein des comités d'entreprise européens ont pour objet essentiel l'élaboration de codes de conduite, lesquels s'intéressent à l'hygiène, la sécurité et la santé des travailleurs, à la formation, aux droits fondamentaux et aux restructurations¹⁰⁶⁷. Ainsi, la question des restructurations, qui fait l'objet d'une information auprès du comité d'entreprise européen, peut devenir un objet de négociation¹⁰⁶⁸. De plus, le comité d'entreprise européen sert de coordinateur au niveau transnational des informations transmises au niveau local¹⁰⁶⁹.

308. Le rôle joué par le comité d'entreprise européen ou le comité de la société européenne, en matière de négociation, est variable d'une entreprise à une autre. Cela dépend de la volonté des entreprises d'associer leurs représentants à un certain nombre de thèmes. Certaines entreprises se font remarquer par leur volonté de développer ce dialogue social avec les organes d'implication des travailleurs. Il s'agit, par exemple, d'Arcelor, de Renault, d'EDF et de Total¹⁰⁷⁰.

Les exemples de négociation dans le cadre des comités d'entreprise européens se multiplient en dehors de toutes règles juridiques. Les syndicats européens n'attendent pas l'existence d'une réglementation¹⁰⁷¹ pour s'associer au comité d'entreprise européen (ou de société européenne) pour mener des négociations et éventuellement aboutir à des accords.

b) La participation du comité d'entreprise européen et des syndicats européens

309. PSA Peugeot-Citroën a conclu un accord-cadre sur la responsabilité sociale du groupe qui a été signé par la Fédération internationale des organisations des travailleurs (FIOM)

¹⁰⁶⁷ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 342.

¹⁰⁶⁸ M.-A. MOREAU, Restructurations et comité d'entreprise européen, *Dr. social*, 2006, p. 308, spéc. p. 312.

¹⁰⁶⁹ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 313 et 314.

¹⁰⁷⁰ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations, Op. cit.*, spéc. p. 336.

¹⁰⁷¹ Que certains auteurs appellent de leurs vœux : B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 841. *Cf. infra* n° 328 et suiv.

(excepté la CGT), la Fédération européenne des métallurgistes (FEM) et le comité de liaison du comité de groupe européen. Cet accord est entré en vigueur dans les dix pays où le groupe emploie plus de 500 salariés : la France, la Belgique, l'Espagne, la Slovaquie, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie, l'Argentine, le Brésil et le Portugal¹⁰⁷². Le comité n'est qu'un des signataires, il n'est ni le cadre unique de négociation, ni l'unique acteur de cette négociation.

Il s'instaure une synergie entre le comité d'entreprise européen et les syndicats européens¹⁰⁷³. L'intérêt pour ces deux protagonistes est de bénéficier de leurs avantages respectifs pour faire aboutir des actions dans l'entreprise transnationale. D'ailleurs, certains syndicats européens ne s'y sont pas trompés. La FEM a élaboré, en juin 2005, un code de conduite pour développer des actions avec les représentants des salariés en matière de restructuration, en mettant en place un groupe européen de coordination (syndicats concernés par l'opération et comité d'entreprise européen)¹⁰⁷⁴. Ce syndicat affiche aussi comme objectif d'obtenir un élargissement des compétences des comités d'entreprise, lorsqu'ils sont constitués par accord. Ainsi, la FEM soutient l'idée d'une représentation importante des salariés dans les groupes communautaires¹⁰⁷⁵. Cela va dans le sens d'un renforcement de la représentation des salariés. Les coordinations entre comité d'entreprise européen et syndicats sectoriels permettent de « faciliter l'acquisition d'une culture sociale commune aux représentants des différents pays »¹⁰⁷⁶.

310. D'autres exemples montrent le lien entre comité d'entreprise européen et syndicats nationaux locaux, comme l'action du comité d'entreprise européen de Ford qui a envoyé un message de soutien et de solidarité, aux organisations syndicales présentes chez Ford Aquitaine, pour leurs efforts à sauvegarder l'emploi¹⁰⁷⁷. Ce type d'action cherche à promouvoir une solidarité entre les travailleurs européens qui peuvent être enclins à une solidarité nationale pour sauvegarder l'emploi sur leur territoire.

La coordination des actions syndicales et des actions de comités d'entreprise européens est fructueuse, ce qui n'empêche pas les syndicats d'essayer de développer une action syndicale

¹⁰⁷² LSE, n° 165, p. 8.

¹⁰⁷³ M.-A. MOREAU, Restructurations et comité d'entreprise européen, *Op. cit.*, spéc. p. 314.

¹⁰⁷⁴ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 315 et la note n° 47.

¹⁰⁷⁵ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, *Op. cit.*, spéc. p. 74.

¹⁰⁷⁶ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 74.

¹⁰⁷⁷ LSE, n° 175, p. 8.

propre. L'action syndicale transnationale « se structure à partir de l'expérience des comités d'entreprise européens »¹⁰⁷⁸.

c) L'émergence de l'action syndicale transnationale d'entreprise

311. Au sein des entreprises transnationales, l'acteur syndical peut être considéré comme l'acteur « naturel » de la négociation d'accord : ce n'est qu'avec les syndicats que les entreprises acceptent de conclure un accord. Cette exclusivité en matière de négociation n'empêche pas, parfois, les comités d'entreprise européens de participer, en étant simplement consultés.

Ainsi, le groupe Areva a conclu un accord, le 16 novembre 2006, avec des syndicats européens sous la houlette de la FEM¹⁰⁷⁹. Le secrétaire général du comité d'entreprise européen indique d'ailleurs que le comité n'a pas compétence pour négocier des accords, cette dernière doit être réservée aux syndicats nationaux ou aux fédérations syndicales européennes¹⁰⁸⁰. Le comité d'entreprise européen n'est pas pour autant écarté des débats, il a participé à la préparation de l'accord en menant des études préalables, dont les données ont servi à la négociation de l'accord. Il est également associé à la mise en œuvre de l'accord, par le biais d'une journée d'information, ainsi qu'aux mesures de suivi¹⁰⁸¹. Le comité d'entreprise européen détient un rôle essentiel en matière d'information, que ce soit dans sa collecte ou sa transmission auprès des salariés.

312. De plus, lorsque l'entreprise transnationale connaît des difficultés, la présence des coordinations syndicales est indispensable, ce qui conforte l'idée de la nécessité d'une présence syndicale dans l'entreprise, en plus de l'existence d'un comité d'entreprise européen. La présentation du plan de restructuration par Alcatel-Lucent a entraîné la constitution d'une coordination syndicale européenne sous l'égide de la FEM afin de contester les mesures prises par l'entreprise et encourager des actions de contestation (appel à une journée de rassemblement), concomitamment à l'exercice des attributions du comité d'entreprise européen. Ce scénario s'est produit aussi au sein d'EADS¹⁰⁸². La FEM semble très active au

¹⁰⁷⁸ M.-A. MOREAU, *Op. cit.*, spéc. p. 72.

¹⁰⁷⁹ *LSE*, n° 165, p. 1.

¹⁰⁸⁰ *LSE*, n° 165, p. 1.

¹⁰⁸¹ *LSE*, n° 165, p. 1.

¹⁰⁸² *LSE*, n° 171, p. 8.

sein des entreprises, puisqu'elle a par ailleurs créée une coordination syndicale au sein de l'entreprise Delphi en raison des restructurations annoncées. L'action de la FEM au sein de l'entreprise Delphi est intéressante car le syndicat a enjoint l'entreprise de consulter son comité d'entreprise européen, avant de prendre une décision relative à la délocalisation, afin d'aboutir à une solution négociée. Les salariés de l'entreprise Delphi ont été soutenus également par la coordination syndicale de la FEM de General Motors Europe (principal client de Delphi), et par la CES¹⁰⁸³.

Ainsi, une action syndicale importante, à l'origine de la conclusion d'accords, ne dispense pas d'informer le comité d'entreprise européen. Les syndicats européens et le comité d'entreprise européen n'ont pas les mêmes attributions, mais ils peuvent apparaître comme des organes complémentaires de représentation des salariés.

313. Il existe par ailleurs des actions auxquelles sont exclusivement associées des syndicats. Les exemples qui ont été relevés concernent des mesures relatives à la responsabilité sociale de l'entreprise. Le thème de la négociation ne semble pas avoir de lien avec le choix de l'interlocuteur. Les entreprises transnationales semblent considérer que le seul interlocuteur de l'employeur est le syndicat, qu'il soit européen ou international.

La direction du groupe Total et, du côté syndical, les fédérations syndicales européennes EMCEF (travailleurs de l'énergie, des mines et de la chimie), FECCIA (cadres de la chimie et des industries annexes) et FECER (cadres de l'énergie et de la recherche) ont signé, le 28 mars 2007, un accord européen concernant l'appui que souhaite apporter le groupe français aux petites et moyennes entreprises créées ou implantées à proximité des principaux sites européens de Total. Cet accord étend au niveau européen la politique « de soutien à l'emploi et au développement du tissu économique des bassins d'emploi » menée en France par le groupe Total depuis quinze ans. Les modalités d'application sont renvoyées à des négociations locales, le suivi annuel sera assuré par le comité d'entreprise européen du groupe, et un bilan tri annuel sera effectué par l'ensemble des signataires (éventuellement pour négocier des avenants)¹⁰⁸⁴. C'est la première fois que le groupe Total associe des fédérations européennes à sa démarche de responsabilité sociale¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸³ LSE, n° 173, p. 8.

¹⁰⁸⁴ LSE, n° 173, p. 8.

¹⁰⁸⁵ LSE, n° 173, p. 8.

Les entreprises transnationales signent aussi des accords avec des fédérations syndicales internationales¹⁰⁸⁶. Ainsi Lafarge¹⁰⁸⁷ a communiqué (le 12 septembre 2005) la signature d'un accord sur la responsabilité sociale du groupe (employant 77 000 salariés dans 75 pays). Lafarge s'engage à respecter les conventions de l'OIT¹⁰⁸⁸ (le non recours au travail forcé, l'absence de discrimination dans l'emploi, le non recours au travail des enfants, la liberté d'association et le droit à la négociation collective, les salaires minima, le temps de travail, la santé, la sécurité et les conditions de travail, le développement des compétences). L'application de l'accord est assurée par un groupe composé de membres de la direction et des fédérations signataires.

Un autre exemple d'accord peut être mentionné, celui signé par Arcelor, le 13 septembre 2005, relatif aux principes de responsabilité sociale. Cet accord a été signé par une organisation internationale la FIOM (Fédération internationale des organisations de travailleurs) et par une organisation européenne sectorielle (FEM)¹⁰⁸⁹.

Que les organisations syndicales soient internationales, régionales, interprofessionnelles ou sectorielles, ces exemples démontrent que les entreprises parviennent à négocier des accords avec des acteurs syndicaux. Cela signifie que, même à des niveaux très étendus, le syndicat est considéré comme « l'interlocuteur » privilégié de l'employeur.

314. La représentation des salariés dans le cadre des négociations au sein de l'entreprise transnationale peut s'organiser de différentes façons : la représentation peut être assurée par le comité d'entreprise européen et/ou les syndicats européens. L'action syndicale peut être plus efficace s'il est nécessaire d'établir un rapport de force avec l'employeur, dans des situations difficiles de restructurations, par exemple¹⁰⁹⁰.

Lorsqu'un syndicat est partie à un accord d'entreprise transnational, la question se pose de savoir s'il engage les salariés de l'entreprise. Un syndicat sectoriel européen ou international

¹⁰⁸⁶ La Confédération syndicale internationale, créée le 3 novembre 2006, entend peser sur les stratégies des entreprises transnationales. Cette démarche volontaire d'organisations syndicales internationales apparaît comme un phénomène plutôt nouveau : J.-J. PARIS, Les organisations collectives des travailleurs face aux stratégies des multinationales, *Dr. social*, 2007, p. 1026, spéc. p. 1027.

¹⁰⁸⁷ *JCP Ed. Soc.*, 2005, Actualités, n° 128.

¹⁰⁸⁸ La référence aux normes de l'OIT se retrouve dans plusieurs accords conclus au niveau international et semble même caractériser ce type d'accord ; I. DAUGAREIHL, *Op. cit.*, spéc. p. 77 et 78.

¹⁰⁸⁹ *JCP Ed. Soc.*, 2005, Actualités, n° 154. La FIOM et la FEM semble se répartir les tâches de la façon suivante : la FEM intervient dans l'espace européen concernant les restructurations, la FIOM traite davantage des accords-cadres internationaux (J.-J. PARIS, *Op. cit.*, spéc. p. 1031).

¹⁰⁹⁰ Certains pensent que les organisations syndicales de niveau européen ne sont pas prêtes à relever le défi (M. HECQUET, *Essai su le dialogue social européen*, Préf. B. TEYSSIE, Bibli. de droit privé, tome 488, LGDJ, 2007, spéc n° 428.

ne peut pas, à l'heure actuelle, engager toute la communauté des travailleurs par un accord juridiquement contraignant¹⁰⁹¹. Il en va de même pour le comité d'entreprise européen ou de groupe européen qui, de plus, ne peut représenter les salariés des sous-traitants. Les syndicats nationaux peuvent être partie à l'accord d'entreprise transnationale, mais cela nécessite l'accord de la totalité des syndicats, et permet à l'accord de revêtir la qualité d'accord collectif¹⁰⁹².

315. La négociation d'entreprise transnationale pose le problème de la détermination de ces acteurs¹⁰⁹³, car eux seuls sont obligés par l'accord. Nous venons de voir que, du côté des salariés, peuvent être associés le comité d'entreprise européen, les organisations syndicales nationales et les fédérations syndicales européennes, voire mondiales. Du côté de l'employeur, la question soulève des difficultés puisque l'entreprise transnationale peut être un groupe d'entreprises avec une entreprise dominante et des filiales.

316. L'accord est souvent signé uniquement par la société mère, alors qu'il a vocation à s'appliquer à tout le groupe, composé de sociétés juridiquement distinctes. En respectant les principes de droit privé, l'accord conclu par une société mère ne peut s'appliquer aux filiales qu'à condition qu'un contrat de mandat soit conclu entre la société mère et chaque filiale. L'entreprise transnationale est composée de différentes sociétés qui ont un lien entre elles de par leur participation au capital. Il a été démontré qu'elle fonctionnait en réseau, la société mère conduisant la politique des filiales¹⁰⁹⁴. L'ensemble de ces sociétés, ayant leurs activités sur plusieurs territoires nationaux, peut ressentir le besoin de prendre des actes qui affirment l'identité du groupe.

Le fait qu'un accord soit signé uniquement par la société mère reflète la concentration des pouvoirs économiques du groupe, mais ne correspond pas au principe d'autonomie juridique des sociétés membres du groupe¹⁰⁹⁵. Il y a une distorsion entre la réalité des pouvoirs dans le réseau de sociétés et la réalité juridique. Dans la mesure où l'accord conclu est un contrat,

¹⁰⁹¹ Cf. Partie II, Titre I, Chapitre I, n° 244 et suiv.

¹⁰⁹² A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, sous la direction M. DESCOLONGES et B. SAINCY, La Découverte, coll. « Entreprise et société », 2006, p. 93, spéc. p. 100 à 102.

¹⁰⁹³ S. LAULOM, Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale, *Op. cit.*, spéc. p. 627.

¹⁰⁹⁴ A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, Préf. de S. SCIARRA, Bibli. de droit social, Tome 38, LGDJ, 2002, spéc. p. 42 et p. 45 et suiv.

¹⁰⁹⁵ A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, *Op. cit.*, spéc. p. 95.

seule la société mère est partie à l'accord transnational. Cela est regrettable, surtout lorsque l'on considère que la société mère permet d'unifier certaines règles sociales dans un périmètre donné qu'elle a elle-même circonscrit¹⁰⁹⁶.

L'utilisation de la technique du mandat donné par les sociétés filiales à la société mère, permettrait à la partie employeur d'être mieux définie juridiquement et à l'accord de s'appliquer dans tout le groupe.

La reconnaissance par le droit français de l'accord de groupe facilite la mise en œuvre d'un accord transnational de groupe¹⁰⁹⁷, ce qui n'est pas le cas dans d'autres pays¹⁰⁹⁸.

317. Le réseau de sociétés peut aussi être constitué avec des sociétés liées par un contrat de sous-traitance¹⁰⁹⁹. L'accord signé par l'entreprise transnationale peut-il englober dans son champ d'application des sous-traitants (non signataires de l'accord) ? La portée juridique des accords signés par l'entreprise transnationale se limite aux signataires. Mais la portée réelle de l'accord demeure incertaine¹¹⁰⁰. Si l'on considère, en effet, que les entreprises sont constituées en réseau, la société pivot (la plus influente) peut se servir de sa domination économique sur les autres sociétés du réseau (les sous-traitants) pour les inciter à conclure des accords compatibles avec l'accord transnational¹¹⁰¹.

La négociation dans l'entreprise transnationale n'en est qu'à ses prémices. Il n'est pas prévu que l'accord signé par la société mère du groupe soit applicable à l'ensemble des sociétés d'un groupe ou de ses sous-traitants. Cet obstacle juridique ne freine pourtant pas la conclusion d'accords, ainsi que le démontre les exemples qui ont été cités. Il est intéressant, à présent, d'étudier le résultat de la négociation dans l'entreprise transnationale.

§ II - Les résultats de la négociation

La négociation dans l'entreprise transnationale aboutit à des accords dont le contenu recouvre un certain nombre de thèmes (A). L'effectivité des accords n'est pas certaine. En raison des

¹⁰⁹⁶ C. NEAU-LEDUC, La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ?, *Dr. social*, 2006, p. 952, spéc. n° 18.

¹⁰⁹⁷ *Cf. infra*.

¹⁰⁹⁸ A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, *Op. cit.*, spéc. p. 96.

¹⁰⁹⁹ A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, *Op. cit.*, spéc. p. 42 et p. 45 et suiv.

¹¹⁰⁰ I. DAUGAREILH, *Op. cit.*, spéc. p. 75.

¹¹⁰¹ A. SOBCZAK, *Op. cit.*, spéc. p. 228.

insuffisances juridiques évoquées plus haut, la mise en œuvre des accords dans les entreprises transnationales reste, en effet, aléatoire (B).

A. Le contenu des accords

318. La Commission a mené une étude, en 2006, concernant les accords signés dans les groupes de dimension internationale ou européenne, soit quatre-vingt-dix textes dans trente-huit groupes transnationaux¹¹⁰². Il en ressort les éléments suivants : la plupart des entreprises engagées sont d'origine européenne et française ; la négociation d'accords transnationaux est un phénomène récent qui apparaît surtout à partir de 2000 ; le champ d'application de ces accords est majoritairement européen ; les comités d'entreprise européens et les organisations syndicales internationales sont très engagés dans ce processus, les fédérations internationales ayant signé cinquante-deux des quatre-vingt-treize accords (essentiellement ceux sur les droits fondamentaux et la responsabilité sociale ; la majorité des textes prévoit des clauses de suivi (surtout les plus récents) ; huit thèmes sont surtout abordés : les droits fondamentaux, le dialogue social, la santé et la sécurité au travail, la protection des données personnelles, les rémunérations et le temps de travail, les restructurations et les sous-traitants, la mobilité, la formation et les qualifications ; la moitié des entreprises signataires demandent à leurs fournisseurs et sous-traitants de respecter les termes de l'accord.

319. La responsabilité sociale est un thème qui peut être abordée dans des négociations transnationales. Il s'agit d'un thème en pleine expansion qui révèle une certaine mode dans la gestion des entreprises. Pour soigner leur image, les entreprises se montrent soucieuses des questions environnementales et sociales¹¹⁰³, en choisissant de s'engager sur des thèmes qui les valorisent¹¹⁰⁴. Le thème de la responsabilité sociale est abordée par les entreprises dans

¹¹⁰² Cette étude est rapportée dans *LSE*, n° 153, p. 1. I. DAUGAREILH, en 2005, faisait un constat similaire, les entreprises concernées : en France : Accor, Carrefour, Danone, Renault ; en Allemagne : Faber-Castell, Freundenberg, GEA AG, Hochtief, Leoni, Volkswagen ; en Italie : ENI, Alettrodomestici ; en Suède : SKF, IKEA, H&M, Skansa ; en Norvège : Norske Skog, Satoil ; en Espagne : Endesa, Telefonica ; en Grèce : OTE ; au Danemark : ISS (*Op. cit.*, spéc. p. 74).

¹¹⁰³ C. NEAU-LEDUC, *Op. cit.*, spéc. n° 3. Concernant l'appréhension de la responsabilité sociale par le droit des sociétés : M.-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS, « Le droit des affaires saisi par le développement durable : de nouvelles obligations d'information pour les entreprises », in *La modernisation du droit des affaires*, sous la direction de G. JAZOTTES, Litec, 2006, p. 89.

¹¹⁰⁴ A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 541, spéc. p. 546. Ainsi, les entreprises s'engagent notamment sur la santé et la sécurité des salariés, mais très peu sur les droits collectifs (*idem*, p. 547).

différents types d'actes, dont le régime juridique est incertain : chartes d'éthique, codes de conduite, ou accords transnationaux. Les codes de conduite sont d'une très grande souplesse, ce qui semble correspondre à leurs objectifs tout aussi flous.

320. Les codes de conduites sont intégrés au dialogue social lorsque les représentants du personnel¹¹⁰⁵ sont associés à leur élaboration¹¹⁰⁶. A défaut, ils s'analysent comme une simple émanation du pouvoir de direction¹¹⁰⁷ qui n'intéresse donc pas une étude sur la négociation dans l'entreprise. Les normes qui résultent seulement des directions d'entreprise semblent les plus fréquentes, les auteurs critiquant ce « self-service normatif » peu contrôlé¹¹⁰⁸.

La valeur juridique des codes de conduite conclus avec des représentants dans les comités d'entreprise européens ou de société européenne n'est pas définie, « ce qui peut expliquer le succès des codes de conduite, qui sont, du point de vue sociologique, élaborés dans le cadre d'une négociation avec les représentants des travailleurs, mais qui, du point de vue juridique, sont considérés comme des actes unilatéraux de l'employeur »¹¹⁰⁹.

321. Les restructurations¹¹¹⁰ sont un thème de plus en plus fréquent dans les négociations transnationales¹¹¹¹. Les représentants des travailleurs veulent faire entendre leurs voix au sein d'opérations économiques qui ont la plupart du temps des conséquences sur l'emploi¹¹¹². Un besoin d'accord collectif pour faire face à des situations difficiles apparaît.

¹¹⁰⁵ D'ailleurs, les employeurs français seraient tenus de consulter le comité d'entreprise (en vertu de l'article L. 432-1 du Code du travail ; article L. 2323-6 du Nouveau Code du travail) ou le comité d'entreprise européen (en vertu de l'article L. 439-13 du Code du travail ; article L. 2343-2 du Nouveau Code du travail) cf. E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, Thèse Toulouse 1, 2004, spéc. n° 611 à 627.

¹¹⁰⁶ C. NEAU-LEDUC, *Op. cit.*, spéc. n° 11. Lorsque les partenaires sociaux sont associés à ce type de norme, il semble que ce type de norme revêt une utilité non négligeable, notamment en matière de défense des droits fondamentaux, I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », in *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, sous la direction d'I. DAUGAREILH, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 349, spéc. p. 354.

¹¹⁰⁷ D. BERRA, « Les chartes d'entreprises et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 123, spéc. p. 125.

¹¹⁰⁸ A. SUPIOT, *Op. cit.*, spéc. p. 552. D'autres qualifient ces normes de convenance : F. HEAS, Les normes de convenance dans le cadre des relations de travail, *JCP éd. Soc.*, n° 29, 2007, ét. 1563, p. 9.

¹¹⁰⁹ A. SOBCHAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, *Op. cit.*, spéc. p. 238.

¹¹¹⁰ La restructuration s'entend de « la modification du cadre et du mode d'organisation de la structure concernée ce qui suppose une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels ». Même si elle est protéiforme, il s'agit le plus souvent de fusion, absorption de sociétés : C. MASQUEFA, *La restructuration*, préf. B. TEYSSIE, bibli. de droit privé, Tome 342, LGDJ, 2000, spéc. n° 197.

¹¹¹¹ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, *Op. cit.*, spéc. p. 76 ; J.-J. PARIS, *Op. cit.*, spéc. p. 1032 et suiv.

¹¹¹² En droit communautaire, le rôle des représentants des travailleurs en matière de concentration d'entreprise n'est pas fixé.

L'exemple de la demande de la FEM auprès de Delphi de signer un accord-cadre qui fixe des normes minimales pour tous les salariés en Europe est significatif. La FEM espère accompagner une éventuelle restructuration car le comité d'entreprise européen de l'équipementier ne parvient pas à obtenir d'information suffisante¹¹¹³. On peut évoquer la signature d'un accord entre la direction de General Motors, dont Opel dépend, et le comité d'entreprise européen du groupe, concernant la restructuration du groupe. Cet accord « a permis de revenir sur le projet de fermeture de trois sites européens, en évitant de plus tout licenciement sec (...). Les enjeux nationaux et locaux engagés autour de ces trois sites belge, allemand et espagnol ne semblent pas avoir empêché l'action du comité d'entreprise au niveau européen »¹¹¹⁴.

322. Malgré toutes les insuffisances juridiques dont l'accord transnational est pourvu, cela n'empêche pas son développement en pratique. Il concerne de nombreux sujets qui se rapportent, particulièrement, à la responsabilité sociale et aux restructurations. Le développement de ce dialogue social d'entreprise semble répondre à un besoin des entreprises de régler certaines questions par voie de négociation avec les représentants des salariés (comité d'entreprise européen¹¹¹⁵, voire comité de société européenne, syndicats d'entreprise de secteur ou international). La négociation de niveau transnational dans l'entreprise est nécessaire car elle permet de prendre en compte des sujets propres à ce niveau¹¹¹⁶. Il faut, cependant, regretter que son effectivité ne soit pas garantie.

B. L'aléa de la mise en œuvre

323. La négociation dans l'entreprise de dimension transnationale suppose une implication importante de tous les acteurs, afin que les accords conclus puissent recevoir effectivement application. L'accord est censé ne s'appliquer qu'entre les parties signataires, or le champ d'application de l'accord d'entreprise transnationale, voulu par les parties, est plus large. Par exemple, si une société mère signe avec le comité d'entreprise européen un accord qui a

¹¹¹³ LSE, n° 177, p. 8.

¹¹¹⁴ E. BETHOUX, *Op. cit.*, spéc. p. 33.

¹¹¹⁵ D'ailleurs, le fait que le comité d'entreprise européen traite des questions importantes aux yeux des salariés, comme les restructurations, permet d'asseoir et de renforcer la légitimité du comité : E. BETHOUX, *Op. cit.*, spéc. p. 29.

¹¹¹⁶ Les accords d'entreprise transnationale pourraient aussi prendre l'organisation de la mobilité des salariés. Ils seraient une réponse pertinente à l'essor de la mobilité internationale. F. JAULT-SESEKE, « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales », in *Le droit international privé : Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 455, spéc. p. 472.

vocation à s'étendre à tout le groupe et aux sous-traitants, il est nécessaire d'avoir recours à d'autres mécanismes pour que l'application soit effective.

Il peut s'agir de la signature d'autres accords à d'autres niveaux, de la signature d'autres contrats ou de l'application volontaire. Pour donner une force contraignante aux accords transnationaux, on peut également l'intégrer à un acte contraignant, (comme un contrat entre une entreprise et ses sous-traitants, ce qui suppose que l'entreprise agisse volontairement dans ce sens), ou encore en faire un usage ou un engagement unilatéral¹¹¹⁷.

324. Concernant plus spécifiquement la négociation de groupe, alors que ce dernier comporte juridiquement plusieurs employeurs, « l'application de ces accords suppose souvent des révolutions pour les directions et pour tous les acteurs qui doivent d'abord être capables de connaître les conditions de travail et d'emploi dans tous les sites du groupe à travers le monde »¹¹¹⁸. Les signataires des accords de dimension internationale ne rattachent pas toujours, de façon certaine, l'accord à un système juridique particulier¹¹¹⁹. Ils peuvent prévoir des procédures de suivi ou de concertation. En ce sens, ces accords, sans être des accords collectifs, peuvent avoir une portée plus étendue qu'un code de conduite¹¹²⁰. En tout état de cause, il reste à utiliser les mécanismes du droit international privé en cas de litige entre les parties. Pour que cet accord international soit applicable, il est nécessaire qu'intervienne un accord d'entreprise au niveau national.

L'objectif est ensuite de coordonner l'action au niveau du groupe et au niveau local. L'articulation s'opère de la manière suivante : le niveau mondial s'occupe de la négociation, le niveau local de l'application et du contrôle des normes¹¹²¹.

Ainsi, la négociation transnationale doit trouver à se coordonner avec la négociation de groupe de niveau national. La négociation internationale « s'infiltré aussi dans les négociations nationales des groupes »¹¹²², par le biais des informations reçues des autres pays et aussi des expériences des représentants nationaux qui peuvent participer aux négociations transnationales.

¹¹¹⁷ A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, *Op. cit.*, spéc. p. 111.

¹¹¹⁸ I. DAUGAREILH, *Op. cit.*, spéc. p. 80.

¹¹¹⁹ I. DAUGAREILH, *Ibidem*.

¹¹²⁰ I. DAUGAREILH, *Ibidem*.

¹¹²¹ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, *Op. cit.*, spéc. p. 346.

¹¹²² M.-A. MOREAU, *Ibidem*.

325. Dans la mesure où il n'existe pas de règles régissant les accords d'entreprise transnationale, le droit applicable à un accord signé entre un employeur et une organisation syndicale européenne est celui du lieu de signature ou celui qui est choisi par les parties. « S'il relève de la loi française, (il) peut trouver le surcroît d'autorité juridique que les parties, peut-être, en espèrent, dans sa signature par au moins une organisation syndicale représentative au sens de ladite loi, ouvrant la voie à la qualification d'accord collectif au sens des articles L. 131-1 et suivants du Code du travail »¹¹²³.

Pour faire qu'un accord transnational ait les effets d'un accord collectif de travail, il doit exiger une sorte de transposition dans chaque droit interne qui lui fait produire des effets obligatoires¹¹²⁴. Afin que cette transposition soit possible, il est concevable d'inviter les organisations syndicales nationales aux négociations transnationales, surtout lorsque ces dernières n'appartiennent pas à l'organisation syndicale européenne signataire. « La suite dépend, pour une large part, de l'autorité des signataires de cet accord sur ceux à qui il est demandé d'en reprendre localement les termes »¹¹²⁵.

326. Le flou juridique qui entoure l'accord transnational nécessite que les parties prévoient de régler un certain nombre de points. Concernant l'application de l'accord, les parties ont intérêt à déterminer précisément le champ de l'accord : pour permettre d'y intégrer les sociétés entrantes et pour éviter que l'accord soit détruit par le départ du groupe d'une société. Les accords doivent aussi mentionner les mesures relatives à leur propre suivi, afin de se prémunir contre les difficultés liées à la révision ou à la dénonciation de l'accord.

L'émergence d'une négociation d'entreprise transnationale est incontestable. En l'absence de toute réglementation, elle se caractérise en pratique par la diversité des interlocuteurs salariés. L'action des comités d'entreprise européens et des syndicats européens peut être aussi bien indépendante que complémentaire. La négociation d'entreprise transnationale s'attache à différents thèmes qui sont topiques du niveau concerné, comme les restructurations ou la responsabilité sociale, aboutissant à des accords ou à des instruments moins contraignants. Dans tous les cas, les actes issus de ces négociations ne peuvent être effectifs que si les employeurs et les représentants des salariés s'efforcent d'assurer leur mise en œuvre. Quels

¹¹²³ B. TEYSSIE, La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe, *Dr. social*, 2005, p. 982, spéc. n° 23. (Articles L. 2221-1 et suivants du Nouveau Code du travail).

¹¹²⁴ M. HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, Préf. B. TEYSSIE, Bibli. de droit privé, Tome 488, LGDJ, 2007, spéc n° 482.

¹¹²⁵ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 23.

sont les moyens pour offrir une effectivité plus importante à la négociation transnationale ? La question mérite d'être posée, surtout si cette négociation continue à se développer.

Section II. Les perspectives de la négociation collective transnationale

327. Les perspectives de la négociation collective transnationale s'envisagent au niveau communautaire et français. Les deux niveaux correspondent respectivement à celui de son élaboration et à celui de sa mise en œuvre. L'élaboration d'un accord d'entreprise transnationale pourrait être encadrée par une réglementation communautaire. Un tel projet est semble-t-il en discussion (§ I). La mise en œuvre en droit français d'un tel accord peut être facilitée par les possibilités offertes par le droit de la négociation collective d'entreprise, depuis la loi du 4 mai 2004. Il peut désormais être conclu un accord au niveau du groupe. Si l'entreprise est dépourvue de représentation syndicale, l'accord d'entreprise peut être signé avec d'autres acteurs. Le droit français souhaite encourager le développement de la négociation d'entreprise, ce qui ne peut qu'aller dans le sens d'une mise en œuvre optimale d'un accord d'entreprise transnationale (§ II).

§ I - Le projet de réglementation communautaire

328. « Le régime des conventions collectives européennes constitue un enjeu majeur si l'on admet que ces actes pourraient devenir, à l'instar des expériences nationales, des instruments d'égalisation de la concurrence entre entreprises européennes »¹¹²⁶. Plusieurs pistes sont ouvertes pour régler l'accord d'entreprise transnationale. Il pourrait être envisagé une réforme du comité d'entreprise européen qui deviendrait l'acteur principal de la négociation transnationale. Il serait possible, par ailleurs, de créer de règles propres à la négociation d'entreprise transnationale, sans accorder plus de pouvoir au comité d'entreprise européen. Ainsi, il s'agit de faire le choix d'un système de représentation des salariés communautaires au sein de l'entreprise : soit un canal unique (représentation élue et syndicale exerçant l'ensemble des prérogatives), soit un double canal (d'un côté une représentation élue,

¹¹²⁶ S. LAULOM, C. VIGNEAU, Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles, *Dr. social*, 2005, p. 526.

de l'autre une représentation syndicale exerçant chacune des prérogatives différentes)¹¹²⁷. Les choix futurs des institutions communautaires conditionneront la définition de la représentation des salariés au niveau communautaire.

329. De prime abord, reconnaître la qualité de partie au comité d'entreprise européen dans la négociation et la conclusion d'un accord transnational peut apparaître comme « la solution à la fois la plus logique – puisqu'il réunit des représentants des salariés travaillant dans l'ensemble des États de l'Union européenne (hors Royaume-Uni) et de l'Espace économique européen – et la plus simple, puisqu'il est doté de la personnalité juridique, donc apte à contracter »¹¹²⁸. Une réforme de la directive n° 94/45/CE serait l'occasion de donner au comité d'entreprise européen la qualité et le pouvoir de conclure un accord collectif d'entreprise transnational (de droit communautaire) et, éventuellement, de définir le régime juridique d'un tel accord¹¹²⁹.

La révision de la directive n° 94/45/CE est annoncée depuis longtemps, mais elle n'est toujours pas à l'ordre du jour, si bien que le Comité économique et social européen, dans un avis du 13 septembre 2006, a incité la Commission européenne et les partenaires sociaux européens, à entamer le processus de révision en prévoyant un rôle accru du comité d'entreprise européen, surtout en matière de restructurations¹¹³⁰.

Les partenaires sociaux pourraient se saisir de cette occasion pour réfléchir aux évolutions de la négociation transnationale d'entreprise. Il y a fort à parier qu'ils ne souhaiteraient pas se dessaisir de leurs prérogatives en matière de négociation. Néanmoins, ils pourraient envisager d'établir des liens entre le comité d'entreprise européen et eux-mêmes. La doctrine préconise, d'ailleurs, qu'à l'occasion de la révision de cette directive soient instaurées en plus de la représentation exercée par le comité, une représentation syndicale. Il pourrait être institué « un « délégué syndical européen » de groupe pour éviter la concurrence interne et le *dumping* social à l'intérieur des groupes avec une allocation de ressources déterminée selon le coût du travail ou la flexibilité dans tel ou tel pays »¹¹³¹.

¹¹²⁷ Il est fait référence à la terminologie employée dans l'ouvrage : *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la direction de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005.

¹¹²⁸ B. TEYSSIE, *Le comité d'entreprise européen*, *Op. cit.*, spéc. n° 566.

¹¹²⁹ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 841.

¹¹³⁰ *LSE*, n° 160, p. 1.

¹¹³¹ R. BRIHI, Réviser la directive sur le CE européen et instituer le « délégué syndical européen », *LSE*, n° 162, p. 5.

Les organisations syndicales ne peuvent qu'être réticentes à la reconnaissance d'un pouvoir de négociation accordé au comité d'entreprise européen, sans une reconnaissance simultanée et explicite du rôle des syndicats en son sein¹¹³². Si l'on admet la négociation collective avec le comité d'entreprise européen, « il faut sans doute revoir sa composition pour n'y admettre que des représentants syndicaux. Une telle réforme a cependant peu de chances d'être adoptée rapidement dans le contexte actuel »¹¹³³. Pourtant, l'affirmation d'un véritable syndicalisme européen serait nécessaire à tous les niveaux y compris celui de l'entreprise.

330. Une autre réforme peut être prévue : celle d'une réglementation propre de l'accord collectif dans l'entreprise transnationale. La Commission fait figurer, dans son agenda 2005-2010, l'idée de créer un cadre optionnel pour la négociation collective transnationale¹¹³⁴. Pour l'instant, ce projet ne semble pas se concrétiser et, d'après les propos du commissaire européen chargé de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Égalité des chances, c'est un sujet complexe suscitant des appréciations très contradictoires, même si le commissaire est « malgré tout plutôt d'avis que c'est une bonne chose »¹¹³⁵. Il est opportun que la Commission ait prévu un cadre optionnel, dans la mesure où il ne faut pas « freiner la dynamique actuelle des accords-cadres et plus largement des normes de responsabilité sociale par un cadre imposé de manière générale et uniforme. Les accords-cadres internationaux sont la preuve que l'absence d'un cadre juridique spécifique peut permettre l'émergence de nouvelles formes de régulations intéressantes »¹¹³⁶.

Même si l'UNICE ne semble pas soutenir l'existence d'un cadre spécifique pour la négociation communautaire¹¹³⁷, en raison de sa ligne de politique générale, centrée sur l'axe de la décentralisation nationale de la négociation collective¹¹³⁸, un projet se dessine, à la suite d'un appel d'offres de la Commission concernant une étude sur la négociation collective transnationale¹¹³⁹.

¹¹³² S. LAULOM, Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale, *Dr. social*, 2007, p. 623, spéc. p. 626.

¹¹³³ A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in *les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, *Op. cit.*, spéc. p. 100.

¹¹³⁴ *LSE*, n° 122, p. 3.

¹¹³⁵ Entretien avec Vladimir SPILDA, reproduit dans *LSE*, n° 172, p. 3.

¹¹³⁶ A. SOBCZAK, *Op. cit.*, spéc. p. 114.

¹¹³⁷ *LSE*, n° 153, p. 1.

¹¹³⁸ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, *Op. cit.*, spéc. p. 348.

¹¹³⁹ S. LAULOM rapporte la synthèse des résultats de cette étude effectuée par un groupe de juristes sous la direction de Edoardo ALES, remise en février 2006 : *Op. cit.*

Le rapport de M. ALES, remis à la Commission, en février 2006, propose une réforme par voie de directive¹¹⁴⁰. Selon ce rapport, la directive devra prévoir un cadre optionnel permettant un niveau supplémentaire de négociation, sans interférence avec les autres niveaux, y compris le niveau national. Ce rapport préconise le même cadre de négociation au niveau sectoriel et de l'entreprise transnationale, afin de permettre une correcte articulation entre les niveaux.

Pour ce rapport, il est « nécessaire de clairement distinguer les systèmes actuels d'implication des salariés dans les entreprises multinationales, issus des directives sur les comités d'entreprise européens et sur la société européenne, et un système communautaire de négociation collective transnationale. En d'autres termes (...) les structures existantes de représentation des salariés dans les entreprises transnationales ne pouvaient se voir doter du pouvoir de négociation dans la mesure où une présence syndicale en leur sein n'est pas assurée, alors même que les organisations syndicales jouent un rôle majeur dans les négociations collectives nationales ou européennes »¹¹⁴¹. La représentativité des fédérations sectorielles s'appréciera, selon le rapport, en fonction des règles actuellement en vigueur¹¹⁴². Le droit communautaire se verrait donc doter d'un système dual de représentation des salariés.

331. La détermination des acteurs de la négociation transnationale doit, selon le rapport, s'opérer en deux temps : d'abord les acteurs habilités à activer le cadre optionnel de négociation ; ensuite les acteurs habilités à négocier. Le schéma distingue trois types d'initiatives selon que la négociation a vocation à se dérouler au niveau sectoriel ou au niveau d'une entreprise :

1. une première demande conjointe pourra émaner d'organisations sectorielles ou intersectorielles européennes, syndicales et patronales (représentatives). Une première négociation sera menée par ces fédérations afin de constituer un groupe paritaire sectoriel de négociation (composé de leurs représentants). L'accord conclu par écrit définira les règles de fonctionnement de ce groupe comme la procédure de négociation et de décision.
2. une demande conjointe d'organisations sectorielles ou intersectorielles syndicales et patronales pourra également déclencher cette procédure (constitution d'un groupe paritaire de négociation pouvant intégrer des membres de comité d'entreprise

¹¹⁴⁰ S. LAULOM, *Op. cit.*, spéc. p. 628 et 629.

¹¹⁴¹ S. LAULOM, *Op. cit.*, spéc. p. 628.

¹¹⁴² Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I, n° 354 et suiv., n° 358.

européen) lorsque ces dernières auront été elles-mêmes saisies par : au moins deux organisations syndicales et deux organisations patronales nationales d'un même secteur ou d'un secteur comparable, chacune d'elles appartenant à au moins un État membre différent ; un comité d'entreprise européen (ou d'une société européenne) et la direction d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises transnationales afin de mener des négociations sur des sujets soumis à une information et une consultation ; un comité d'entreprise européen demandant l'insertion à l'agenda des négociations des organisations européennes sectorielles, de thèmes soumis à l'information et à la consultation de ce comité.

3. pour que puisse s'engager une négociation collective transnationale au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprise, une initiative unilatérale pourra également être reconnue aux organisations syndicales sectorielles ou intersectorielles européennes, à la demande : d'un organe de représentation des salariés et de la direction ou seulement de la direction de l'entreprise transnationale. Il sera constitué un groupe de négociation sous la responsabilité des syndicats mais incluant les représentants des salariés et les membres de la direction.

Les auteurs du rapport consentent que ce système est complexe mais qu'il assure une correcte articulation entre les niveaux et entre les acteurs, tout en préservant l'autonomie des partenaires sociaux. Si ce projet d'un cadre optionnel de négociation est repris dans une directive, cela laisse supposer que les partenaires sociaux seront maîtres d'établir, par accords, les procédures à suivre concernant les négociations et la conclusion de l'accord transnational. L'éventuelle directive devra prévoir, à propos de l'effet juridique de l'accord transnational, que chaque pays reconnaisse la force obligatoire de l'accord selon les mécanismes nationaux les plus appropriés. Ainsi, le contenu de l'accord pourra être transposé par le biais de décisions unilatérales des employeurs, qui entrent dans le champ d'application de l'accord, décisions unilatérales dont les droits nationaux devront censurer le non respect. Il devra être prévu des mesures de publicité propres, comme le dépôt auprès de services compétents de la Commission.

332. L'initiative de prévoir un régime propre à l'accord d'entreprise transnationale, en supplément des prérogatives du comité d'entreprise européen, doit être fortement soutenue. Néanmoins, des questions similaires à celles développées dans le cadre de la mise en œuvre

des accords interprofessionnels et sectoriels vont se poser. Cette réforme ne traite pas du problème de la nature juridique de l'accord, et à son effectivité.

333. Le rapport ALES conduit à d'autres remarques. La première concerne le rôle que les secteurs pourraient jouer dans l'organisation des négociations afin d'assurer une articulation entre les niveaux sectoriels et de l'entreprise. Le point deux, évoqué plus haut, permettant de négocier au niveau sectoriel sur des sujets relevant de l'entreprise transnationale, soulève une question : que décider lorsqu'une entreprise transnationale recouvre plusieurs secteurs d'activité ? Les demandes pour organiser une négociation sectorielle, émanant d'une entreprise appartenant à plusieurs secteurs, risquent d'être rares. Il n'empêche que des accords de niveau sectoriel pourraient exiger des entreprises transnationales de mettre en œuvre certaines règles, les entreprises devant ensuite veiller à concilier les accords de différents secteurs qui lui sont applicables. L'articulation entre les différents niveaux devra être prévue par le secteur et mise en œuvre par les entreprises.

La deuxième remarque concerne la faisabilité d'une articulation entre les niveaux sectoriels et de l'entreprise. Comment le niveau sectoriel peut obtenir des entreprises le respect de ses accords, alors que ces dernières sont en concurrence et ne peuvent se voir obligées d'appliquer un accord qu'elles n'ont pas signé ? Le rapport ALES n'aborde pas la question cruciale de la nature de l'accord communautaire qui reste un contrat et ne peut donc recevoir application qu'entre les parties. La contrainte des entreprises du secteur n'est pas possible si les employeurs ne donnent pas mandat à une organisation patronale ou s'ils ne sont pas directement signataires. Les accords sectoriels, en l'absence d'une nature juridique proche de l'accord collectif français et en l'absence d'une forme d'extension, ne peuvent s'imposer aux employeurs du secteur. La seule possibilité est de s'en remettre à une application volontaire ou à la force de persuasion des syndicats, dans chaque entreprise du secteur, d'engager des négociations pour appliquer l'accord sectoriel.

La troisième remarque concerne l'accord d'entreprise transnationale qui, même s'il ne s'accorde pas nécessairement avec le niveau sectoriel, peut se développer. Le rapport ALES permet d'associer tous les représentants des salariés, ce qui montre la volonté de donner à cet accord une légitimité. Il est important que les syndicats aient en charge de diriger l'ensemble des représentants de salariés. C'est à une représentation de nature syndicale que doit être dévolu le pouvoir de négocier, ce qui n'exclut pas de faire participer, au cours des

négociations, le comité d'entreprise européen. La question de la détermination de la partie patronale n'est pas évoquée, ce qui signifie que l'accord s'applique à la société signataire et que l'application à d'autres sociétés du groupe reste soumise à d'éventuels contrats de mandat ou à la volonté des dirigeants de filiales.

334. L'idée d'établir une réglementation propre de l'accord collectif communautaire est très intéressante. Cependant, le rapport, actuellement proposé, ne se préoccupe pas des effets juridiques de l'accord, renvoyant aux droits nationaux. Le rapport ne franchit pas l'étape suivante : il aurait pu considérer que l'accord collectif communautaire soit le premier acte de droit privé communautaire. Manifestement, cette avancée n'est pas encore envisageable.

Il faut espérer que les droits nationaux permettent aux accords d'entreprise transnationale d'être effectifs. Le droit français offre une telle perspective, grâce à la reconnaissance de différentes possibilités de conclure un accord d'entreprise.

§ II - L'articulation avec la négociation nationale

335. La mise en œuvre d'un accord d'entreprise transnationale peut être opérée par un accord collectif d'entreprise français. Les règles françaises de négociation collective d'entreprise n'appellent pas de remarques particulières. Ce qui mérite d'être développé, ce sont les nouvelles possibilités offertes par la loi du 4 mai 2004 de conclure un accord collectif d'entreprise, augmentant ainsi les chances d'application en droit interne d'un accord d'entreprise transnationale. Le droit français reconnaît la possibilité de conclure un accord de groupe composé de plusieurs sociétés juridiquement distinctes. Lorsque le groupe transnational possède plusieurs filiales en France, la mise en œuvre de l'accord transnational peut être faite par un accord de groupe (A). Dans l'hypothèse où le groupe transnational n'a qu'une entreprise en France, dépourvue de délégués syndicaux, la mise en œuvre de l'accord transnational est possible avec des élus ou des salariés mandatés par un syndicat. Lorsque la présence syndicale fait défaut dans l'entreprise, les élus peuvent agir. Ainsi, il y a une complémentarité entre les différentes formes de représentation des salariés dans l'entreprise (B).

A. La réception de l'accord transnational par l'accord collectif de groupe français

336. L'un des intérêts de l'accord transnational est le lien qu'il établit entre le droit local et le droit international¹¹⁴³, ainsi que l'unité qu'il crée entre des travailleurs qui sont sur des territoires nationaux différents (même s'il s'agit souvent d'un accord-cadre prévoyant des dispositions très générales). « Cette articulation entre niveaux centralisés et décentralisés de négociation collective est une pratique développée en Europe, singulièrement en France. (...) Ce schéma de pensée et d'action correspond aussi à la structuration du dialogue social en Europe »¹¹⁴⁴.

L'articulation avec un niveau interne de négociation est nécessaire. L'accord d'entreprise transnationale, par essence, concerne une multitude de structures juridiques, il peut donc englober plusieurs sociétés juridiquement distinctes sur le territoire français. Plusieurs accords collectifs d'entreprise peuvent ainsi être conclus en France pour mettre en œuvre l'accord d'entreprise transnationale. Il semble, cependant, intéressant d'utiliser un niveau plus étendu de négociation : l'accord collectif de groupe français.

337. L'accord de groupe a été récemment reconnu par le droit français : d'abord par la jurisprudence¹¹⁴⁵, puis par le législateur dans la loi du 4 mai 2004¹¹⁴⁶. D'ailleurs, la doctrine suggère que ces accords de groupe ont été fortement sollicités par le droit communautaire qui a établi la mise en place par voie conventionnelle d'instances européennes de représentation du personnel, lesquelles s'inscrivent souvent dans le cadre du groupe d'entreprises, à commencer par les groupes de dimension communautaire visés par la directive n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 « concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une

¹¹⁴³ I. DAUGAREILH, « Les accords-cadres internationaux : une réponse européenne à la mondialisation de l'économie ? », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, sous la direction de M. DESCOLONGES et B. SAINCY, La Découverte, coll. « Entreprise et société », 2006, p. 116, spéc. p. 130.

¹¹⁴⁴ I. DAUGAREILH, *Op. cit.*, spéc. p. 134.

¹¹⁴⁵ Soc. 30 avril 2003, CGT Force ouvrière et autres c/ AXA France assurances, cf. J. GRANGE, N. EL AOUGRI, La négociation de groupe, *Sem. soc. Lamy*, 17 novembre 2003, n° 1144, p. 5 ; G. Couturier, « Négociation(s) de groupe », in *La négociation collective*, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 53 ; M.-L. MORIN, Les accords collectifs de groupe, une variété d'accords collectifs de droit commun, *RJS* 10/03, p. 743 ; P. RODIERE, L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ?, *Sem. soc. Lamy*, 2 juin 2003, n° 1125, p. 6.

¹¹⁴⁶ Loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, cf. P.-H. ANTONMATTEI, La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe, satisfaction et interrogations, *Dr. social*, 2004, p. 601 ; G. AUZERO, La vie des conventions et accords collectifs de groupe, *RDT*, 2006, p. 230 ; 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)*, sous la direction de B. TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 79 ; 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)*, sous la dir. de B. TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 95 ; B. TEYSSIE, Les conventions et accords collectifs de groupe, *PA*, 14 mai 2004, n° 97, p. 59 ; B. TEYSSIE, Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe, *Dr. social*, 2005, p. 643.

procédure dans les entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs »¹¹⁴⁷.

338. Le régime juridique de l'accord de groupe¹¹⁴⁸ est similaire à celui de l'accord d'entreprise, excepté concernant la détermination des parties et l'articulation avec le niveau de la branche¹¹⁴⁹.

La détermination des parties, ainsi que l'articulation des niveaux, pourraient d'ailleurs inspirer la future réglementation communautaire. « Ce qui est caractéristique des conventions et accords de groupe (...) c'est une certaine façon d'envisager leur champ d'application en tant que groupe et non pas entreprise par entreprise »¹¹⁵⁰. Le champ d'application de l'accord peut être fixé par les parties. C'est l'aspect qui a le plus évolué au cours de la procédure parlementaire, puisque la rédaction initiale de la loi prévoyait que l'accord s'appliquerait à l'ensemble du groupe, sans autres choix possibles (défini à l'article L. 132-19-1 du Code du travail)¹¹⁵¹.

Concernant la détermination de la partie patronale, la loi a envisagé deux modes de représentation. Le premier prévoit, selon la loi, que l'accord de groupe conclu au nom de la société dominante oblige toutes les sociétés employeurs comprises dans son champ d'application (déterminé par l'accord lui-même). « C'est un véritable pouvoir légal qu'exerce la société dominante quand elle conclut elle-même un accord de groupe. Ce pouvoir constitue un apport décisif de la loi »¹¹⁵². Le second mode de représentation patronale offre la possibilité de déterminer par voie contractuelle (contrat de mandat), les employeurs signataires de la convention de groupe¹¹⁵³. La rédaction de l'article L. 132-19-1 du Code du travail¹¹⁵⁴ (la convention de groupe peut être conclue par « *plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention* ») laisse entendre

¹¹⁴⁷ B. TEYSSIE, « Sur le nouveau droit de la négociation collective », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, Editions Panthéon-Assas 2004, p. 7.

¹¹⁴⁸ Circulaire du 22 septembre 2004, Fiche n° 5, considère que ce type d'accord n'est pas une nouvelle catégorie d'accord collectif.

¹¹⁴⁹ Article L. 132-19-1 du Code du travail (articles L. 2232-30 à L. 2232-34 du Nouveau Code du travail).

¹¹⁵⁰ 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)*, *Op. cit.*, spéc. n° 116.

¹¹⁵¹ G. COUTURIER, *Op. cit.*, spéc. n° 116. (Articles L. 2232-30 et L. 2232-31 du Nouveau Code du travail).

¹¹⁵² G. COUTURIER, *Op. cit.*, spéc. n° 119.

¹¹⁵³ Pour M. TEYSSIE, « rien n'exclut, d'ailleurs, que l'accord ou la convention initial ait été négocié par l'employeur de l'entreprise dominante et que les avenants le soient par les employeurs des entreprises concernées, ou *vice versa* », cf. *Droit du travail Relations collectives*, 5^{ème} édition, Litec, 2007, n° 744.

¹¹⁵⁴ Article L. 2232-31 du Nouveau Code du travail.

que la convention de groupe peut être négociée également avec des sous-traitants. Cette possibilité de déterminer contractuellement la partie patronale est innovante car elle peut permettre d'appréhender des réseaux de sociétés, ce qui est pertinent dans la mesure où les groupes sont souvent en relation étroite avec des sous-traitants.

La détermination de la partie syndicale n'est pas aisée, en raison de l'appréciation des organisations syndicales représentatives¹¹⁵⁵ : faut-il apprécier la représentativité par rapport à l'ensemble du groupe ou bien entreprise par entreprise ? L'appréciation de la représentativité peut être facilitée lorsque des délégués syndicaux de groupe sont désignés comme coordonnateurs syndicaux de groupe. Il peut être conseillé également aux fédérations syndicales présumées représentatives de mandater des délégués syndicaux¹¹⁵⁶.

339. L'intérêt de l'accord de groupe, c'est qu'il peut apparaître comme le coordinateur des négociations d'entreprises qui le composent. Cependant, l'article L. 132-19-1, alinéa 1 (*in fine*) du Code du travail dispose que « *la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise* ». Les accords de groupe et d'entreprise s'appliquent de façon superposée en respectant les règles de la négociation collective. C'est ce que rappelle la circulaire du 22 septembre 2004 : l'accord de groupe ne se substitue pas à l'accord d'entreprise ; 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. D'ailleurs, il est proposé des solutions pour éviter des confrontations entre l'accord d'entreprise et l'accord de groupe. Il a été suggéré d'utiliser les mécanismes de la dénonciation ou de la révision de l'accord d'entreprise pour générer un futur accord de groupe. « La négociation de la convention ou de l'accord de groupe serait précédée de la dénonciation des conventions ou accords d'entreprise dont la disparition est souhaitée, le cas échéant assortie de la condition que le premier soit conclu dans un délai inférieur au délai de préavis à l'expiration duquel les seconds ont vocation à disparaître. La convention ou l'accord de groupe constituerait la convention ou l'accord de substitution visé à l'article L. 132-8, alinéa 6, du Code du travail »¹¹⁵⁷. Cela suppose que les chefs d'entreprise appartenant au groupe, ainsi que les organisations syndicales, manifestent la volonté d'aller

¹¹⁵⁵ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. p. 603.

¹¹⁵⁶ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. p. 603.

¹¹⁵⁷ B. TEYSSIE, *Droit du travail Relations collectives, Op. cit.*, n° 776. (Article 2261-13 du Nouveau Code du travail).

dans cette direction. Cela suppose aussi d'admettre que le champ d'application de l'accord de substitution puisse varier.

Le mécanisme de la révision¹¹⁵⁸ utilisé entreprise par entreprise dans le groupe, afin d'intégrer l'accord de groupe, semble plus facile à mettre en œuvre et comporte moins d'incertitudes juridiques.

Une difficulté demeure quant au sort de l'accord collectif de groupe face aux vicissitudes du temps : qu'advient-il de l'accord de groupe lorsque les frontières de ce dernier se déplacent ? Comment appliquer les règles de la dénonciation ou bien de la révision à l'accord de groupe ? Lorsqu'une entreprise quitte le groupe, il est facilement admis que l'accord ne lui est plus applicable¹¹⁵⁹, alors que dans l'hypothèse où une entreprise entre dans le groupe les avis divergent¹¹⁶⁰. Ces questions n'étant pas abordées par la loi du 4 mai 2004, cela laisse entendre que le juge définira les règles applicables en cas de contentieux. Il conviendrait inviter les partenaires sociaux à envisager ces questions dans les accords de groupe qu'ils concluent.

Les partenaires sociaux ont également intérêt à se saisir des questions de dénonciation et de révision de l'accord de groupe lors de la rédaction de ce dernier¹¹⁶¹. Une fois encore, l'application correcte et efficace des conventions collectives repose sur la capacité des partenaires sociaux.

340. La loi du 4 mai 2004 prévoit l'articulation de l'accord de groupe avec l'accord de branche dans les termes suivants : « *les conventions ou accords de groupe ne peuvent comporter des dispositions dérogatoires à celles qui sont applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels* »¹¹⁶².

La branche peut jouer le rôle de coordinatrice. En tout état de cause, les partenaires sociaux doivent être vigilants, en raison des règles concernant l'articulation des niveaux, car ils sont amenés à décider des dérogations au niveau de la branche. Les partenaires sociaux, au niveau du groupe, sont soumis au niveau de la branche, alors que le niveau de l'entreprise, lui, ne

¹¹⁵⁸ Article L. 132-7 du Code du travail (article L. 2222-5 du Nouveau Code du travail).

¹¹⁵⁹ G. AUZÉRO, *Op. cit.*, spéc. p. 232 ; B. TEYSSIE, Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe, *Op. cit.*, spéc. p. 652.

¹¹⁶⁰ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. p. 652 opte pour l'application de la convention de groupe à la nouvelle entreprise entrante ; G. AUZÉRO, *Op. cit.*, p. 230, spéc. p. 232 est d'avis contraire. Quant à P.-H. ANTONMATTEI, il suggère que l'accord de groupe s'applique à une entreprise nouvellement entrante par le mécanisme de l'adhésion, *cf. Op. cit.*, spéc. p. 605.

¹¹⁶¹ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. p. 605 ; G. AUZÉRO, *Op. cit.*, spéc. p. 235.

¹¹⁶² Article L. 132-19-1, alinéa 3 du Code du travail (article L. 2232-35 du Nouveau Code du travail).

l'est pas nécessairement. L'objet de l'accord de groupe semble potentiellement restreint, surtout que l'accord de groupe peut être soumis à plusieurs branches. Les règles de l'articulation entre le niveau de la branche et du groupe concentrent les critiques¹¹⁶³, pourtant leur modification n'est pas annoncée. Pour éviter les problèmes pratiques de superposition, il conviendrait de définir en amont les entités précises couvertes par l'accord¹¹⁶⁴.

341. La négociation d'un accord transnational peut recevoir application en droit français par la mise en œuvre d'un accord de groupe. Cette réception au niveau interne est pertinente si l'on considère le cadre économique car le groupe englobe, sur le territoire français, l'ensemble des sociétés auxquelles s'applique l'accord transnational. De plus, l'accord de groupe français reçoit la qualification et le régime juridique d'accord collectif, ce qui garantit son effectivité. La difficulté réside dans l'articulation des différents niveaux entre eux et dans la confrontation de l'accord de groupe à des évolutions dues au temps.

Les partenaires sociaux français ont une lourde responsabilité dans l'articulation des accords, puisque ce sont eux qui décident des dérogations possibles de l'accord de groupe à l'accord de branche. Ils doivent veiller à une coordination des niveaux internes, tout en ne négligeant pas les niveaux communautaires (surtout sectoriels) de négociation. Ils doivent également faire preuve d'anticipation dans l'accord initial de groupe, en envisageant les restructurations que peut connaître le groupe, ou bien les révisions que peut endurer l'accord de groupe.

342. L'évolution du droit français relatif aux accords d'entreprise a permis d'augmenter les possibilités de conclure un accord collectif afin d'encourager le dialogue social dans l'entreprise. La loi du 4 mai 2004 permet qu'un accord transnational d'entreprise soit mis en œuvre en droit interne par un accord de groupe, évitant une mise en œuvre entreprise par entreprise. Parallèlement, la loi, toujours dans un souci de développer les accords collectifs d'entreprise, a autorisé la négociation et la conclusion d'accords collectifs avec d'autres acteurs que les délégués syndicaux, uniquement dans le but de pallier l'absence de ces derniers. Il est alors possible de mettre en œuvre un accord transnational dans une entreprise française dépourvue de délégués syndicaux, ce qui augmente les chances d'effectivité de

¹¹⁶³ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. p. 604 ; 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)*, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 37, spéc. n° 69 ; P. RODIÈRE, La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir, *Sem. soc. Lamy*, supplément, n° 1183, p. 6, spéc. n° 9.

¹¹⁶⁴ P. LAGESSE, *Op. cit.*, spéc. n° 143.

l'accord transnational. Cela conduit, tout naturellement, à s'interroger sur le rôle joué par les élus et les salariés mandatés, par rapport aux délégués syndicaux dans la négociation.

B. La diversification des acteurs de la négociation collective d'entreprise

343. « Le droit communautaire n'impose pas aujourd'hui aux États membres un modèle de représentation des salariés, et on ne peut parler d'un droit communautaire de la représentation des salariés. Mais le couple droits/acteurs ou action/sujet est trop intimement lié pour qu'une action communautaire sur les droits n'emporte pas de conséquences sur les acteurs nationaux. La multiplication des droits reconnus aux représentants des travailleurs est ainsi susceptible d'avoir des conséquences sur la structuration même des systèmes nationaux de représentation »¹¹⁶⁵. En droit communautaire, l'importance du rôle du comité d'entreprise européen, en matière d'information et de négociation n'est plus à démontrer¹¹⁶⁶. Sans pouvoir établir avec certitude un lien de cause à effet entre les évolutions du droit communautaire et celles du droit français, il faut remarquer que ce dernier accorde de plus en plus de prérogatives aux représentants élus.

On constate un changement, dans notre système de représentation, au regard de certains aspects de la négociation collective d'entreprise transnationale. Nous avons montré, précédemment¹¹⁶⁷, qu'en dehors de tout cadre réglementaire une négociation dans l'entreprise transnationale s'est mise en place. De cette pratique se dégage un élément important : les syndicats occupent une place essentielle et les organes de représentation de l'entreprise ont une activité complémentaire de celle des syndicats.

Les représentants élus des comités d'entreprise français peuvent être désignés dans la composition d'un comité d'entreprise européen. Ils participent, de la sorte, aux négociations au sein du comité d'entreprise européen, et prennent conscience des liens qui peuvent se tisser entre les représentants des syndicats et le comité d'entreprise européen. Cette pratique peut être envisagée au niveau national. Du reste, en France, aucune règle n'exclut qu'un élu au comité d'entreprise soit également délégué syndical. De plus, les membres du comité d'entreprise peuvent être élus d'après une liste syndicale en raison du monopole de présentation des candidats au premier tour. Ainsi, une même personne peut cumuler les

¹¹⁶⁵ S. LAULOM, « Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la direction de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, spéc. p. 31.

¹¹⁶⁶ Cf. *supra* n° 303.

¹¹⁶⁷ Cf. *supra*, section précédente, n° 303.

mandats de deux institutions représentatives du personnel (qui gardent des compétences différentes).

Quelles sont les conséquences de cet état de fait sur la conception française de la représentation ?

Même si l'influence communautaire paraît ténue, elle semble participer à une évolution générale de la représentation dans l'entreprise. La représentation dans l'entreprise est exercée d'une part, par la représentation élue qui a une compétence d'information et de consultation pour le comité d'entreprise¹¹⁶⁸ ou de recueil de réclamation pour le délégué du personnel¹¹⁶⁹ ; et d'autre part, par les délégués syndicaux qui expriment des revendications et sont titulaires du droit de négocier et de signer des accords collectifs¹¹⁷⁰. Cette dualité de la représentation des salariés dans l'entreprise est caractéristique du modèle français¹¹⁷¹. Des changements se font ressentir, car les attributions des uns et des autres évoluent. Des compétences nouvelles sont attribuées aux représentants élus et aux mandataires syndicaux, dans la loi du 4 mai 2004, afin de pallier l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise pour conclure des conventions collectives.

344. La possibilité pour de nouveaux acteurs, en France, de conclure une convention collective a débuté il y a plus de dix ans. La jurisprudence, dans deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 janvier 1995¹¹⁷², admet que dans les entreprises « *qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux* », les accords d'entreprise peuvent être négociés et signés par « *des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* ». Ces arrêts « ont ouvert une brèche dans notre système juridique de négociation collective dans l'entreprise en atténuant la portée du monopole des délégués syndicaux »¹¹⁷³.

¹¹⁶⁸ Article L. 432-1 du Code du travail (articles L. 2323-6 et suivants du Nouveau Code du travail).

¹¹⁶⁹ Article L. 422-1 du Code du travail (articles L. 2313-1 et suivants du Nouveau Code du travail).

¹¹⁷⁰ Article L. 132-2 (article L. 2231-1 du Nouveau Code du travail) et L. 132-2-2 du Code du travail (articles L. 2232-2 et suivants du Nouveau Code du travail).

¹¹⁷¹ C. DUFOUR, U. REHFELDT, Existe-t-il un modèle européen de représentation des salariés dans l'entreprise ? Pistes de réflexion à partir des expériences allemande, britannique, française et italienne, *Travail et emploi*, 1/1991, n° 47, p. 14, spéc. p. 17 ; S. JULLIOT, « Les turbulences au sein du double canal de représentation en France », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la direction de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 162, spéc. p. 166.

¹¹⁷² Soc. 25 janvier 1995, Charre c/ Comité français contre la faim et Comité français contre la faim c/ Klatzman, D, 1995, p. 593, note P. POCHET ; *Dr. social*, 1995, p. 274, obs. G. BORENFREUND ; *JCP éd. E*, 1996, I, 3901, n° 23, obs. P.-H. ANTONMATTEI.

¹¹⁷³ M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective, *Dr. social*, 2003, p. 365, spéc. p. 366.

L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle, exigeant la conclusion d'un accord de branche étendu, reprend cette possibilité et prévoit aussi la conclusion d'une convention collective avec des représentants élus, à condition d'être validée par une convention paritaire de branche. La loi expérimentale du 12 novembre 1996, dans son article 6, reprend l'accord interprofessionnel de 1995. Les représentants élus du personnel s'entendent de ceux élus au suffrage direct des salariés, c'est-à-dire les délégués du personnel ou les membres du comité d'entreprise¹¹⁷⁴. Les lois AUBRY des 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 ont repris le même dispositif et ont « supprimé le préalable de l'accord de branche afin de faciliter la conclusion d'accords de réduction du temps de travail »¹¹⁷⁵.

Les dispositifs des lois AUBRY s'étant par la suite épuisés, la doctrine a soulevé l'intérêt de faire appel au mandatement. Certains ont mis en avant les raisons justifiant de « l'opportunité d'une réactivation du mandatement » : d'abord parce que cette technique « permet de développer la négociation collective avec l'employeur, sans remettre en question le principe essentiel que constitue le monopole syndical », ensuite parce qu'elle permet aux syndicats d'avoir « une nouvelle voie d'accès aux petites et moyennes entreprises »¹¹⁷⁶.

345. La loi du 4 mai 2004 reprend la Position commune de 2001 (point I, 2), permettant une négociation dérogatoire subsidiaire¹¹⁷⁷. Ce n'est qu'en l'absence de délégué syndical, ou de délégué du personnel faisant fonction de délégué syndical, que la négociation avec d'autres acteurs est possible.

Le choix entre les élus et le salarié mandaté est fixé par la loi de 2004 : les élus précèdent les salariés mandatés. Le salarié mandaté n'est un acteur possible de la négociation d'entreprise que lorsqu'un procès-verbal de carence est établi¹¹⁷⁸. L'ordre est inverse à celui prévu par la loi AUBRY du 19 janvier 2000, qui avait établi une priorité au mandatement. Or il est permis de douter de la constitutionnalité de cette priorité en faveur des salariés élus, eu égard à la décision du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1996 qui avait consacré la « vocation naturelle » des syndicats à assurer « par la voie de la négociation collective, la défense des

¹¹⁷⁴ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. RODIÈRE, Bibli. de droit privé, Tome 291, LGDJ, 2000, spéc. n° 401 ; les membres du CHSCT ne sont pas concernés par cette loi dans la mesure où leur investiture résulte d'une délégation formée d'élus du personnel.

¹¹⁷⁵ J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 961.

¹¹⁷⁶ M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, *Op. cit.*, spéc. p. 366.

¹¹⁷⁷ 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)*, sous la direction de B. TEYSSIE, p. 61, spéc. p. 65.

¹¹⁷⁸ Article L. 132-26, III du Code du travail (articles L. 2232-25 et suivants du Nouveau Code du travail).

droits et intérêts des travailleurs »¹¹⁷⁹. A la suite des lois AUBRY, les syndicats n'ont pas profité de la technique du mandatement pour asseoir leur présence dans les petites et moyennes entreprises : d'abord parce qu'ils n'y ont pas cru, ensuite parce que le mandatement est par nature temporaire, et enfin en raison de l'absence de continuité du dispositif vers la désignation d'un délégué syndical¹¹⁸⁰. C'est sans doute cela qui explique, qu'en cas de carence de délégué syndical, la loi de 2004 prévoit que la négociation avec les élus prévaut sur la négociation avec un salarié mandaté.

346. L'article L. 132-26, II du Code du travail¹¹⁸¹ dispose : « *Les conventions de branche ou les accords professionnels étendus mentionnés au I peuvent prévoir qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise, ou, à défaut, les délégués du personnel, peuvent négocier et conclure des accords collectifs.*

Les accords collectifs 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, dont les modalités de fonctionnement sont prévues par la convention de branche ou l'accord professionnel étendu. Faute d'approbation l'accord est réputé non écrit ».

La négociation avec les élus du personnel peut avoir lieu dans l'entreprise ou dans les établissements lorsque ces derniers sont pourvus d'élus¹¹⁸². De plus, la négociation avec des élus au sein de l'établissement peut être menée alors même que, dans l'entreprise, existent des délégués syndicaux¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ J.-M. OLIVIER, *Op. cit.*, spéc. p. 66.

¹¹⁸⁰ M.-C. AMAUGER-LATTES et I. DESBARATS, *Op. cit.*, spéc. p. 369.

¹¹⁸¹ Article L. 2232-23 du Nouveau Code du travail.

¹¹⁸² B. TEYSSIÉ, *Négociations d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés*, D, 2004, chr. p. 2383, spéc. n° 8 à 11.

¹¹⁸³ G. BORENFREUND, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, *Dr. social*, 2004, p. 606, spéc. p. 608 : « L'entrée en scène des élus du personnel (...) n'aurait plus pour seule et unique justification de permettre que se développe une activité contractuelle dans les petites et moyennes entreprises, où l'implantation syndicale s'avère souvent très faible. De façon plus subtile, se dessine peut-être en filigrane le souhait que l'absence de délégués syndicaux d'établissement ne fasse pas obstacle à une couverture conventionnelle propre aux différentes subdivisions de l'entreprise, quand bien même un accord collectif serait susceptible d'être conclu au niveau de l'entreprise toute entière avec les syndicats représentatifs, par l'intermédiaire de délégués syndicaux désignés dans ce cadre. N'y a-t-il pas là une manière supplétive de suggérer que l'entrée en scène des élus du personnel ne devrait susciter aucune suspicion particulière et pourrait ne pas s'inscrire exclusivement dans une perspective stricte de suppléativité, au prix sans doute de problèmes d'articulation délicats entre les accords conclus aux niveaux distincts de l'entreprise et de l'établissement ? »

Seuls les membres titulaires du comité d'entreprise ou les délégués titulaires du personnel sont concernés par la loi du 4 mai 2004¹¹⁸⁴. La négociation avec le comité d'entreprise ne supprime pas l'obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise¹¹⁸⁵, sur le fondement de l'arrêt EDF du 5 mai 1998¹¹⁸⁶. En conséquence, le même acteur conserve ses deux compétences distinctes. L'une n'exclut pas l'autre, elle vient en complément pour pallier l'absence du fait syndical.

Le comité d'entreprise, le comité central ou les comités d'établissement sont parties à l'accord car ils sont dotés de la personnalité morale¹¹⁸⁷. La négociation est conduite par leurs membres, « tous en principe ont vocation à y participer. Mais ils peuvent donner mandat à un ou plusieurs d'entre eux de négocier au nom de tous et, au-delà, au nom du comité auquel ils appartiennent »¹¹⁸⁸.

En cas d'absence de comité d'entreprise, les délégués du personnel sont habilités à négocier¹¹⁸⁹. Les délégués du personnel ne seraient pas habilités à négocier un accord collectif du seul fait de l'absence d'un comité d'entreprise, la convention de branche devant prévoir expressément cette possibilité¹¹⁹⁰. Cela revient à considérer que les dispositions de la loi du 4 mai 2004 seraient supplétives : dès lors qu'un accord collectif de branche prévoirait les modalités de négociation dans l'entreprise, la loi n'aurait plus à s'appliquer. Il est toutefois discutable de retenir cette interprétation. Le législateur a, en effet, précisé un certain nombre d'exigences qui sont plutôt un minimum à respecter. C'est ce que suggère la rédaction de l'article L. 132-2-2 III du Code du travail¹¹⁹¹ qui prévoit les conditions de majorité à défaut d'accord de branche étendu. En cas de carence de délégué syndical, l'accord de branche étendu doit prévoir expressément la possibilité de négocier avec des élus du personnel, mais il ne doit pas choisir avec lesquels il est possible de négocier : la loi impose de négocier avec le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel¹¹⁹².

¹¹⁸⁴ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 12.

¹¹⁸⁵ J.-M. OLIVIER, *Op. cit.*, spéc. p. 67.

¹¹⁸⁶ Soc. 5 mai 1998, voir n° 153, J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004.

¹¹⁸⁷ Article L. 431-6 du Code du travail (article L. 2325-1 du Nouveau Code du travail).

¹¹⁸⁸ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 16 ; les modalités sont déterminées selon le fonctionnement habituel du comité.

¹¹⁸⁹ « Peu importe que cette absence soit constatée dans une entreprise d'au moins cinquante salariés où les élections organisées en vue de mettre en place un comité se sont terminées par un procès verbal de carence, ou dans une entreprise de moins de cinquante salariés non dotée d'un comité conventionnel », B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 17.

¹¹⁹⁰ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 17.

¹¹⁹¹ Article L. 2232-12 du Nouveau Code du travail.

¹¹⁹² « Lorsqu'un accord collectif est conclu avec des délégués du personnel avec qui, juridiquement, l'accord est-il passé ? 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

347. La possibilité offerte à l'accord de branche de déterminer l'objet des accords d'entreprise signés de façon dérogatoire est plus importante que les possibilités qu'offraient les lois antérieures à la négociation dérogatoire. Les représentants élus du personnel et les salariés mandatés deviennent « des agents à part entière de négociation »¹¹⁹³.

L'article L. 132-26, I du Code du travail¹¹⁹⁴, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, donne à la négociation de branche la possibilité de fixer le contenu de la négociation d'entreprise, de surveiller le suivi des accords par le truchement de l'observatoire paritaire de branche et d'approuver les accords conclus par les élus de l'entreprise par le biais de la commission paritaire nationale de branche. L'ensemble est contrôlé par les pouvoirs publics puisque l'accord de branche doit faire l'objet d'une extension¹¹⁹⁵. Les syndicats conservent ainsi un rôle important au niveau de la branche, ce qui apaise les craintes concernant un éventuel amoindrissement du rôle des syndicats¹¹⁹⁶. La commission paritaire nationale de branche est « l'élément clé du dispositif »¹¹⁹⁷ qui renforce « au moins en théorie, l'encadrement de la négociation par les syndicats représentatifs »¹¹⁹⁸. Si les branches ne prennent pas le soin d'encadrer l'objet des conventions de niveau plus restreint, les conventions d'entreprise signées avec des élus ou des salariés mandatés risquent d'être utilisées comme des « instruments privilégiés du démantèlement des conventions et accords de niveaux supérieurs »¹¹⁹⁹. Cela ne doit pas être redouté, si le niveau de la branche prend ses responsabilités et se pose comme l'élément de référence dans l'organisation du tissu conventionnel. Les syndicats ont le dernier mot, au niveau de la branche, car l'accord non approuvé par la commission paritaire nationale de branche est réputé non écrit et il ne peut pas s'analyser en un engagement unilatéral de l'employeur¹²⁰⁰.

348. La négociation avec les élus est subsidiaire. « Et quand on sait la place des unités de taille réduite dans le tissu économique français, les nouveaux agents pourraient bien

reconnus et protégés pour que la personnalité morale leur soit reconnue. Elle est, en tant que telle, partie à l'accord conclu. Le raisonnement vaut même si l'entreprise ne compte qu'un seul délégué. Il négocie au nom d'une communauté virtuelle partie, en tant que telle, à l'accord signé » (B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 20).

¹¹⁹³ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 608.

¹¹⁹⁴ Article L. 2232-22 du Nouveau Code du travail.

¹¹⁹⁵ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 3, l'auteur précise que cette exigence de l'extension a été ajoutée au cours des débats parlementaires.

¹¹⁹⁶ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 5.

¹¹⁹⁷ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 608.

¹¹⁹⁸ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 609.

¹¹⁹⁹ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 616.

¹²⁰⁰ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 25.

s'imposer, en réalité, comme les premiers des négociateurs d'entreprise »¹²⁰¹. La loi de 2004 confirme la montée en puissance du comité d'entreprise¹²⁰² qui, en tant qu'organe élu, semble incarner la défense et l'expression des intérêts collectifs des salariés¹²⁰³.

Certains considèrent que des acteurs autres que les délégués syndicaux ne bénéficient pas « d'une force de négociation suffisante face à l'employeur et qu'un certain équilibre des pouvoirs [n'est pas] préservé »¹²⁰⁴. Le fait que l'accord soit entériné par une commission paritaire de branche garantit, en revanche, que l'accord réponde aux exigences posées par la loi. Les organisations syndicales, au niveau de la branche, surveillent ainsi les accords conclus par des « non-délégués syndicaux ». Il est regrettable que la fonction accordée à la commission paritaire de branche, en ce qui concerne les accords conclus par les élus du personnel, ne l'ait pas été pour les accords conclus par les salariés mandatés. En effet, même si ces derniers reçoivent un mandat d'une organisation syndicale représentative, il n'est pas certain que le salarié mandaté soit suffisamment rompu à ce type d'exercice. Il faut donc souhaiter que les salariés de l'entreprise, qui doivent voter pour accepter l'accord, soient assez vigilants¹²⁰⁵. De toute façon, le niveau de la branche autorise en amont la négociation avec des acteurs autres que les délégués syndicaux. En conséquence, le niveau de la branche est véritablement un niveau de coordination. La négociation avec des élus ou des salariés mandatés apparaît comme une solution complémentaire de l'action syndicale, puisqu'elle est possible en l'absence de délégués syndicaux et s'effectue sous le contrôle de la branche¹²⁰⁶.

349. L'implication des élus dans la négociation participe d'une évolution des fonctions du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Certains auteurs pensent que « la loi du 4 mai 2004 concrétise l'aboutissement d'un processus de réaménagement des compétences entre la représentation élue et la représentation syndicale, processus initialement engagé dans le champ spécifique de négociation sur le temps de travail »¹²⁰⁷. Plus précisément, alors que les compétences des syndicats sont identiques, il s'agit plutôt d'un élargissement des compétences de la représentation élue, dans le sens d'un développement de la négociation

¹²⁰¹ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 613.

¹²⁰² Expression empruntée à R. VATINET, De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise, *Dr. social*, 2002, p. 286.

¹²⁰³ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 614.

¹²⁰⁴ Voir notamment : G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 614.

¹²⁰⁵ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre II, n° 411.

¹²⁰⁶ Certains évoquent une « étroite tutelle », cf. J.-M. OLIVIER, *Op. cit.*, spéc. p. 67.

¹²⁰⁷ S. JULLIOT, *Op. cit.*, spéc. p. 184.

collective d'entreprise¹²⁰⁸. « En France, la priorité syndicale est maintenue et elle est un principe fondamental dans l'organisation des compétences entre les représentants élus et les représentants syndicaux »¹²⁰⁹. De plus, la surveillance syndicale est présente au niveau de la branche lorsque d'autres acteurs que les délégués syndicaux négocient dans l'entreprise. Comme au niveau communautaire, la France conserve un système de représentation des salariés dans l'entreprise qui est composé d'une représentation syndicale et d'une représentation élue qui ont vocation à être complémentaires.

350. Conclusion du Chapitre II. L'accord collectif transnational pourrait, dans l'avenir, être consacré par le droit communautaire, ce qui lui octroierait une certaine autorité. La réforme éventuelle, à l'inverse du rapport ALES, devrait aborder la question de la nature juridique de l'accord. Dans l'immédiat, ce qui assure le rayonnement de l'accord conclu dans l'entreprise transnationale, c'est sa mise en œuvre par l'intervention des partenaires sociaux nationaux. En droit français, les possibilités de conclure un accord de groupe et un accord d'entreprise en l'absence de délégué syndical facilitent le développement d'accords d'entreprise, et ainsi la mise en œuvre d'accords transnationaux. L'accord de branche en droit français a un rôle important à jouer puisqu'il fixe les dérogations possibles de l'accord de groupe et autorise la conclusion d'accords d'entreprise avec des représentants élus ou mandatés. La question d'une éventuelle confrontation avec un accord transnational d'entreprise peut se poser. Les partenaires sociaux, à tous les niveaux, sont responsables de l'articulation et de la correcte application de l'accord transnational d'entreprise.

Dès lors que les entreprises sont implantées sur des territoires nationaux différents et ont leurs activités dans le cadre d'un marché économique mondial, notamment européen, il est nécessaire d'envisager des règles sociales en leur sein. « On assiste à la transformation progressive, circonscrite d'une culture sociale ancrée sur des dispositifs nationaux à une synergie d'action basée sur une représentation transnationale et une possibilité de négociation transnationale »¹²¹⁰. Cette transformation s'opère en dehors d'un cadre normatif précis, même si elle s'appuie sur les cadres de représentation prévus par le droit communautaire, et elle

¹²⁰⁸ Il faut signaler que, pour certains, le développement de la représentation des salariés et de la négociation collective passe par la création, dans les entreprises de moins de 250 salariés, d'un Conseil d'entreprise, exerçant les attributions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et des délégués syndicaux (cf. Rapport de M. de VIRVILLE, Pour un Code du travail plus efficace, remis le 15 janvier 2004, proposition n° 24).

¹²⁰⁹ S. LAULOM, « Les évolutions contrastées des systèmes nationaux de représentation des travailleurs », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la direction de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 279, spéc. p. 287.

¹²¹⁰ M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Op. cit., spéc. p. 349.

repose sur la volonté des acteurs : de l'employeur et des syndicats¹²¹¹. La négociation dans l'entreprise transnationale est opérée par les partenaires sociaux à un niveau communautaire et s'appuie sur chaque niveau national d'entreprise, en ce qui concerne sa mise en œuvre. Les syndicats doivent être les interlocuteurs privilégiés d'une négociation transnationale. On peut attendre de leur part qu'ils fassent évoluer les thèmes de négociation à ce niveau vers l'élaboration d'un véritable statut collectif négocié dans l'entreprise transnationale qui prendrait en compte les conditions de travail (durée du travail, rémunération).

¹²¹¹ La CES souhaite un renforcement du dialogue social dans les secteurs, et aussi un renforcement du dialogue social par le truchement de nouveaux thèmes, comme la responsabilité sociale des entreprises ou l'anticipation de la gestion du changement, par le truchement aussi du renforcement des consultations dans le cadre du comité d'entreprise européen et de la société européenne (M. BRAUD, Après le congrès de la CES, quelle stratégie et quelles actions syndicales européennes ?, *Chroniques internationales de l'IRES*, n° 86, janvier 2004, p. 43, spéc. p. 46).

Conclusion du Titre I

351. Des règles interprofessionnelles, sectorielles et d'entreprise sont élaborées par les partenaires sociaux, au niveau communautaire, en dehors de tout cadre juridique précis.

Les partenaires sociaux ont conclu quelques accords collectifs de niveau sectoriel et interprofessionnel, mais ils préfèrent visiblement utiliser des instruments de *soft law*, et ce à tous les niveaux. Ces « nouvelles technologies juridiques »¹²¹² se présentent sous la forme de positions communes et de codes de conduite, qui n'ont pas véritablement de force contraignante. L'élaboration de règles professionnelles de niveau communautaire nécessite l'intervention des partenaires sociaux nationaux pour leur mise en œuvre. C'est donc sur l'ensemble des partenaires sociaux que repose la responsabilité de l'application des règles professionnelles communautaires.

L'action imbriquée des partenaires sociaux communautaires et nationaux révèle la mise en place d'un espace européen de négociation, dans lequel l'articulation des règles professionnelles de tous les niveaux est assurée. Les initiatives des partenaires sociaux européens vont avoir des incidences en droit interne car les partenaires sociaux nationaux, membres des organisations européennes, sont tenus de respecter leurs engagements. Les relations professionnelles au niveau communautaire créent une dynamique dans les relations professionnelles françaises.

L'espace européen de négociation ne peut reposer que sur des acteurs légitimes. Or l'absence de réglementation communautaire, ainsi que les critiques du système français de représentativité, suggère le renforcement de la légitimité des partenaires sociaux.

¹²¹² M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « A droit ouvert », 2006, spéc. p. 349. L'auteur désigne par cette expression les normes d'entreprises transnationales, mais nous pensons qu'elle convient parfaitement pour désigner la profusion d'outils juridiques à tous les niveaux.

TITRE II

LA LEGITIMITE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS L'ESPACE EUROPÉEN DE NEGOCIATION

352. Les partenaires sociaux européens et nationaux élaborent des règles professionnelles applicables dans l'espace communautaire. N'importe quel type d'organisation ne peut prétendre représenter les salariés, donc défendre leurs intérêts. Seuls des syndicats ayant la qualité de syndicat représentatif (au niveau communautaire et au niveau national) peuvent tenir ce rôle. Les organisations patronales doivent également revêtir cette qualité pour engager des négociations. La teneur de la représentativité patronale, toutefois, est quelque peu différente.

La représentativité est un instrument majeur du dialogue social¹²¹³, car elle garantit sa légitimité. Elle est entendue comme « l'aptitude reconnue à un syndicat professionnel d'être le porte-parole des salariés dont il prétend défendre et promouvoir les intérêts (y compris ceux qui ne sont pas ses adhérents, et qu'il ne représente donc pas au sens « civiliste » de la représentation d'un sujet par un autre) »¹²¹⁴.

La représentativité des partenaires sociaux européens est évaluée de façon pragmatique : les organisations d'employeurs et des salariés doivent accepter de négocier les unes avec les autres. Il s'agit du mécanisme de reconnaissance mutuelle. Ce mécanisme a permis aux partenaires sociaux européens d'organiser librement leur représentation. Ces derniers sont constitués d'organisations nationales représentatives.

Le fait que les partenaires sociaux européens s'appuient sur la représentativité des partenaires sociaux nationaux impose que la légitimité des partenaires sociaux nationaux soit incontestée. Or, les règles de représentativité, en droit français, font l'objet de critiques car les organisations représentatives ne sont pas toujours considérées comme réellement légitimes. Une réforme doit être menée, d'autant que les partenaires sociaux nationaux sont responsables de la mise en œuvre des règles professionnelles édictées au niveau communautaire.

¹²¹³ L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument majeur du dialogue social*, Préf. B. TEYSSIÉ, PUAM, 2005.

¹²¹⁴ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 563.

L'insuffisance de la réglementation communautaire (Chapitre I) conduit indubitablement à exiger des partenaires sociaux nationaux une représentativité indiscutable, ce qui, en l'état actuel de notre législation, conduit à réformer les règles de représentativité en droit national. Cette réforme est nécessaire pour renforcer la légitimité des partenaires sociaux français (Chapitre II) et garantir, ainsi, une application légitime des règles professionnelles communautaires.

Chapitre I

L'insuffisance de règles communautaires de représentativité

353. La représentativité des partenaires sociaux européens n'est pas véritablement traitée par le droit communautaire, tout en étant exigée afin que les partenaires sociaux puissent conclure des actes. Certains partenaires sociaux apparaissent, tout de même, dans le paysage syndical communautaire, comme représentatifs.

La détermination de la représentativité des partenaires sociaux élaborant des règles professionnelles est une hypothèse différente de celle développée, dans la première partie, concernant la détermination de la représentativité des partenaires sociaux contribuant à la procédure législative¹²¹⁵. Le principe de la détermination des acteurs représentatifs est inversé : les partenaires sociaux sont libres de choisir et de déterminer avec qui ils entendent négocier. Ainsi, de façon pragmatique, se sont dégagées des organisations représentatives, même si, de façon incidente, la Commission a exercé une certaine influence (Section I). Aujourd'hui, les partenaires sociaux sont organisés, sur le plan communautaire, ce qui leur permet de développer leur activité à ce niveau et d'asseoir leur représentativité tant au niveau interprofessionnel que sectoriel (Section II).

Section I. La libre détermination de la représentativité des acteurs : la reconnaissance mutuelle

Les partenaires sociaux sont entièrement libres de choisir la partie avec qui ils désirent contracter (§ I). Cette entière liberté n'empêche pas la Commission d'opérer un contrôle informel, en raison des liens qu'elle entretient, par ailleurs, avec les partenaires sociaux (§ II).

§ I - Une liberté affirmée

354. Nulle réglementation communautaire ne vient régir la question de la représentativité des partenaires sociaux. L'absence, par ailleurs, de droit syndical communautaire (notamment concernant le fonctionnement du syndicat, son objet, sa constitution) conduit à une absence de

¹²¹⁵ Cf. *infra* n° 44 et suiv.

contrainte juridique particulière. La constitution d'organisations représentant les employeurs et les salariés est libre. Ces organisations ne peuvent acquérir de l'influence que si elles sont appréciées comme pouvant être les porte-parole d'employeurs ou de salariés. Elles ont acquis, les unes vis-à-vis des autres et à l'égard des institutions publiques, une certaine autorité et légitimité. Les parties sont libres de se choisir elles-mêmes, il s'agit de la reconnaissance mutuelle.

Il appartient aux partenaires sociaux « de se reconnaître eux-mêmes, mutuellement, suffisamment représentatifs ou non, pour s'engager, les uns avec les autres, dans la voie susceptible de conduire à la conclusion d'un accord, sous réserve d'un éventuel contrôle ultérieur »¹²¹⁶.

La représentativité des partenaires sociaux s'apprécie dans le champ d'application de l'accord, c'est-à-dire par rapport aux catégories d'intérêts que les signataires représentent et au champ matériel fixé dans l'accord¹²¹⁷. Ainsi, « respectueux de l'autonomie collective et du pluralisme syndical, ce procédé (de la reconnaissance mutuelle) laisse aux acteurs sociaux une entière discrétion dans le choix des parties admises à participer aux négociations »¹²¹⁸.

355. La reconnaissance mutuelle peut s'établir formellement par la signature d'une convention où chacune des parties s'engage à négocier avec l'autre, ce qui lui permet d'aboutir à la conclusion d'accords collectifs¹²¹⁹. Le régime juridique d'une telle convention de reconnaissance mutuelle est le suivant. « De cette convention naît, pour chacun, l'obligation de négocier (dès lors qu'une négociation est ouverte) avec ceux avec qui il l'a conclue. Cette obligation peut être souscrite en vue d'une négociation (ou d'une série de négociations) déterminée. Elle peut l'être aussi, explicitement ou par l'effet du silence gardé sur ce point, pour toute négociation à venir »¹²²⁰. La dénonciation de la convention de reconnaissance mutuelle par une organisation syndicale est peu probable car cela priverait cette dernière d'un accès à la négociation (même si cette organisation a conclu plusieurs conventions de reconnaissance mutuelle)¹²²¹.

¹²¹⁶ B. TEYSSIÉ, « La représentativité syndicale en droit communautaire », in *De tous horizons, Mélanges Xavier BLANC-JOUVAN*, Société de législation comparée, 2005, p. 369, spéc. n° 11.

¹²¹⁷ D. GADBIN, L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire, *RTD eur.*, 2000, p. 1, spéc. p. 41.

¹²¹⁸ C. VIGNEAU, Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire, *RTD eur.*, 2002, p. 653, spéc. n° 7.

¹²¹⁹ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 15.

¹²²⁰ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*.

¹²²¹ B. TEYSSIÉ, *Ibidem*.

356. La question du contrôle de la représentativité peut se poser. Le contrôle juridictionnel de la représentativité effectué par le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPICE), sur demande d'une organisation syndicale, n'est possible que dans la mesure où l'accord collectif est mis en œuvre par voie de directive¹²²². Ce contrôle ne peut être effectué si l'on est dans le cadre de simples relations professionnelles. Cela n'entre pas, en effet, dans les compétences des juridictions communautaires, car l'accord collectif conclu au niveau communautaire n'a de portée normative que lorsqu'il est mis en œuvre dans les États membres¹²²³.

La question du contrôle de la représentativité des parties à l'accord collectif communautaire (dans l'élaboration d'autres instruments) demeure entière. Seules les parties à un accord peuvent vérifier respectivement leur représentativité.

Cela explique que la pratique communautaire des relations professionnelles retienne, comme parties, les organisations professionnelles représentatives identifiées par la Commission. Malgré le principe de reconnaissance mutuelle, les partenaires sociaux ont trouvé en la Commission un garant de leur légitimité.

357. La Commission entend respecter la liberté contractuelle des partenaires sociaux, « il n'est pas question pour elle d'imposer des participants dans la négociation »¹²²⁴. Cette attitude est confortée par le TPICE qui rappelle que la phase de négociation d'un accord (quel que soit le contexte : procédure législative ou relations professionnelles) relève de la seule initiative des partenaires sociaux.

358. La méthode qui a gouverné la mise en place des règles de représentativité est empreinte de pragmatisme. Cette méthode, qui a permis à un certain nombre d'organisations d'émerger, est en lien direct avec l'évolution de la participation des partenaires sociaux à la procédure législative. Au bout du compte, les organisations représentatives sont les mêmes, peu importe la situation envisagée (production législative ou élaboration de normes professionnelles). La similitude des situations n'a pas pour conséquence une similitude du régime juridique. La représentativité exigée, lors de la procédure législative, est la représentativité cumulée suffisante, alors que celle exigée en matière de relations

¹²²² Points 62 à 72.

¹²²³ M.-A. MOREAU, Sur la représentativité des partenaires sociaux européens, *Dr. social*, 1999, p. 53, spéc. p.55.

¹²²⁴ D. GADBIN, *Op. cit.*, spéc. p. 40.

professionnelles, est, par principe, la représentativité issue du seul procédé de reconnaissance mutuelle.

La Commission a joué un rôle dans la structuration des organisations représentatives en matière de relations professionnelles. Cependant, ce rôle a été indirect dans la mesure où la Commission a choisi les organisations représentatives dans le cadre de la procédure législative.

« La représentativité, ainsi conçue au niveau communautaire, obéit à une double logique : une logique de superposition des concepts nationaux et une logique d'efficacité, fondée sur l'exigence d'« effet utile », propre au droit communautaire dans le but de permettre immédiatement le jeu du dialogue social interprofessionnel et sectoriel »¹²²⁵.

La Commission n'a pas eu l'intention de réglementer précisément cet aspect du droit syndical communautaire, souhaitant préserver l'autonomie des partenaires sociaux et refusant toute idée d'harmonisation des règles nationales de représentativité¹²²⁶. Fausse précaution que celle voulue par la Commission, puisqu'il ne s'agissait pas d'harmoniser (et encore moins, d'uniformiser) les règles de représentativité dans les États membres, mais de prévoir des règles propres au niveau communautaire de négociation.

La Commission ne semble pas évoluer sur la nécessité d'une réglementation communautaire particulière en la matière, puisqu'il n'est pas envisagé de réforme à ce sujet : la représentativité (comme le droit collectif du travail) est absente du Livre Vert intitulé « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^{ème} siècle », comme de l'Agenda 2005-2010 de la Commission.

359. L'UNICE, le CEEP, et la CES se reconnaissent mutuellement représentatifs, ce qui leur permet « de s'assurer un monopole dont la légitimité, à défaut de la légalité, n'est pas toujours avérée »¹²²⁷. Ces organisations ont, au début, de l'existence du dialogue social « confisqué à leur profit la négociation des accords collectifs à caractère intersectoriel »¹²²⁸.

¹²²⁵ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, sous la dir. B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 59, spéc. p. 68. L'auteur remarque, aussi, que cette démarche, suivie par la Commission pour établir les critères de la représentativité, est la même que celle adoptée pour déterminer la citoyenneté européenne : « cette logique de superposition a pour intérêt de laisser chaque État membre libre d'arrêter les conditions d'accès au droit (nationalité, droit de négocier) tout en créant un mécanisme européen, conférant des prérogatives spécifiques et autonomes ».

¹²²⁶ M.-A. MOREAU, Sur la représentativité des partenaires sociaux européens, *Op. cit.*, spéc. p. 56.

¹²²⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, spéc. n° 716.

¹²²⁸ B. TEYSSIÉ, « La représentativité syndicale en droit communautaire », *Op. cit.*, spéc. n° 13.

La Commission n'est pas restée inactive. Elle agit de façon informelle pour maintenir un pluralisme syndical représentant objectivement toutes les tendances.

§ II - Une liberté surveillée

360. La pratique impose des organisations professionnelles représentatives, ce qui peut avoir pour conséquence d'écartier certaines organisations, dont on pourrait penser qu'elles sont légitimes à participer au dialogue social.

La Commission suit de près l'évolution du dialogue social, même si les relations professionnelles se déroulent sans intervention des institutions communautaires. Dans cette dernière hypothèse, la Commission ne dispose pas de moyens de droit pour contraindre les partenaires sociaux. Son influence est plutôt informelle.

La Commission opère un contrôle *a posteriori* en se fondant sur une méthode pragmatique d'observation. Cette méthode est évolutive car les critères qu'elle a fixés ne sont pas figés¹²²⁹. La Commission contrôle le respect du pluralisme syndical. Elle encourage la diversité des partenaires sociaux, prenant ainsi en compte la pluralité existante. Elle met en œuvre les préceptes de l'article 138 du traité CE qui dispose que la Commission « *prend toute mesure utile pour faciliter [le dialogue des partenaires sociaux] en veillant à un soutien équilibré des parties* ». La Commission a rappelé successivement, dans une communication de 1996, puis de 1998, que, bien qu'elle ne s'imisce pas dans le libre choix des parties, elle recommande aux partenaires sociaux de « poursuivre leurs efforts afin de rendre les accords encore plus acceptables en assurant une représentation optimale »¹²³⁰. Ainsi, la Commission souhaite que le plus grand nombre d'organisations syndicales et patronales participent aux négociations, et que la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle ne conduise pas à exclure certains partenaires sociaux.

C'est la représentation patronale, dans un premier temps, qui a été accusée d'être trop restrictive. Seules l'UNICE et la CEEP exprimaient les intérêts patronaux. Pourtant, ce n'étaient pas les seules organisations patronales existantes, elles ne pouvaient pas prétendre défendre l'ensemble des intérêts patronaux. L'UEAPME estimait que l'intérêt des petites et

¹²²⁹ M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », *Op. cit.*, spéc. p. 68.

¹²³⁰ COM (1998), 322 final, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, spéc. p. 13 (point 5).

http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/social/com322_fr.pdf

moyennes entreprises n'était pas pris en compte par les deux autres organisations professionnelles patronales. Sous l'impulsion de la Commission, le 4 décembre 1998, un accord entre l'UNICE et l'UEAPME a été conclu¹²³¹. L'UNICE s'engage, dorénavant, à consulter systématiquement l'UEAPME avant d'exprimer des positions au nom des employeurs, afin de défendre au mieux les intérêts des entreprises¹²³².

Dans un second temps, la représentation des salariés cadres a également été renforcée. L'organisation Eurocadres, affiliée à la CES, a conclu un accord de coopération avec la Confédération Européenne des Cadres (CEC), permettant à cette dernière d'accéder à la négociation communautaire interprofessionnelle¹²³³.

361. La détermination des partenaires sociaux représentatifs, au niveau communautaire, doit-elle (ou peut-elle) changer ?

Une réflexion sur la question de la représentativité s'impose¹²³⁴, à propos de l'éventualité d'une réglementation. En raison de la spécificité du niveau communautaire et des règles actuelles, l'établissement d'un contrôle juridictionnel de la représentativité est impossible. Il a été proposé la création d'un organisme indépendant, tant des pouvoirs publics que des influences et tractations professionnelles, doté « de pouvoirs suffisants pour élaborer seul et souverainement les critères de représentativité, leurs conditions d'appréciation et les sanctions éventuellement applicables en cas de non respect »¹²³⁵. Cette solution suppose, au préalable, de déterminer la composition et les modalités de fonctionnement d'un tel organisme. La proposition a pour but de supprimer le contrôle opéré par la Commission¹²³⁶. Pourtant, l'autorité d'un tel organisme serait sûrement assise sur une décision de la Commission. On ne s'éloignerait pas vraiment de la situation actuelle concernant la liste des organisations professionnelles représentatives, tout en bénéficiant d'un contrôle *a posteriori*. L'idée de mettre en place un organisme à composition tripartite, pour fixer les critères de représentativité et en assurer le contrôle, serait plus réaliste¹²³⁷.

¹²³¹ B. TEYSSIE, « La représentativité syndicale en droit communautaire », *Op. cit.*, spéc. n° 14.

¹²³² B. TEYSSIE, *Ibidem*.

¹²³³ B. TEYSSIE, *Ibidem*.

¹²³⁴ N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, préf. B. TEYSSIE, PUAM, 2005, spéc. n° 398.

¹²³⁵ A. DOUMENGE, *Recherche sur la représentativité des partenaires sociaux dans le cadre de l'UE*, Thèse Paris 1996, spéc. p. 37.

¹²³⁶ A. DOUMENGE, *Op. cit.*, spéc. p. 36.

¹²³⁷ Cet organisme serait composé de représentants patronaux, syndicaux et des pouvoirs publics tant nationaux que communautaires, cf. A. DOUMENGE, *Op. cit.*, spéc. p. 37.

362. L'encadrement de la désignation des organisations communautaires représentatives n'est pas le seul moyen de garantir une représentativité conforme à la légitimité des organisations. Il peut aussi être question d'élargir le contenu même de la définition de la représentativité. Il a été suggéré d'ouvrir la négociation à des représentants d'entreprise, dès lors qu'ils possèdent un mandat de négociation au plan européen et qu'ils prouvent leur représentativité ; ou encore « de permettre à toute organisation considérée comme représentative au niveau national, selon les procédures propres à chaque État membre, de siéger à la table des négociations, si elle démontre son intérêt à représenter ses adhérents au plan européen, selon le principe de concordance »¹²³⁸. Ces deux pistes n'ont pas été exploitées à l'heure actuelle. Pourtant, le développement d'une négociation d'entreprise transnationale devrait conduire à une réflexion sur la représentation syndicale dans l'entreprise. Quant à la présence des organisations nationales représentatives dans des négociations européennes, elle ne semble pas utile en pratique, dans la mesure où les partenaires sociaux communautaires sont constitués d'organisations nationales représentatives.

La question d'une réforme concernant la représentativité n'est pas d'actualité. Le paysage syndical communautaire, malgré l'insuffisance de la réglementation, semble bien établi, les partenaires sociaux ayant mis en place des organisations professionnelles, capables d'animer le dialogue social.

Section II. La libre organisation des partenaires sociaux représentatifs

L'organisation des différentes fédérations européennes repose sur l'affiliation des partenaires sociaux nationaux. Les partenaires sociaux se structurent au niveau communautaire en s'appuyant sur les niveaux nationaux, ce qui peut faciliter la mise en œuvre d'accords conclus au niveau communautaire. La création d'organisations syndicales européennes résulte de la propre initiative des partenaires sociaux. Ils ont d'abord constitué des organisations de niveau interprofessionnel (§ I), puis ils se sont développés au niveau sectoriel (§ II) en s'appuyant notamment sur la création des comités de dialogue sectoriel¹²³⁹.

¹²³⁸ M.-A. MOREAU, Sur la représentativité des partenaires sociaux européens, *Op. cit.*, spéc. p. 55.

¹²³⁹ Cf. Partie II, Titre I, n° 271.

§ I - L'organisation du niveau interprofessionnel

Pour plus de clarté, il convient de distinguer les syndicats de salariés (A), du patronat (B).

A. Les syndicats de salariés

363. Concernant la défense des travailleurs européens, le paysage syndical est assez unifié au niveau interprofessionnel au sein de la CES, sorte d' « unité syndicale supranationale »¹²⁴⁰.

La Confédération Européenne des syndicats a été créée en 1973, à l'initiative d'organisations syndicales nationales appartenant au syndicalisme mondial. Des membres de la Confédération Internationale des Syndicats Libres (CISL) issus du DGB allemand et du TUC britannique en particulier ont œuvré à sa création¹²⁴¹. En 1972, s'est joint à la CES l'Organisation européenne de la Confédération internationale des syndicats chrétiens (OE-CISC)¹²⁴². Dès le départ, la CES a eu pour ambition de faire émerger une organisation syndicale capable de jouer un rôle dans la construction de l'Europe¹²⁴³. La CES a été conçue comme un syndicat ouvert à l'adhésion du plus grand nombre de syndicats, de diverses tendances, dans un espace européen (plus vaste que l'espace communautaire), les statuts exigeant, tout de même, que les candidats à l'adhésion soient démocratiques¹²⁴⁴. « Cet esprit d'ouverture et de neutralité idéologique a porté ses fruits », d'autres mouvements du syndicalisme mondial se sont agrégés à la CES (par exemple, la Confédération Mondiale du Travail)¹²⁴⁵.

La CES affiche ses ambitions dans ses statuts : elle « se veut l'organisation unitaire et pluraliste, représentative de l'ensemble du monde du travail, sur le plan européen »¹²⁴⁶. L'intégration des organisations syndicales d'Europe centrale et orientale et celle des organisations syndicales d'Europe du sud, naguère plus ou moins proches des partis communistes (CGTP portugaise, CGT française, en 1999), participe de cette volonté de la

¹²⁴⁰ M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Les relations sociales en Europe*, Liaisons sociales, 2005, spéc. p. 341. Les auteurs considèrent cette unité syndicale supranationale comme émergente.

¹²⁴¹ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2002, spéc. n° 68.

¹²⁴² M. BRAUD, Représentation et représentativité syndicales au niveau européen. Quelques éléments, *chr. intern. IRES*, n° 66, septembre 2000, p. 105, spéc. p. 107.

¹²⁴³ M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Op. cit.*, spéc. p. 342.

¹²⁴⁴ P. RODIÈRE, *Op. cit.*, spéc. n° 68.

¹²⁴⁵ P. RODIÈRE, *Ibidem*.

¹²⁴⁶ Statuts de la CES, préambule, p. 7 : <http://www.etuc.org>.

CES¹²⁴⁷. Cette dernière développe, aussi, des partenariats avec certaines organisations non Gouvernementales et associations, en participant à la plate-forme des organisations non Gouvernementales européennes du secteur social et le forum permanent de la société civile¹²⁴⁸.

La CES est composée à la fois de confédérations nationales et de fédérations européennes¹²⁴⁹.

Trente-deux pays¹²⁵⁰ ont une ou plusieurs confédérations syndicales nationales qui sont membres de la CES. Voici quelques exemples de confédérations syndicales nationales appartenant à la CES : DGB pour l'Allemagne ; CSC, FGTB, CGSLB pour la Belgique ; CC.OO, ELA, UGT, pour l'Espagne ; CGIL, CISL, UIL, pour l'Italie ; Solidarnosc, pour la Pologne ; TUC, pour le Royaume-Uni ; CFDT, CFTC, CGT-FO, CGT, UNSA pour la France. Certains pays ont des confédérations syndicales nationales qui sont observatrices au sein de la CES (c'est-à-dire qui n'ont pas de droit de vote) : SSSH (Croatie), LDS (Lithuanie), CCM (Macédoine), NEZAVISNOST (Serbie).

La CES est également composée d'organisations européennes sectorielles. Onze fédérations syndicales appartiennent ainsi à la CES : le Comité Syndical Européen de l'Éducation (CSEE), l'Alliance européenne des Médias et du Spectacle (EEA), la Fédération européenne des Travailleurs Agro-alimentaire et Tourisme (EFFAT), la Fédération Européenne Mine-Chimie-Énergie (EMCEF), la Fédération Européenne des Syndicats des Services Publics (EPSU), la Fédération Européenne des Transports (ETF), la Fédération Européenne des Journalistes (FEJ), la Fédération Européenne des Métallurgistes (FEM), la Fédération Européenne des Travailleurs du Bâtiment-Bois (FETBB), la Fédération Européenne du Textile Habillement et Cuir (FSE-TCH) et la Fédération des Services et de la Communication (UNI-EUROPA)¹²⁵¹.

¹²⁴⁷ M. BRAUD, *Op. cit.*, spéc. p. 110.

¹²⁴⁸ M. BRAUD, *Op. cit.*, spéc. p. 110.

¹²⁴⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 689 et 690.

¹²⁵⁰ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Royaume-Uni, Roumanie, Saint-Marin, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie. La liste des pays et des confédérations syndicales nationales figure dans les statuts de la CES (p. 23) : <http://www.etuc.org>.

¹²⁵¹ Statuts de la CES (p. 23) : <http://www.etuc.org>.

Depuis 1995, les décisions de la CES sont prises à la majorité qualifiée, « ce qui facilite considérablement l'avancée contractuelle »¹²⁵². La composition du syndicat européen assure un certain pluralisme qui n'est plus un obstacle à son fonctionnement.

364. Une autre organisation européenne de travailleurs entend s'imposer au niveau interprofessionnel : il s'agit de la Confédération Européenne des Syndicats Indépendants (CESI). Cette organisation a été créée en 1990, selon les règles du droit belge¹²⁵³. La CESI réunit des syndicats issus du secteur public ou semi-public comme, par exemple, la Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche pour la France. Cette organisation a l'ambition de devenir un deuxième interlocuteur syndical intersectoriel¹²⁵⁴. Pour l'instant cette ambition ne semble pas se réaliser.

365. Il existe des organisations syndicales catégorielles, au niveau interprofessionnel. La Confédération Européenne des Cadres (CEC) a été créée en 1989 et rassemble des organisations nationales interprofessionnelles de cadres, dont la CFE-CGC française, ainsi que des fédérations professionnelles à caractère européen ou international¹²⁵⁵. Elle souhaiterait s'imposer auprès de la CES dans les négociations, ce qui n'est pas facile en tant que syndicat catégoriel, d'autant qu'il existe une autre organisation sectorielle européenne de cadre : Eurocadres qui est une émanation de la CES¹²⁵⁶.

Eurocadres est reconnu par la Commission comme pouvant participer au processus législatif. « L'action militante d'Eurocadres élargit les domaines traditionnels d'intervention du syndicalisme »¹²⁵⁷ : les conditions de mobilité, la reconnaissance des diplômes et des qualifications, ainsi que le modèle européen de management¹²⁵⁸.

366. Finalement, la CES coordonne la quasi-totalité de l'action syndicale au niveau interprofessionnel. Néanmoins, ne serait-il pas pertinent de concevoir un « système européen de relations industrielles », intégré formellement au traité CE¹²⁵⁹ ? « La stratégie de la CES, cette quête jamais assouvie de représentativité toujours plus large, a-t-elle un caractère un peu

¹²⁵² M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Op. cit.*, spéc. p. 344.

¹²⁵³ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail, Op. cit.*, spéc. n° 695.

¹²⁵⁴ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 696.

¹²⁵⁵ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 697.

¹²⁵⁶ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 698.

¹²⁵⁷ M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Op. cit.*, spéc. p. 348.

¹²⁵⁸ M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Ibidem*.

¹²⁵⁹ M. BRAUD, *Op. cit.*, spéc. p. 111.

pathétique tant qu'elle ne parvient pas à imposer le caractère incontestable et légal du fait syndical européen ? »¹²⁶⁰. Le risque, pour la CES, de rassembler toutes les composantes du salariat européen, est de voir son action diluée¹²⁶¹. Pourtant, il semble difficile à un niveau tellement étendu de ne pas avoir une composition intégrant les différents courants syndicaux de chaque État, et les différentes professions de l'Europe. Aujourd'hui, la CES demeure un interlocuteur incontournable, au niveau interprofessionnel, des organisations patronales.

B. Les organisations patronales

367. Les organisations intersectorielles d'employeurs sont l'UNICE (Union des Industries de la Communauté Européenne) devenue Business Europ, le CEEP (Centre Européen des Entreprises Publiques) et l'UEAPME (l'Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises). Elles regroupent les différentes organisations patronales nationales¹²⁶².

L'UNICE a été créée en 1958 et regroupe aujourd'hui près de quarante organisations patronales¹²⁶³. L'UNICE a longtemps fonctionné comme une instance de *lobbying*, prenant toutes ses décisions à l'unanimité¹²⁶⁴. Ses modalités de fonctionnement ayant souvent conduit au blocage, l'UNICE, en 1999, a adopté un processus de décision à la majorité renforcée¹²⁶⁵. Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) appartient à Business Europe.

L'UEAPME a été fondée en 1979. Cette organisation, qui se veut interprofessionnelle, ne représente pas, en toutes circonstances, l'ensemble des entreprises européennes, elle doit démontrer sa représentativité lorsque cela est nécessaire¹²⁶⁶. Plusieurs organisations professionnelles françaises appartiennent à l'UEAPME : l'Assemblée Permanente des Chambres de Métiers (APCM), l'Union Professionnelle de l'Artisanat (UPA), ainsi que la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (CGPME).

¹²⁶⁰ M. BRAUD, *Op. cit.*, spéc. p. 112.

¹²⁶¹ M. BRAUD, *Op. cit.*, spéc. p. 112.

¹²⁶² Ce qui apparaît sur leur site :

<http://www.businesseurope.eu>; <http://www.ceep-france.org>; <http://www.ueapme.com>.

¹²⁶³ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 703.

¹²⁶⁴ M.-A. MOREAU, Sur la représentativité des partenaires sociaux européens, *Op. cit.*, spéc. p.57.

¹²⁶⁵ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 704.

¹²⁶⁶ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 707.

Le CEEP, créé en 1961, a vocation à représenter les entreprises du secteur public ou à participation publique des pays membres de la Communauté européenne¹²⁶⁷. Il existait des tensions entre le CEEP et l'UNICE qui se sont apaisées au regard du caractère propre du CEEP qui représente les entreprises du secteur public ainsi que les entreprises à participation publique ou d'intérêt général¹²⁶⁸. Le CEEP est composé de très nombreux organismes. En France, il y a beaucoup d'adhérents, dont voici quelques exemples : la Caisse des dépôts et consignation, Air France, EDF, la Fédération Hospitalière de France, la Fédération Nationale des Offices HLM.

Le patronat européen s'exprime aussi au sein de groupes de travail et de réflexion, qui exercent une certaine influence auprès des institutions, comme par exemple la Table ronde des industriels ou *European Roundtable of Industrialists*¹²⁶⁹. La Table ronde des industriels pratique le *lobbying*¹²⁷⁰.

L'ensemble du patronat européen, même s'il se trouve en concurrence sur le terrain commercial, réussit à défendre des intérêts communs auprès des institutions et à se faire entendre¹²⁷¹. Il s'agit d'un interlocuteur plutôt bien organisé au niveau interprofessionnel.

Les partenaires sociaux interprofessionnels au niveau communautaire s'appuient sur les partenaires sociaux représentatifs au niveau interne, comme sur les fédérations sectorielles communautaires. Ces dernières se composent, aussi, d'organisations nationales représentatives.

§ II - L'organisation des secteurs

Les partenaires sociaux européens font preuve de dynamisme au niveau sectoriel. La Communauté, en instituant par voie de directive les comités de dialogue sectoriel, a favorisé ce dynamisme. Les partenaires sociaux ont ensuite constitué, eux-mêmes, ces comités avec des organisations nationales qu'ils jugeaient comme représentatives (principe de

¹²⁶⁷ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 706.

¹²⁶⁸ J.-M. PERNOT, Patrons et patronat, dimensions européennes, *chr. inter. IRES*, n° 72, septembre 2001, p. 1, spéc. p. 3.

¹²⁶⁹ Née en 1983, par transformation de l'ancien Groupe de présidents fondé en 1963 par M. Agnelli, président de Fiat.

¹²⁷⁰ J.-M. PERNOT, *Op. cit.*, spéc. p. 7.

¹²⁷¹ J.-M. PERNOT, *Op. cit.*, spéc. p. 11.

reconnaissance mutuelle). Ainsi, des organisations de salariés (A) et d'employeurs (B) apparaissent représentatives dans leurs secteurs respectifs.

A. Les organisations syndicales

368. Le dialogue social européen sectoriel s'est développé surtout lorsque la Commission a institué les comités de dialogue sectoriel, par une décision du 20 mai 1998¹²⁷².

En ce qui concerne la représentativité de ces comités, la Commission, au moment de la demande de création d'un comité présentée par une organisation syndicale européenne, envoie aux organisations concernées un questionnaire. Celui-ci permet d'évaluer le respect des critères de création tels que la capacité de négocier des accords et la représentativité qui conditionnent la pertinence du dialogue social. L'exigence de représentativité varie selon la nature des actions. Elle est, par exemple, plus contraignante en cas d'accord négocié que pour une consultation simple.

Le niveau sectoriel connaît, lui aussi, une multitude d'organisations professionnelles qui se composent d'organisations nationales représentatives dans leur secteur. Les organisations syndicales sectorielles communautaires sont réparties dans les différents comités de dialogue social sectoriel¹²⁷³.

369. Dans le champ communautaire, la plupart des organisations se limitent à un secteur, et elles appartiennent à la CES (comme cela a été énuméré ci-dessus). Il existe, par ailleurs, d'autres organisations sectorielles qui ne sont pas adhérentes à la CES. On peut citer par exemple : la Fédération Internationale des Acteurs¹²⁷⁴ (FIA) et la Fédération Internationale des Musiciens¹²⁷⁵ (FIM)¹²⁷⁶. Sur trente comités de dialogue social sectoriel, peu se composent d'organisations de travailleurs sectorielles indépendantes de la CES.

¹²⁷² JO L 225 du 12. 08 1998.

¹²⁷³ L'analyse qui suit se fonde sur l'annexe 4 COM (2004), 557 final, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/aug/com_final_fr.pdf

¹²⁷⁴ www.fia-actors.com; le Syndicat français des artistes interprètes en est membre.

¹²⁷⁵ <http://www.fim-musicians.com> ; les statuts prévoient que l'organisation doit être composée de syndicats nationaux représentatifs (les membres ne sont pas accessibles sur Internet).

¹²⁷⁶ Annexe 5, COM (2004), 557 final, *Op. cit.*

Un très grand nombre des comités de dialogue social sectoriel est composé d'organisations appartenant à la CES¹²⁷⁷ qui, bien qu'ayant une certaine autonomie, restent en contact avec la CES pour assurer la cohérence de l'action syndicale au niveau communautaire¹²⁷⁸.

UNI-EUROPA constitue l'unique organisation de travailleurs qui est présente dans les comités de dialogue social sectoriel suivants : assurances, banques, commerce, nettoyage industriel, postes, sécurité privée, service aux personnes, télécommunications, travail intérimaire.

Il en est de même pour ETF, qui est exclusivement présente dans les secteurs suivants : chemins de fer, navigation intérieure, pêche, transports maritimes et transports routiers. Au sein du comité de dialogue sectoriel de l'aviation civile¹²⁷⁹, elle cohabite avec ECA.

La Fédération Européenne de la Métallurgie (FEM) représente exclusivement les travailleurs dans le comité sectoriel des chantiers navals.

L'EFFAT (membre de la CES) anime seule les comités sectoriels de l'agriculture, de l'hôtellerie-restauration, du sucre.

Les comités des secteurs de l'audiovisuel, de l'aviation civile et de l'électricité sont composés chacun de plusieurs organisations sectorielles dont une (ou quelques unes pour l'audiovisuel) est indépendante de la CES.

370. La CES est un syndicat où converge un grand nombre d'intérêts. Il y a une cohérence dans l'organisation des syndicats au niveau communautaire. D'autant que certaines fédérations comme la Fédération Européenne de la Métallurgie (FEM), la Fédération de la Chimie-énergie (EMCEF) celle du bâtiment (FETBB), du textile habillement (CSETHC) « présentent l'avantage d'une grande homogénéité de préoccupations et d'objectifs »¹²⁸⁰. Ainsi, elles ont une représentativité forte face à leur interlocuteur patronal et peuvent garantir, dans le futur, des « structures appropriées de négociations professionnelles »¹²⁸¹.

D'autres initiatives, au niveau sectoriel, peuvent être menées par des organisations nationales qui souhaitent coordonner leur action en Europe. C'est ainsi que le DGB allemand et ses principales fédérations de branche, ainsi que les confédérations belges, néerlandaises et

¹²⁷⁷ D'ailleurs, les sites Internet de ces organisations sectorielles sont accessibles par le site de la CES : <http://www.etuc.org/a/184>.

¹²⁷⁸ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Op. cit., spéc. n° 700.

¹²⁷⁹ L'Union syndicale de l'aviation civile CGT appartient à l'ETF.

¹²⁸⁰ M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Op. cit.*, spéc. p. 346.

¹²⁸¹ M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Ibidem*.

luxembourgeoises ont abouti à la déclaration de Doorn. Ces syndicats s'engagent à promouvoir la coordination de leurs politiques négociatrices, pour prévenir les effets de *dumping* dans le cadre de la monnaie unique¹²⁸².

Il est impossible désormais d'écarter les comités de dialogue sectoriel de négociations, dans la mesure où ils ont acquis une représentativité aux yeux des institutions comme du patronat. Ils ne sont cependant pas les seuls à pouvoir négocier, d'autres peuvent y prétendre, comme des organisations nationales.

La négociation ne peut s'établir qu'à la condition d'avoir un interlocuteur patronal.

B. Les organisations patronales

371. Le niveau sectoriel patronal comporte de nombreuses organisations qui sont propres à un secteur déterminé¹²⁸³. « Les fédérations européennes de branche (FEBI, Fédérations d'Entreprises et d'Industries) sont une dimension fondamentale de la représentation européenne du patronat »¹²⁸⁴. Il peut être mentionné : le Comité des Organisations Professionnelles Agricoles (COPA), EURO-COMMERCE (qui représente environ 80% du secteur du commerce de gros au sein de la Communauté), la Fédération Européenne des Industries de Nettoyage (EFICI), la Confédération Européenne des Industries du Bois (CEI-bois), la Fédération Bancaire de la Communauté Européenne (FBCE) et Western European Metal Traders Employers' Association (WEM) pour la métallurgie...¹²⁸⁵

Il existe d'autres groupements patronaux européens rassemblant des organes officiels comme EUROCHAMBRES qui compte trente-quatre organisations nationales adhérentes et mille trois-cent Chambres de Commerce et d'Industrie. Ce groupement fonctionne en réseau, cherchant à diffuser son savoir-faire en matière de développement industriel et de formation¹²⁸⁶.

Certaines de ces organisations peuvent être membres de l'UNICE, comme EURO-COMMERCE¹²⁸⁷. « Contrairement à la CES, les structures de branche ont une existence

¹²⁸² M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Ibidem*.

¹²⁸³ Il suffit d'observer la liste des organisations patronales présentes dans les Comités de dialogue sectoriel cf. l'annexe 4 COM (2004), 557 final, *Op. cit.*

¹²⁸⁴ J.-M. PERNOT, *Op. cit.*, spéc. p. 4.

¹²⁸⁵ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 709.

¹²⁸⁶ J.-M. PERNOT, *Op. cit.*, spéc. p. 5.

¹²⁸⁷ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, spéc. n° 709, note 32.

largement autonome par rapport à l'UNICE, d'autant que les plus importantes sont le plus souvent antérieures à la naissance de l'organisation (...) »¹²⁸⁸.

372. Les syndicats patronaux et de salariés sont organisés, au niveau communautaire, de façon cohérente pour mener leur action. La règle de reconnaissance mutuelle a permis aux partenaires sociaux de constituer librement des organisations légitimes à participer au dialogue social communautaire. La mise en place de relations professionnelles cohérentes au niveau interprofessionnel et sectoriel est en marche, laissant entrevoir une forte coordination des organisations de salariés. La plupart des organisations présentes dans les comités de dialogue social sectoriel sont, en effet, adhérentes à la CES. Les organisations professionnelles européennes sont composées d'organisations nationales. Les organisations européennes sont, en partie, un agrégat d'organisations nationales. Elles peuvent se montrer capables de dépasser la somme des intérêts de chacune des organisations nationales pour exprimer un intérêt européen.

373. Conclusion du Chapitre I. La représentativité des partenaires sociaux européens est déterminée en principe par le mécanisme de reconnaissance mutuelle, tout en étant influencée par la Commission. La représentativité, telle qu'elle est conçue au niveau communautaire, ne changera pas dans l'immédiat ; elle restera fondée sur les organisations représentatives nationales intégrées aux structures interprofessionnelles supranationales. Tant que les conventions collectives communautaires n'auront pas de régime juridique spécifique et qu'elles nécessiteront d'être mises en œuvre par des conventions collectives nationales, la question de la représentativité des partenaires sociaux européens ne pourra pas évoluer.

En ce sens, la légitimité des partenaires sociaux nationaux doit être incontestable. En France, les critiques concernant la légitimité des syndicats conduisent à s'interroger sur la réforme de la représentativité à mener.

¹²⁸⁸ J.-M. PERNOT, *Op. cit.*, spéc. p. 4.

Chapitre II

La nécessaire réforme de la représentativité des partenaires sociaux nationaux

374. Le rôle des partenaires sociaux nationaux dans l'élaboration des règles communautaires et leur appartenance aux organisations européennes supposent une légitimité indiscutable. Or la représentativité des syndicats français est très contestée, à l'inverse de celle des organisations patronales. Les critiques sont très nombreuses, ce qui conduit à envisager une réforme de la représentativité syndicale.

375. Les règles relatives à la représentativité sont anciennes et n'ont pas fait l'objet de changements importants, alors même que le droit collectif du travail a connu des évolutions. C'est ce que révèle un bref historique de la représentativité syndicale. Il « puise ses racines dans le droit international »¹²⁸⁹. Sa première apparition est relevée¹²⁹⁰ dans le Traité de Versailles relatif à l'Organisation Internationale du Travail (1919). L'article 389 du Traité de Versailles prévoyait que parmi les délégués à la conférence générale, organe souverain de l'organisation, seraient désignés des délégués non Gouvernementaux, par chaque État membre en « accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent »¹²⁹¹.

Le concept de représentativité n'est pas défini par le législateur français, « ce qui va de pair avec son caractère fonctionnel »¹²⁹². « L'émergence en jurisprudence de la notion d'intérêt collectif de la profession et sa consécration par la loi de 1920, ont forgé une théorie unitaire de la représentativité syndicale en droit français, ainsi qu'une unité fonctionnelle du concept dans le cadre de la législation »¹²⁹³. Le droit français a évoqué la représentativité, en tant que telle, pour la première fois dans un décret du 16 janvier 1925, portant constitution du conseil

¹²⁸⁹ S. YANNAKOUROU, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, Bibli. de droit privé tome 247, Préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1995, spéc. p. 101.

¹²⁹⁰ A. ARSÈGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Toulouse, 1976, spéc. p. I.

¹²⁹¹ A. ARSÈGUEL, *Ibidem*.

¹²⁹² S. YANNAKOUROU, *Op. cit.*, spéc. p. 101.

¹²⁹³ S. YANNAKOUROU, *Op. cit.*, spéc. p. 102.

national économique et précisant que ses membres « seraient désignés dans chaque catégorie par la ou les organisations les plus représentatives des grands intérêts professionnels »¹²⁹⁴. D'autres textes postérieurs ont utilisé cette dénomination pour envisager la composition de divers conseils : la loi du 9 avril 1932 relative à la composition des commissions locales chargées d'organiser les cours professionnels et le décret du 19 janvier 1936 relatif à la composition du conseil national économique. La loi du 24 juin 1936 a conditionné l'extension des conventions collectives à la représentativité des organisations¹²⁹⁵. La loi du 11 février 1950 introduit « le régime de la convention simple signée par un seul syndicat, sans condition de représentativité mais dotée d'un effet *erga omnes* »¹²⁹⁶. La convention simple devait céder devant une convention étendue par l'autorité publique. Cette solution se justifiait par le caractère nécessairement plus favorable de la convention et le fait que le législateur fixe des normes minimales, comme le salaire minimum¹²⁹⁷. La loi du 13 juillet 1971 marque une étape importante concernant les prérogatives offertes à un syndicat représentatif, puisqu'elle a étendu la condition légale de représentativité des organisations syndicales signataires (seulement exigée pour l'extension) à toutes les conventions collectives « en vue de moraliser la négociation »¹²⁹⁸. « Cette condition est 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 »¹²⁹⁹.

La conception française de la représentativité permet de garantir le pluralisme syndical¹³⁰⁰. Chaque syndicat représentatif a vocation à représenter l'intérêt collectif des salariés, ce qui n'empêche pas chaque syndicat d'être indépendant les uns des autres. « S'il y a unité de la

¹²⁹⁴ Art. 4 du décret, JO du 17 janvier 1925, cité par A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. IV.

¹²⁹⁵ Tous ces textes sont présentés par A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. IV. L'auteur mentionne ces textes comme les premiers faisant référence expressément à la représentativité. Il relève que l'idée d'une forme de représentativité existait antérieurement dans notre droit, spéc. p. V à XI. « L'introduction du concept de représentativité dans le droit de la négociation collective par la loi de 1936 appelle cependant deux précisions. L'autorité publique assure l'effet réglementaire de l'accord (effet impératif et *erga omnes*) dans la profession de l'arrêté d'extension ; la représentativité exprime seulement la qualité des syndicats pour s'exprimer au nom de l'intérêt collectif, elle justifie l'extension, mais n'entraîne pas, par elle-même, l'effet étendu de l'accord », M.-L. MORIN, Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, *Dr. social*, 2000, p. 1080, spéc. n° 4.

¹²⁹⁶ M.-L. MORIN, *Op. cit.*, spéc. n° 5.

¹²⁹⁷ M.-L. MORIN, *Ibidem*.

¹²⁹⁸ J.-M. VERDIER, « Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLINCK*, Dalloz, 1978, p. 263, spéc. p. 267.

¹²⁹⁹ M.-L. MORIN, *Op. cit.*, spéc. n° 5.

¹³⁰⁰ C'est un pluralisme qualifié de « tempéré » en raison même de l'exigence de représentativité qui évite un émiettement excessif de la représentation salariale, J.-E. RAY, *Droit du travail droit vivant*, 16^{ème} édition, Editions Liaisons, 2007, spéc. n° 339.

collectivité, il n'y a pas unité des agents de la négociation »¹³⁰¹. Ainsi, toutes les organisations représentatives doivent être appelées à la négociation d'un accord (peu importe le niveau)¹³⁰², la loi faisant depuis longtemps prévaloir l'idée que l'ensemble des syndicats représentatifs doit être associé à la négociation d'un accord pour qu'il puisse être étendu¹³⁰³. Quasiment toutes les prérogatives exercées par un syndicat doivent l'être par un syndicat représentatif. Seules la constitution d'un syndicat et la présentation au second tour d'élections professionnelles peuvent être accomplies sans la preuve de la représentativité.

Parmi l'ensemble des prérogatives légales accordées à un syndicat représentatif, c'est la qualité d'acteurs de la réglementation professionnelle qui retient l'attention. « Dès sa naissance, l'exigence légale de représentativité intervient dans la transformation de la convention collective de travail de pur mécanisme contractuel en instrument de réglementation »¹³⁰⁴. C'est pourquoi il est exigé une représentativité correspondant à la réelle légitimité des acteurs de la réglementation professionnelle.

Aujourd'hui, ces règles sont très contestées puisqu'elles ne permettent pas de désigner des syndicats dont la légitimité est réelle (section I). Certains points de la réglementation, surtout la représentativité par affiliation, n'ont pas évolué alors que le droit des conventions collectives a profondément changé, notamment en ouvrant la possibilité de conclure des conventions collectives dérogatoires, qui peuvent imposer des obligations aux salariés moins avantageuses que la loi. La possibilité de conclure des accords dérogatoires a, notamment, conduit à intégrer le principe majoritaire dans le droit des conventions collectives. Cette réforme des conventions collectives n'est qu'une esquisse des transformations à opérer pour réformer la représentativité (section II). Il est temps d'établir des règles de représentativité permettant au paysage syndical français d'avoir une véritable légitimité qui est indispensable dans un espace communautaire de relations professionnelles.

¹³⁰¹ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, Bibli. de droit social Tome 27, LGDJ, 1994, Préf. M. DESPAX, spéc. n° 437.

¹³⁰² Soc. 17 septembre 2003, *RJS* 11/03, n° 1297 ; même s'il s'agit d'un accord de révision, Soc. 26 mars 2002, *RJS* 6/02, n° 704.

¹³⁰³ Art. L 133-1 du Code du travail (article 2261-19 du Nouveau Code du travail), cf. aussi M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, *Op. cit.*, spéc. n° 438.

¹³⁰⁴ S. YANNAKOUROU, *Op. cit.*, spéc. p. 111. L'auteur exprime aussi cette idée : « La représentativité consiste donc, d'une part, en une qualité des syndicats sélectionnés à laquelle se voit associée l'idée d'une exclusivité, d'un monopole rendant impossible l'attribution des prérogatives à des organisations autres que celles désignées représentatives sur la base de critères retenus par la loi, les autorités publiques et la jurisprudence. (...) Il englobe, d'autre part, une aptitude à exercer des pouvoirs légaux dans le but de représenter, défendre, gérer ou administrer l'intérêt collectif de la profession dont l'évaluation incombe aux syndicats représentatifs. En ce sens la représentativité est un titre d'autorité envers la profession » (spéc. p. 108 et 109).

Section I. Une représentativité contestée

Les règles françaises de la représentativité sont claires et bien établies (§ I), mais elles font l'objet de critiques, dans la mesure où la représentativité juridiquement constatée peut faire défaut en réalité (§ II).

§ I - La détermination de la représentativité

La détermination des règles de la représentativité est quelque peu différente, qu'il s'agisse de la représentativité patronale (A) ou syndicale (B).

A. La représentativité patronale

376. La représentativité des organisations patronales ne se pose pas dans les mêmes termes que la représentativité syndicale¹³⁰⁵. Elle n'est pas exigée, en effet, pour conclure des conventions collectives, puisque l'article L. 132-2 du Code du travail dispose qu'une convention collective est conclue entre une organisation syndicale de salariés représentatives et « *une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* »¹³⁰⁶. Par conséquent, seules les organisations d'employeurs signataires (donc leurs membres) s'engagent par la signature d'une convention collective¹³⁰⁷. L'effet *erga omnes* des conventions collectives n'existe pas pour déterminer l'application de l'accord collectif à la partie patronale.

¹³⁰⁵ Le « patronat » est un terme parfois employé pour désigner la représentation patronale, M. JAVALLIER met en garde contre l'utilisation de ce terme qui est simplificateur de la réalité. « Le patronat, en France comme ailleurs, n'est pas un groupe social simple à définir, non plus qu'à saisir » (« Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 193).

¹³⁰⁶ Article L. 2231-1 du Nouveau Code du travail.

¹³⁰⁷ Les organisations patronales négocient que pour le compte de leurs adhérents ; l'émiettement des organisations patronales au niveau sectoriel est une constante. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 5^{ème} édition, Montchrestien, 2006, spéc. n° 305-1, n° 265.

La représentation patronale est un domaine peu étudié¹³⁰⁸ et sa représentativité encore moins. Alors que la loi impose des exigences particulières concernant l'objet du syndicat, la représentation des employeurs est régie par le droit commun des associations, c'est-à-dire par la loi du 1^{er} juillet 1901 et les règles du mandat fixées aux articles 1984 et suivants du Code civil¹³⁰⁹.

Le concept de représentativité concernant les organisations patronales est utilisé au niveau interprofessionnel et de branche, à propos de l'extension des conventions collectives. Lorsqu'une convention collective de ce niveau n'a pas à être étendue, l'organisation patronale n'a pas besoin d'être représentative¹³¹⁰.

Les principaux groupements patronaux sont le MEDEF, la CGPME et l'UPA. La représentativité de ces trois groupements a été reconnue par les pouvoirs publics seulement au niveau interprofessionnel national¹³¹¹ et chacun dans leur domaine. Le MEDEF n'est pas représentatif dans le secteur des entreprises artisanales¹³¹². La CGPME n'est pas représentative dans le secteur des métiers et de l'artisanat (en dehors du métier du bâtiment), elle ne peut donc pas figurer parmi les confédérations représentatives au plan national et siéger au sein d'un collège de la chambre des métiers et de l'artisanat¹³¹³.

377. Au niveau des branches, pour obtenir l'extension d'une convention collective, ces organisations doivent apporter la preuve de leur représentativité dans la branche considérée. De plus, même si l'extension est accordée à un accord signé par le MEDEF, cet accord ne s'applique pas dans une branche où la seule organisation représentative dans la branche ne l'a pas signé. Le MEDEF ne peut pas engager « l'universalité des employeurs » (...) « faute de

¹³⁰⁸ L. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 440. Les chefs d'entreprise français trouvent la représentativité des organisations patronales faible à 70% (enquête de la Dares) et se montrent peu intéressés par les élections professionnelles (taux d'abstention de 73% aux élections prud'homales de 2002) : J.-E. RAY, *Droit du travail droit vivant*, 16^{ème} édition, Editions Liaisons, 2007, spéc. n° 343.

¹³⁰⁹ Les organisations patronales sont les interlocuteurs des syndicats de salariés, même s'ils ne sont que des associations. Cf. B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, Relations collectives, Op. cit.*, n° 6. « Ces groupements, dont le recrutement souffre parfois de l'individualisme patronal, constituent un instrument d'organisation professionnelle, dispensateur, souvent, d'informations et de conseils ; mais ils s'affirment aussi comme l'interlocuteur permanent des pouvoirs publics ».

¹³¹⁰ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 868.

¹³¹¹ J. BUNEL, Représentation patronale et représentativité des organisations patronales, *Travail et emploi*, n° 70, 1997, p. 3, spéc. p. 7.

¹³¹² CE 30 juin 2003, Mouvement des entreprises de France et autres, concl. P. FOMBEUR, *Dr. social*, 2003, p. 1112.

¹³¹³ CE 9 février 2005, Union personnelle artisanale, *RJS* 7/05, n° 757.

bénéficiaire d'une présomption légale de représentativité analogue à celle qui est reconnue à certaines organisations syndicales de salariés »¹³¹⁴.

Ainsi, l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mars 2005 a décidé que : « *l'arrêté d'extension du ministre du travail prévu par l'article L. 133-8 du Code du travail a pour effet de rendre obligatoires les dispositions d'un accord professionnel ou interprofessionnel pour tous les employeurs compris dans son champ d'application territorial et professionnel, dont les organisations patronales signataires sont représentatives au sens de l'article L. 133-2 du Code du travail ; et attendu que la Cour d'appel, qui retient que la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative de cette branche, n'était ni signataire, ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire de l'accord objet de l'arrêté d'extension, en a exactement déduit que la branche du caoutchouc et des polymères n'entrait pas dans le champ d'application de l'accord du 17 mars 1975 que l'arrêté d'extension ne pouvait à lui seul modifier* ».

La particularité de cet arrêt réside dans le fait que la Chambre sociale ne tient pas compte de l'arrêté d'extension. Ce qui semble signifier qu'un accord même étendu peut ne pas être appliqué si l'organisation patronale représentative dans la branche ne l'a pas signé. Ainsi, l'accord de branche rendu inopposable ne bénéficie pas aux salariés de la branche¹³¹⁵. Alors que l'extension semblait être d'ordre public, cette décision en réduit la portée et en restreint l'intérêt¹³¹⁶.

La preuve de la représentativité patronale est notamment constituée par la démonstration de l'importance de l'effectif¹³¹⁷. Ainsi, la CGPME, qui a des adhérents appartenant dans leur grande majorité au seul métier du bâtiment, n'est pas représentative au plan national du secteur des métiers et de l'artisanat¹³¹⁸.

378. Les règles relatives à la représentation patronale montrent combien le lien entre représentants et représentés est important. Cela confirme aussi que la représentation des intérêts se pose différemment selon les niveaux concernés. Le niveau de la branche est

¹³¹⁴ J.-E. TOURREIL, note sous Soc. 16 mars 2005, *JSL*, n° 167, 11 mai 2005, n° 167-3, p. 11, spéc. p. 12.

¹³¹⁵ F. HEAS, note sous Soc. 16 mars 2005, *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 699, p. 775, spéc. p. 778.

¹³¹⁶ F. HEAS, *Ibidem* ; il est étonnant que la Cour de cassation ne réponde pas aux moyens qui invoquaient l'atteinte à la séparation des pouvoirs, dans la mesure où l'arrêté d'extension est soumis au contrôle de légalité du juge administratif.

¹³¹⁷ L. DAUXERRE, Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales, *JCP éd. Soc.*, 2006, 1609, p. 11, spéc. n° 11, p. 14.

¹³¹⁸ CE 9 février 2005, Union professionnelle artisanale, *RJS* 7/05, n° 757.

vraiment approprié comme niveau de réglementation professionnelle. Le niveau interprofessionnel pose un cadre et est l'interlocuteur des pouvoirs publics, alors que le niveau de l'entreprise dispose de règles propres à son fonctionnement.

Ainsi, la représentativité patronale ne doit être prouvée que lorsque l'accord a vocation à connaître une application réglementaire, par voie d'extension au niveau de la branche. Aux autres niveaux, elle ne suscite pas de difficultés d'application. La représentativité des organisations patronales ne soulève pas de critiques, puisque cette dernière n'est utilisée que dans les hypothèses d'extension.

Les règles permettant de déterminer la représentativité patronale diffèrent de celles de la représentativité syndicale.

B. La représentativité syndicale.

Deux types de représentativité syndicale coexistent : la représentativité dite prouvée (a) et la représentativité dite présumée irréfragable (b).

a) La représentativité prouvée.

379. La preuve de la représentativité doit être apportée dans le cadre considéré pour l'exercice de la prérogative syndicale, c'est ce que certains auteurs nomment la règle de concordance¹³¹⁹. Ce sera la branche, le groupe¹³²⁰, l'entreprise ou l'établissement¹³²¹.

Le moment où elle est établie est aussi important : elle « s'apprécie au moment où le texte qui la requiert a vocation à s'appliquer »¹³²². La démonstration de la représentativité du syndicat ne vaut qu'au moment où elle est exigée, il n'en conserve pas le bénéfice dans le temps. Il est nécessaire de démontrer cette représentativité à chaque fois.

¹³¹⁹ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 566.

¹³²⁰ Soc. 13 mai 2003 : les syndicats qui ont valablement désigné des représentants du personnel au comité de groupe, parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou aux comités d'établissement, sont par là même représentatifs au niveau du groupe pour y désigner un représentant syndical, lorsqu'un accord collectif prévoit une telle désignation, *Dr. social*, 2003, p. 1030, obs. M. COHEN. Par ailleurs, la loi du 4 mai 2004 consacre le groupe comme niveau de négociation.

¹³²¹ Trois arrêts du 25 janvier 2006 rappellent la nécessité de rechercher la représentativité du syndicat au niveau où est désigné le délégué syndical, l'entreprise ou l'établissement : G. BORENFREUND, La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions, *Dr. social*, 2006, p. 869.

¹³²² B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, Relations collectives*, 5^{ème} édition, Litec, 2007, n° 61.

Les critères de la représentativité sont inscrits dans la loi (1). Toutefois, le juge, pour apprécier la représentativité d'un syndicat, combine librement ces critères, tout en exigeant que le syndicat en remplisse d'autres (2).

1. L'énumération de critères légaux

380. L'article L. 133-2 du Code du travail¹³²³ fixe les critères de représentativité exigés lors de la signature d'un accord faisant l'objet d'une procédure d'extension. « Bien que ce texte (qui reprend certaines dispositions de la loi du 11 février 1950, laquelle avait elle-même assuré la synthèse de solutions légales et jurisprudentielles antérieures) figure au sein du titre du Code du travail relatif aux conventions et accords collectifs, dans le chapitre consacré à leur éventuelle extension, il possède une portée générale qui en autorise l'application en toutes matières »¹³²⁴.

L'article L. 133-2 du Code du travail fixe les critères suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation (dans le Code du travail nouvellement codifié, cet article est désormais le L. 2121-1 du Nouveau Code du travail ; le critère de l'attitude patriotique pendant l'occupation a disparu). Ces différents critères ne sont pas cumulatifs, comme le montre la jurisprudence de façon constante¹³²⁵. La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation a établi une appréciation propre à chaque critère, tout en appréciant librement leur combinaison. Elle a également dégagé des critères ne figurant pas dans la liste de l'article L. 133-2 du Code du travail.

2. L'aménagement des critères par la jurisprudence

381. La Chambre sociale, dans un arrêt rendu le 3 décembre 2002¹³²⁶, a formulé une nouvelle configuration des critères de représentativité, autour de deux qualités :

¹³²³ Article L. 2121-1 du Nouveau Code du travail.

¹³²⁴ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, n° 54.

¹³²⁵ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 571. B. TEYSSIÉ remarque que cette interprétation n'est pas conforme à la lettre et à l'esprit du texte. A l'époque de la création du texte, il n'était pas pensable de ne pas exiger l'attitude patriotique pendant l'occupation, ce n'est plus aujourd'hui que de l'ordre du symbole (*Op. cit.*, n° 54).

¹³²⁶ Soc. 3 décembre 2002, *Dr. social*, 2003, p. 298, note J.-M. VERDIER. Cette formulation de la condition de représentativité est reprise par la Cour de façon constante depuis ; voir notamment Soc. 2 octobre 2005, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1007, note J.-M. OLIVIER, Soc. 24 mai 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1671, note J.-F. CESARO.

l'indépendance et l'influence¹³²⁷. La Cour a, en effet, décidé que « *dès lors qu'il constate l'indépendance et caractérise l'influence du syndicat au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité* ».

Cet arrêt soulève la question de la détermination des critères de représentativité ainsi que celle du contrôle exercé par le juge.

La question de la détermination des critères ne se cantonne plus, depuis longtemps, à la liste établie à l'article L. 133-2 du Code du travail. Le juge a, très tôt, tenu compte de critères plus significatifs, notamment celui de l'audience électorale du syndicat dans l'entreprise¹³²⁸. Le critère de l'indépendance est toujours exigé pour constater la représentativité syndicale, les autres critères énoncés à l'article L. 133-2 du Code du travail ne sont pas cumulatifs. Le juge semble, désormais, procéder à un alliage des critères légaux et jurisprudentiels¹³²⁹, tout en s'attachant à la réalité de l'influence du syndicat. Y a-t-il alors des critères plus importants que d'autres dans la reconnaissance de la représentativité ? Autrement dit, le juge n'établit-il pas une hiérarchie des critères de représentativité ?

382. L'indépendance doit être nécessairement constatée. Ce critère, énoncé à l'article L. 133-2 du Code du travail, est depuis longtemps systématiquement exigé par le juge pour qu'un syndicat soit reconnu comme représentatif¹³³⁰, si bien que l'indépendance « devrait plutôt être considérée comme [un] élément de définition du syndicat (de salariés) »¹³³¹. L'indépendance est « le socle de la représentativité »¹³³². L'indépendance est présumée « parce qu'elle est inhérente à l'activité syndicale »¹³³³. C'est à celui qui la conteste d'apporter la preuve contraire. Cette preuve est constituée, lorsque les membres du syndicat appartiennent

¹³²⁷ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 571. M. BOUBLI avait déjà noté, en 1999, que les critères de la représentativité pouvaient être ramenés à deux grands groupes : ceux qui relèvent de l'indépendance et ceux qui témoignent de l'activité du syndicat dans l'entreprise : A propos de la représentativité syndicale, *Sem. soc. Lamy*, 11 janvier 1999, n° 916, p. 8, spéc. p. 9.

¹³²⁸ Soc. 3 décembre 2002, *Dr. social*, 2003, p. 298, note J.-M. VERDIER, spéc. p. 299.

¹³²⁹ G. BORENFREUND, note sous Soc. 13 avril 1999, *Dr. social*, 1999 p. 643, spéc. p. 644.

¹³³⁰ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004, spéc. p. 469. J.-M. VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 572, spéc. p. 582 et suiv., explique que l'indépendance est une condition *sine qua non* de la représentativité et cite plusieurs arrêts : Soc. 4 nov. 1971, *D*, 1972, somm. 76 et Soc. 23 février 1973, *Dr. social*, 1973, p. 589, obs. SAVATIER.

¹³³¹ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Op. cit.*, spéc. p. 469.

¹³³² J.-M. VERDIER, note sous Soc. 3 décembre 2002, *Op. cit.*, spéc. p. 300. Un autre auteur parle d'un critère prépondérant, hiérarchiquement supérieur à tous les autres critères de la représentativité, car c'est un critère absolument nécessaire, à l'inverse des autres : S. MICHEL, Le critère de l'indépendance au sein de l'article L. 133-2 du Code du travail, *DO*, 2003, p. 133, spéc. p. 137 et suiv.

¹³³³ B. TEYSSIÉ, *Op. cit.*, n° 56.

tous au service du personnel¹³³⁴, et aussi lorsque le syndicat ne possède pas un nombre suffisant d'adhérents dont les cotisations permettent d'assurer son indépendance vis-à-vis de l'employeur¹³³⁵.

383. Un autre élément important pour le juge semble résider dans la preuve de l'activité réelle¹³³⁶, du dynamisme, de l'audience électorale ou encore de l'influence du syndicat, qui sont des critères d'origine jurisprudentielle¹³³⁷. Parmi tous ces critères, l'influence paraît « devoir croître en importance, parce qu'elle mesure la capacité d'entraînement du syndicat et des résultats qu'il obtient »¹³³⁸.

L'influence n'apparaît pas comme un critère en soi, mais plutôt comme une qualité issue du regroupement des autres critères. Ainsi, l'influence « fait figure de finalité générale (...) d'une convergence entre les différents critères »¹³³⁹. L'influence « a plutôt valeur de synthèse (...) pour qualifier les rapports qu'un syndicat doit entretenir avec ceux dont il représente les intérêts et ceux à l'égard desquels il assure cette représentation »¹³⁴⁰.

La difficulté réside dans la définition de la notion d'influence. L'influence semble être mesurée par les effectifs et les cotisations (critères légaux)¹³⁴¹, auxquels s'ajoute l'activité réelle. L'influence est caractérisée par le juge, en utilisant la méthode du faisceau d'indices, en relevant l'existence de critères énoncés à l'article L. 133-2 du Code du travail ainsi que les critères jurisprudentiels, comme l'audience et l'activité du syndicat¹³⁴². Sans se cumuler, tous ces critères permettent de caractériser l'influence du syndicat. L'influence est une véritable condition de la représentativité au même titre que l'indépendance.

¹³³⁴ Soc. 26 février 1975, *Bull.* V, n° 73, p. 59.

¹³³⁵ Soc. 8 janvier 1997, *TPS*, 1997, comm. 87, 2^{ème} espèce.

¹³³⁶ Il s'agissait pour J.-M. VERDIER, en 1974, du critère principal ; l'activité réelle est le « signe d'un lien plus étroit recherché entre représentativité et réalité syndicale, [qui] manifeste aussi le souci de la jurisprudence de s'assurer au mieux de l'authenticité du syndicat » (« Réalité, authenticité et représentativité syndicales », *in Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, *Op. cit.*, spéc. p. 580 et 582.

¹³³⁷ G. BORENFREUND, note sous Soc. 13 avril 1999, *Op. cit.*, spéc. p. 644.

¹³³⁸ Soc. 3 décembre 2002, note J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 300.

¹³³⁹ G. BORENFREUND, La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions, *Op. cit.*, p. 869.

¹³⁴⁰ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Op. cit.*, spéc. p. 469.

¹³⁴¹ S. MIARA, note sous Soc. 3 décembre 2002, *Droit du travail*, chr. sous la dir. de B. TEYSSIE, *JCP éd. G.*, 30 juillet 2003, p. 1456, spéc. p. 1462.

¹³⁴² Soc. 3 décembre 2002, note J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 300 et 301. L'auteur indique que l'article L. 133-2 du Code du travail (article L. 2121-1 du Nouveau Code du travail), « doit donc être pris dans l'interprétation qui lui a été donnée, avec tout l'acquis jurisprudentiel postérieur à son adoption, et tel est, semble-t-il, ce qu'a entendu dire la Chambre sociale en faisant cette référence ».

384. Pour déterminer ce qu'est un syndicat représentatif, il convient de mieux définir chacun des critères, à l'aune de l'ensemble de la jurisprudence. Les critères, permettant de caractériser l'influence, énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail et dégagés par la jurisprudence, sont d'ordre quantitatif et d'ordre qualitatif¹³⁴³. C'est au syndicat dont la représentativité est contestée d'apporter la preuve de celle-ci¹³⁴⁴.

Les critères quantitatifs sont les effectifs¹³⁴⁵ et l'audience¹³⁴⁶. Le critère de l'effectif suppose que le syndicat soit pourvu d'adhérents. Le syndicat qui se prétend représentatif doit amener la preuve d'un certain nombre d'adhérents¹³⁴⁷. Ce nombre d'adhérents est apprécié en fonction du cadre considéré et de l'effectif des autres syndicats¹³⁴⁸. La faiblesse des effectifs associée à son absence d'influence empêche un syndicat d'avoir la qualité de syndicat représentatif¹³⁴⁹, alors que la seule faiblesse des effectifs n'empêche pas le syndicat de prouver sa représentativité, dès lors qu'il apporte la preuve de son activité, de son audience et de son expérience¹³⁵⁰. Il est important de remarquer qu'il « est douteux qu'un syndicat puisse licitement fournir la liste de ses adhérents ; il ne peut que donner un chiffre anonyme »¹³⁵¹. La preuve est difficile à apporter. Le critère de l'effectif est cependant relatif, puisque la faiblesse des effectifs peut être compensée par une activité et un dynamisme suffisant¹³⁵², ou encore par l'indépendance financière du syndicat, conjuguée à son audience électorale et à une activité syndicale certaine¹³⁵³. L'audience du syndicat lors des dernières élections peut venir en renfort de l'appréciation des effectifs¹³⁵⁴, même si elle ne peut à elle seule établir la représentativité d'un syndicat¹³⁵⁵.

¹³⁴³ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 572 et 573 ; B. TEYSSIE, *Op. cit.*, n° 57.

¹³⁴⁴ Par exemple : Soc. 24 février 1993, *RJS* 4/93, n° 416.

¹³⁴⁵ Article L. 133-2 du Code du travail (article L. 2121-1 du Nouveau Code du travail).

¹³⁴⁶ Soc. 10 février 1977, *D*, 1977, IR 111.

¹³⁴⁷ Soc. 17 octobre 1971, *D*, 1972, p. 44. Si le syndicat n'apporte pas cette preuve, le juge n'a pas à ordonner de mesure d'instruction supplémentaire, Soc. 21 juillet 1986, *D*, 1987, som. 214, obs. J.-M. VERDIER.

¹³⁴⁸ Soc. 10 février 1977, *Bull.* V, n° 105, p. 82.

¹³⁴⁹ Soc. 13 avril 1999, obs. G. BORENFREUND, *Op. cit.* ; *JCP éd. E*, 2000, *Jurisp.*, note C. PUIGELIER, p. 662. Plus récemment : Soc. 25 janvier 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1362, note B. GAURIAU, dans cet arrêt la faiblesse des effectifs n'est pas compensée par l'activité réelle du syndicat.

¹³⁵⁰ Soc. 2 novembre 1993, *RJS* 12/93, n° 1219, il s'agit d'une jurisprudence constante.

¹³⁵¹ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006, spéc. n° 572, citant Soc. 21 juillet 1986, *D*, 1987, som. 373, obs H. MAISL, et art. 42 de la loi informatique et libertés.

¹³⁵² Soc. 8 novembre 1998, *JCP. éd. E*, 1988, II, 15356, p. 808, n° 5, obs. B. TEYSSIE.

¹³⁵³ Soc. 8 octobre 1998, *TPS*, 1998, comm. 404.

¹³⁵⁴ CE, 26 octobre 1973, *Dr. social*, 1975, p. 40.

¹³⁵⁵ Soc. 5 janvier 1978, *JCP éd. CI*, 1978, I, 7087, p. 182, n° 5, obs. B. TEYSSIE et R. DESCOTTE.

Les critères qualitatifs, comme l'expérience et l'ancienneté, « sont assurément les critères de représentativité auxquels la jurisprudence accorde la place la plus mince »¹³⁵⁶. L'expérience et l'ancienneté concernent le syndicat et non la personne de ses membres, si bien que l'expérience acquise par un syndicaliste dans une organisation syndicale ne peut être invoquée au profit de celle, récemment créée, qu'il vient de rejoindre¹³⁵⁷. La date récente d'un syndicat n'empêche pas de reconnaître que ce dernier est représentatif¹³⁵⁸. La Cour de cassation semble privilégier l'activité réelle du syndicat, comme manifestation de l'expérience acquise. La date récente de la constitution d'un syndicat n'est pas nécessairement à elle seule exclusive de sa représentativité. Celle-ci ne peut être admise si le syndicat ne fait pas état, en plus de ses effectifs, d'une réelle activité, de ses ressources ou de son influence¹³⁵⁹.

385. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 3 décembre 2002¹³⁶⁰ « clarifie l'objet de la vérification à laquelle le juge du fond doit procéder et du même coup celui du contrôle du juge de cassation. Mais, en faisant de l'influence une condition de la représentativité, tout en renvoyant au juge du fond l'appréciation des éléments permettant d'établir qu'elle est remplie, il crée un flou juridique ouvrant la voie à toutes les dérives dont la menace est constante en ce domaine »¹³⁶¹. Au regard des décisions rendues, les interprétations, quant au rôle du juge sont divergentes : d'aucuns considèrent que la Cour de cassation exerce un rôle de cour régulatrice¹³⁶², alors que d'autres soulèvent l'opacité du contrôle de la Cour¹³⁶³.

La Cour de cassation n'indique pas en quoi un syndicat est influent. Surtout, l'étendue du contrôle de la Cour ne semble pas déterminée, ce qui pourrait conduire les juges du fond à croire que la notion de représentativité est laissée à leur souveraine appréciation¹³⁶⁴.

Il serait souhaitable que la Chambre sociale clarifie son rôle en adoptant des lignes directrices précises concernant la nature et le degré de son contrôle¹³⁶⁵. Ce contrôle semble, en effet,

¹³⁵⁶ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, Relations collectives, Op. cit.*, n° 60.

¹³⁵⁷ Soc. 9 juin 1999, *RJS* 7/99, n° 939 ; *TPS*, 1999, comm. 327.

¹³⁵⁸ Soc. 6 octobre 1971, *Dr. social*, 1972, p. 119, obs. J. SAVATIER.

¹³⁵⁹ Soc. 5 mai 1998, *TPS*, 1998, comm. 289. *A contrario*, la représentativité d'un syndicat de création récente ne saurait être reconnue, sans activité syndicale réelle et dont le défaut d'indépendance est établie, Soc. 8 janvier 1997, *TPS*, 1997, comm. 87, 2^{ème} espèce. (Cet arrêt étant antérieur à 2002, l'influence n'avait pas un caractère englobant l'ensemble des critères).

¹³⁶⁰ Soc. 3 décembre 2002, note J.-M. VERDIER, *Op. cit.*

¹³⁶¹ Soc. 3 décembre 2002, note J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 303.

¹³⁶² J.-M. OLIVIER, note sous Soc. 12 octobre 2005, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1007.

¹³⁶³ J.-F. CESARO, note sous Soc. 24 mai 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1671.

¹³⁶⁴ J.-F. CESARO, *Ibidem*.

¹³⁶⁵ G. BORENFREUND, La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions, *Op. cit.*, spéc. p. 871.

indispensable au regard de l'absence d'un double degré de juridiction. Seul le juge d'instance connaît du contentieux de la désignation du délégué syndical¹³⁶⁶ ou des élections professionnelles¹³⁶⁷. Le rapport de 1999 de la Cour de cassation suggérait d'ailleurs un double degré de juridiction concernant les élections professionnelles et la désignation des représentants syndicaux¹³⁶⁸. En l'absence d'une telle réforme, un contrôle clair de la Cour de cassation peut être préconisé. La Cour de cassation pourrait exiger des juges du fond « une motivation précise et substantielle constatant l'indépendance et caractérisant l'influence, de nature à faire ressortir la réalité de celle-ci, sans renoncer à la censurer éventuellement »¹³⁶⁹.

La Cour de cassation semble, pourtant, encline à contrôler les motifs retenus par les juges du fond pour caractériser l'influence¹³⁷⁰, mais les juges du fond sont libres de retenir tels ou tels éléments justificatifs, à condition que leur motivation soit précise¹³⁷¹.

Dès les années 1970, la jurisprudence avait manifesté le souci d'ajuster les critères légaux dans le sens d'une meilleure adaptation à la réalité¹³⁷². Il est alors légitime de penser que les évolutions jurisprudentielles, concernant l'appréciation des critères de représentativité, expriment un souci du juge de permettre une liberté d'appréciation et d'association des critères, afin de refléter au mieux la réalité de l'influence du syndicat.

Le contentieux relatif à la preuve de la représentativité concerne, très souvent, des organisations qui ne bénéficient pas des prérogatives qu'offre la représentativité dite présumée¹³⁷³.

b) La représentativité présumée.

386. La liste des organisations bénéficiant de la présomption irréfragable est dressée par l'arrêté ministériel du 31 mars 1966¹³⁷⁴. Elle est la suivante : CNPF (devenu MEDEF), CGT,

¹³⁶⁶ Article L. 412-15 du Code du travail (article L. 2143-8 du Nouveau Code du travail).

¹³⁶⁷ Il se doit à ce titre, lorsqu'il est saisi d'une demande d'annulation des élections par un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption légale de représentativité et qui fait valoir que ses candidats ont été écartés du premier tour des élections, d'apprécier la représentativité de ce syndicat qui est seule de nature à avoir une influence sur la régularité des élections. Soc. 13 septembre 2005, *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 1378, note T. LAHALLE et B. GAURIAU, Sur l'appréciation de la représentativité d'un syndicat, *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 1412.

¹³⁶⁸ Soc. 3 décembre 2002, note J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 302.

¹³⁶⁹ Soc. 3 décembre 2002, note J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 303.

¹³⁷⁰ Soc. 21 mai 2003, *Dr. social*, 2003, p. 779, obs. F. DUQUESNE.

¹³⁷¹ Soc. 21 mai 2003, obs. F. DUQUESNE, *Op. cit.*, spéc. p. 780.

¹³⁷² J.-M. VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, *Op. cit.*, spéc. p. 578.

¹³⁷³ Il s'agit souvent de SUD et de l'UNSA : J.-M. OLIVIER, note sous Soc. 12 octobre 2005, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1007.

CGT-FO, CFDT, CFTC et CFC-CGC (exclusivement pour les cadres). La reconnaissance du caractère irréfragable résulte de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation¹³⁷⁵.

387. La représentativité présumée irréfragable a connu une évolution importante lorsque lui a été adjoint la représentativité par affiliation, permettant à des syndicats qui se rattachent aux grandes centrales de bénéficier, également, de cette présomption. L'instauration de la représentativité par affiliation appelée aussi « représentativité d'emprunt »¹³⁷⁶ est concordante à l'instauration de droits syndicaux dans l'entreprise¹³⁷⁷. La loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise¹³⁷⁸ dispose, pour la première fois de façon explicite, que tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise¹³⁷⁹. D'autres textes postérieurs ont renforcé la présomption de représentativité par affiliation¹³⁸⁰. La loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail¹³⁸¹ a consacré cette présomption pour tous les droits exercés dans l'entreprise par un syndicat.

L'article L. 412-4, alinéa 2 du Code du travail¹³⁸² dispose que « *tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré représentatif dans l'entreprise pour l'application du présent chapitre* ». Ce qui est valable pour l'appréciation de la représentativité dans le cadre de la désignation d'un délégué syndical, l'est aussi dans le cadre de l'élection de délégués du personnel¹³⁸³ et des membres du comité d'entreprise¹³⁸⁴. De façon

¹³⁷⁴ Il est à noter que cet arrêté a une nature juridique ambiguë, comme le relève le commissaire du Gouvernement J.-H. STAHL, dans ses conclusions relatives à la question de la représentativité de l'UNSA, CE, 5 novembre 2004, *Dr. social*, 2004, p. 1098, spéc. p. 1101.

L'arrêté de 1966 n'est pas le premier en date. En effet, un précédent du 8 avril 1948 énonçait déjà les organisations syndicales considérées comme les plus représentatives (JO du 2 avril, p. 2675), il a fallu intégrer la CFDT issue de la scission de la CFTC en 1964, d'où l'arrêté de 1966.

¹³⁷⁵ B. TEYSSIE, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *D*, 2004, chr. p. 2060. Voir : Soc. 5 juillet 1977, Bull. civ. V, n° 457 ; D. IR p. 420 ; 16 mars 1978, Bull. civ. V, n° 211.

¹³⁷⁶ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 567.

¹³⁷⁷ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401, spéc. p. 405.

¹³⁷⁸ JO du 31 décembre, p. 12403.

¹³⁷⁹ L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument majeur du dialogue social*, Préf. B. TEYSSIE, PUAM, 2005, spéc. n° 423. cf. article L. 412-4, al. 2 du Code du travail (article L. 2122-1 du Nouveau Code du travail).

¹³⁸⁰ Ord. du 7 janvier 1959 (JO 9 janvier, p. 641), du 17 août 1967 (JO du 18 août, p. 8288), loi du 27 décembre 1973 (JO du 30 décembre, p. 14151) cités par L. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 424.

¹³⁸¹ L. n° 82-957, JO du 14 novembre, p. 3414.

¹³⁸² Article L. 2122-1 du Nouveau Code du travail.

¹³⁸³ Article L. 423-2, alinéa 2 du Code du travail (article L. 2122-1 du Nouveau Code du travail).

générale, « la représentativité par affiliation a la même fonction pour l'ensemble du système de négociation collective »¹³⁸⁵.

L'affiliation, pour entraîner le bénéfice de la présomption irréfragable de représentativité, doit être faite à une confédération et non à une simple fédération¹³⁸⁶. La représentativité par affiliation, notamment étendue au niveau de l'entreprise, montre la volonté des pouvoirs publics de « promouvoir l'implantation des confédérations nationales au sein des instances élues »¹³⁸⁷. Plus largement, la représentativité par affiliation permet à des organisations de s'implanter dans des entreprises où elles ont eu des difficultés à le faire, et « elle constitue une des principales manifestations de la tendance actuelle à accroître l'importance de la représentativité au niveau national »¹³⁸⁸. Cette affiliation « irradie vers le bas, au profit de groupements encore faibles peut-être, mais dont l'appartenance, le parrainage national, garantit qu'ils défendent authentiquement les intérêts des travailleurs »¹³⁸⁹.

388. La représentativité par affiliation comporte une limite : lorsque l'organisation est une organisation catégorielle, la présomption irréfragable ne vaut que pour la représentation de la catégorie de salariés. Mais l'affiliation d'un syndicat à la CGC ne fait pas obstacle à la reconnaissance de sa représentativité dans le collège des ouvriers et des employés, la représentativité des organisations syndicales s'appréciant dans chaque entreprise compte tenu des dispositions de l'article L. 133-2 du Code du travail, indépendamment de l'affiliation de ces organisations à une confédération¹³⁹⁰.

Le retrait de l'affiliation par un syndicat reconnu représentatif de façon irréfragable entraîne la perte de la présomption de représentativité pour le syndicat qui garde toujours la possibilité d'amener la preuve de sa représentativité¹³⁹¹.

¹³⁸⁴ Article L. 433-2, alinéa 2 du Code du travail (article L. 2122-1 du Nouveau Code du travail).

¹³⁸⁵ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, *Op. cit.*, spéc. n° 432.

¹³⁸⁶ CE, 2 novembre 1973, *Dr. social*, 1974, p. 469, cité par A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 405. Soc. 9 décembre 1982, *Bull. civ. V*, n° 700 ; 19 novembre 1986, *Bull. civ. V*, n° 546 ; 4 mai 1994, *RJS* 6/94, n° 721 ; arrêts cités par J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 567.

¹³⁸⁷ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 405.

¹³⁸⁸ J.-M. VERDIER, *Syndicat et droit syndical, Traité de droit du travail*, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, Tome 5, volume II, *le droit syndical dans l'entreprise*, Dalloz, 1984, spéc. n° 36.

¹³⁸⁹ J.-M. VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, *Op. cit.*, spéc. p. 587.

¹³⁹⁰ Ass. Plén. 15 mars 1985, concl. J. CABANNES. Solution confirmée, par exemple : Soc. 21 octobre 1998, *RJS* 12/98, n° 1505.

¹³⁹¹ Soc. 15 décembre 2004, Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC) et autres c/ SNCF et autres, *Dr. social*, 2005, note J. SAVATIER. La CFE-CGC avait retiré l'affiliation à la Fédération nationale du personnel

La représentativité par affiliation s'applique dans tous les cadres de représentation. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « *la loi reconnaissant aux unions syndicales la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, le tribunal d'instance a exactement décidé qu'en l'absence de dispositions contraires des statuts de l'union locale CGT de Loire-Atlantique, celle-ci qui était affiliée à une organisation représentative sur le plan national, était représentative dans l'entreprise (située à Narbonne) en vertu de l'article L. 423-2, et pouvait donc y désigner un délégué syndical* »¹³⁹². La représentativité présumée irréfragable s'exerce à tous les niveaux et permet de bénéficier de toutes les prérogatives d'un syndicat représentatif¹³⁹³.

389. La représentativité présumée irréfragable, déconnectée d'un contrôle de l'influence réelle d'un syndicat, est très critiquée. Elle est l'objet de toutes les attentions dans les projets de réforme de la représentativité, d'autant qu'instaurée au départ comme une exception à « la philosophie dominante, la jurisprudence a contribué à en faire la règle, en l'érigant, en dehors de tout fondement textuel exprès, en nouveau principe du droit de la représentativité syndicale, au moins en ce qui concerne celle des salariés dans l'entreprise »¹³⁹⁴.

La critique de la présomption irréfragable serait-elle accentuée lorsque le syndicat en bénéficie par le mécanisme de l'affiliation ? La critique du mécanisme de l'affiliation n'est pas différente selon les niveaux de représentation (national, de branche ou d'entreprise) : plus le niveau est décentralisé vers l'entreprise, plus la critique de la représentativité par affiliation est intense. Alors que la présomption au niveau national interprofessionnel semble légitimer le pouvoir de certaines organisations syndicales et leurs rapports historiques avec les pouvoirs publics, le niveau sectoriel et, surtout, le niveau de l'entreprise semblent exiger une légitimité réelle¹³⁹⁵.

Les contestations nées des règles de la représentativité semblent propres au niveau syndical.

d'encadrement des chemins de fer qui ne bénéficiait plus de la présomption par affiliation, peu importe qu'elle fut mentionnée dans le statut de la SNCF. C'était le syndicat national CFE-CGC des transports qui en bénéficiait par décision de la CFE-CGC.

¹³⁹² Soc. 4 février 2004 (3^{ème} espèce), *RJS* 5/04, n° 626.

¹³⁹³ Ce n'est pas sans poser de difficultés pratiques car l'employeur ne pourra pas facilement identifier à quelles unions départementales (celle qui a désigné le délégué syndical ou celle du département de l'entreprise) il doit s'adresser pour organiser les élections ou les négociations ; J. SAVATIER, note sous Soc. 4 février 2004, *Dr. social*, 2004, p. 565, spéc. p. 567.

¹³⁹⁴ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 406.

¹³⁹⁵ Cf. n° 392.

§ II - Les critiques de la représentativité

390. Les règles de la représentativité syndicale et leurs conséquences pratiques (c'est-à-dire la prééminence des organisations représentatives) sont très critiquées, car la qualité de syndicat représentatif ne correspond plus à la réalité d'une représentativité suffisante. Cela entraîne un écart de plus en plus grand, entre la représentation réelle des salariés et les syndicats reconnus représentatifs¹³⁹⁶.

391. Les critiques les plus vives concernent, notamment, la représentativité d'emprunt, même si la réforme du 4 mai 2004 a apporté quelques correctifs.

Les critiques portent sur les conséquences d'une telle représentativité au sein de l'entreprise, plus précisément, sur les effets du monopole de présentation de candidat par des syndicats représentatifs au premier tour des élections des délégués du personnel¹³⁹⁷ et des membres des comités d'entreprise¹³⁹⁸. « C'est l'exigence légale de représentativité – surtout avec l'apport de la loi du 28 octobre 1982 – pour présenter des listes de candidats qui est critiquée car la loi établirait une discrimination interdisant à des regroupements de salariés, non constitués sous forme syndicale mais effectivement représentatifs dans le cadre de l'élection, de présenter des listes au premier tour »¹³⁹⁹. Cette critique est recevable, mais elle doit aussi tenir compte de l'argument suivant : ce monopole permet d'éviter la création de « syndicats maisons », à la veille des élections, rendue facile par les règles de constitution des syndicats¹⁴⁰⁰.

Les critiques concernent aussi les conséquences de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 27 mai 1997, qui a décidé que lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical, dans une entreprise qui emploie au moins cinquante salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation¹⁴⁰¹. Cette décision, qui favorise pourtant la présence syndicale dans l'entreprise¹⁴⁰², est discutable dès lors qu'elle est confrontée aux règles de la représentativité d'emprunt. Un syndicat bénéficiant de la représentativité d'emprunt peut, en effet, désigner un délégué syndical, alors qu'il n'a aucun

¹³⁹⁶ A. ARSÈGUEL, « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PELISSIER et J. PELISSIER, Dalloz, 2002, p. 7, spéc. p. 9.

¹³⁹⁷ Article L. 423-2 du Code du travail (article L. 2314-8 du Nouveau Code du travail).

¹³⁹⁸ Article L. 433-2 du Code du travail (article L. 2324-11 du Nouveau Code du travail).

¹³⁹⁹ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 407.

¹⁴⁰⁰ A. ARSÈGUEL, *Ibidem*.

¹⁴⁰¹ *RJS* 7/97, n° 834.

¹⁴⁰² A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 408.

adhérent dans l'entreprise¹⁴⁰³. La présence syndicale dans l'entreprise peut être déconnectée de toute légitimité réelle.

La représentativité par affiliation « est devenue la règle et non plus le tempérament »¹⁴⁰⁴. Elle conduit, ainsi, à un écart entre la représentation des intérêts des salariés et les intérêts effectivement représentés par le syndicat bénéficiant de la représentativité d'emprunt¹⁴⁰⁵. Il faut noter aussi qu'en matière de négociation collective, les prérogatives auxquelles ouvrent droit la représentativité, c'est-à-dire la négociation et la conclusion de conventions collectives¹⁴⁰⁶, vont engager les salariés, alors qu'ils ne sont pas adhérents aux syndicats signataires.

392. Les critiques de la représentativité d'emprunt portent également sur les torts causés aux règles de conclusion d'un accord collectif¹⁴⁰⁷. La représentativité d'emprunt « n'autorise plus la vérification de l'aptitude du syndicat à représenter une collectivité de travailleurs (...), les critiques sont aussi amplifiées par la règle de l'unicité de signature »¹⁴⁰⁸. Le défaut d'implantation réelle peut apparaître à tous les niveaux. Ainsi, une organisation syndicale sans implantation réelle peut signer un accord sans avoir à rendre des comptes aux salariés¹⁴⁰⁹. La règle de l'unicité de signature n'est plus le principe énoncé par le Code du travail. Les règles actuelles de signature d'un accord collectif posées par l'article L. 132-2-2¹⁴¹⁰ (introduit dans le Code par la loi du 4 mai 2004) exigent (en plus de la représentativité du signataire) que l'accord soit signé par une majorité (qui ne s'entend pas de la même façon selon le niveau de négociation) ou qu'une majorité ne s'oppose pas à l'application de l'accord. La réforme concernant les conditions de validité d'un accord est intervenue pour renforcer la légitimité de l'accord, donc mettre fin à la règle de l'unicité de signature¹⁴¹¹. Pourtant, cette règle ne

¹⁴⁰³ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 408.

¹⁴⁰⁴ G. BORENFREUND, *Propos sur la représentativité syndicale*, *Dr. social*, 1988, p. 476, spéc. p. 479.

¹⁴⁰⁵ G. BORENFREUND, *Ibidem*.

¹⁴⁰⁶ Parfois, les syndicats sont amenés à représenter en justice les salariés.

¹⁴⁰⁷ J. SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 179, spéc. p. 180.

¹⁴⁰⁸ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 409.

¹⁴⁰⁹ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, *Op. cit.*, spéc. n° 436.

¹⁴¹⁰ Articles L. 2232-2 et suivants du Nouveau Code du travail.

¹⁴¹¹ Cette règle n'est plus le principe, mais il est toujours possible, dans les cas où la signature de la majorité n'est pas exigée, qu'un seul syndicat représentatif signe un accord. Juridiquement, l'opposition de syndicat majoritaire ne sera pas intervenue.

disparaît pas complètement dans les hypothèses de majorité d'opposition, où un seul syndicat peut être signataire dans les faits.

Si la règle de l'unicité de signature a été atténuée, la représentativité par affiliation demeure, ainsi que les critiques concernant la possible absence de légitimité réelle des syndicats affiliés. L'absence de légitimité réelle est significative, dans l'entreprise, lorsque l'on met en évidence le comportement des syndicats présumés représentatifs.

La loi du 27 décembre 1968 et les lois suivantes ont organisé l'implantation du syndicat dans l'entreprise, ce qui a conduit à une institutionnalisation des syndicats. Ceci a eu pour principale conséquence d'éloigner les syndicats des préoccupations de la base¹⁴¹². Les syndicats, soucieux d'être présents dans les organes élus, se sont plutôt préoccupés de l'élection que de la défense des intérêts des travailleurs. Certains auteurs se sont même demandés si la déconnexion des syndicats de leur base ne conduisait pas « à un syndicalisme sans adhérents »¹⁴¹³. Les représentations syndicales dans l'entreprise se privent de contact avec les non syndiqués et s'enferment entre elles, négligeant l'information et la communication entre les différentes institutions du personnel¹⁴¹⁴. Dans l'entreprise, l'appareil syndical n'est plus le représentant des salariés, mais du syndicat¹⁴¹⁵.

Il y a donc une distorsion entre la représentation et la représentativité : les organisations représentatives ont une faible légitimité pour représenter les salariés.

Le syndicat représente un intérêt collectif, à la fois distinct de son intérêt propre et de la somme des intérêts individuels des salariés. Cette conception, affirmée par le législateur en 1920 et énoncée actuellement à l'article L. 411-11 du Code du travail¹⁴¹⁶, reprend un arrêt des Chambres réunies du 5 avril 1913¹⁴¹⁷. Chaque syndicat a une conception différente de l'intérêt collectif, ce qui est constitutif du pluralisme syndical, conséquence « du jeu normal de la liberté syndicale »¹⁴¹⁸.

La reconnaissance de la représentativité présumée accentue cette distorsion entre un syndicat qui représente l'intérêt collectif et la représentation des salariés dans l'entreprise¹⁴¹⁹.

¹⁴¹² C. SACHS-DURAND, La légitimité syndicale dans l'entreprise, *DO*, 1993, p. 39, spéc. p. 44.

¹⁴¹³ Notamment, J. SAVATIER *Op. cit.*, spéc. p. 187.

¹⁴¹⁴ C. SACHS-DURAND, *Op. cit.*, spéc. p. 45 et 46.

¹⁴¹⁵ J. SAVATIER, *Op. cit.*, spéc. p. 182.

¹⁴¹⁶ Article L. 2132-3 du Nouveau Code du travail.

¹⁴¹⁷ F. PETIT, Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire, *DO*, 1999, p. 269, spéc. p. 270.

¹⁴¹⁸ F. PETIT, *Ibidem*.

¹⁴¹⁹ G. BORENFREUND, Propos sur la représentativité syndicale, *Op. cit.*, spéc. p. 477. « Les syndicats les plus représentatifs apparaissent chargés de la représentation des intérêts d'une collectivité qui acquiert comme une personnalité propre par rapport aux membres qui la composent ». « Les syndicats représentatifs assurent, voire incarnent, dans les relations de travail, une représentation pure d'intérêts de caractère collectif » (spéc. p. 478.)

393. Dans l'entreprise, est présente une autre forme de représentation des salariés, incarnée dans le vote des représentants du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Or, comme la représentativité présumée va à l'encontre de la logique profonde du vote¹⁴²⁰, d'autres acteurs que les syndicats s'estiment plus légitimes à représenter l'intérêt des salariés, et contestent le monopole syndical de présentation de candidats au premier tour des élections des représentants élus.

Même si la présomption de représentativité tend à marginaliser les petits syndicats, dans le même temps, elle « aboutit à remettre en selle des syndicats qui, par le jeu des critères, n'auraient pas été nécessairement considérés comme représentatifs dans tels ou tels secteurs. La représentativité en vertu de l'affiliation comporte donc, à la vérité, un double effet de restriction et d'élargissement du cercle syndical »¹⁴²¹.

Les règles actuelles de la représentativité syndicale et patronale sont bien établies. En ce qui concerne les syndicats, ces règles ne sont pas exemptes de critiques, surtout la règle de la représentativité par affiliation dans l'entreprise. La critique de la représentativité syndicale est aggravée par la possibilité, toujours plus grande, octroyée par la loi, de conclure des accords dérogatoires¹⁴²². Par ailleurs, elle est renforcée par le fait que les organisations syndicales françaises ont la responsabilité de mettre en œuvre des accords conclus par les partenaires sociaux au niveau communautaire. Dans la mesure où le niveau communautaire s'appuie sur le niveau français, comment un accord de niveau communautaire peut être légitime si les syndicats qui le transcrivent sont contestés ?

La légitimité des organisations syndicales nationales ne peut plus être défaillante. Il est nécessaire de rechercher des solutions pour renforcer cette légitimité¹⁴²³. Il convient de réconcilier la représentation et la représentativité, ce qui induit la reconnaissance de l'idée majoritaire dans le droit français¹⁴²⁴. C'est en ce sens qu'ont eu lieu les premières réformes, sans que cela aboutisse à une refonte de la notion de représentativité.

¹⁴²⁰ G. BORENFREUND, Propos sur la représentativité syndicale, *Op. cit.*, spéc. p. 483.

¹⁴²¹ G. BORENFREUND, *Ibidem*.

¹⁴²² Article 43 de la loi du 4 mai 2004 qui élargit les domaines objet de dérogation dans l'entreprise et article L. 132-23 al. 3 et 4 du Code du travail qui pose le principe de la dérogation de l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche (sauf si l'accord de branche en dispose autrement et concernant des domaines particuliers énoncés dans la loi) (article L. 2253-3 du Nouveau Code du travail).

¹⁴²³ M.-L. MORIN, La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité, *Dr. social*, 1998, p. 419, spéc. p. 429.

¹⁴²⁴ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 484.

Section II. Une réforme esquissée

Le législateur est intervenu pour renforcer la légitimité des actes conventionnels, afin de pallier le défaut de légitimité des partenaires sociaux, mais les règles relatives à la représentativité n'ont pas fait l'objet de modification (§ I). La question du renforcement de la légitimité des partenaires sociaux est encore d'actualité. Les réflexions, relatives aux changements à apporter à la représentativité, sont riches et permettent de dégager les éléments de la réforme à poursuivre (§ II).

§ I - La réforme de la légitimité de l'acte conventionnel

394. Afin de redonner une légitimité à l'action des partenaires sociaux, le législateur a décidé de renforcer la légitimité des actes conclus par eux. Il s'agit seulement de la transformation des règles de la négociation collective et non de la représentativité elle-même. L'exigence de majorité a d'abord été introduite partiellement par le législateur. La loi Aubry II du 19 janvier 2000 l'a instaurée pour le bénéfice des aides publiques à la réduction du temps de travail. Les syndicats CFDT et CGT étaient enclins à l'introduction d'une exigence de majorité dans les conditions de validité des conventions collectives. La CGT était même partisane du référendum, pour compenser l'absence de majorité dans l'entreprise¹⁴²⁵.

La loi du 4 mai 2004 a introduit, dans les règles relatives à la conclusion de conventions collectives, l'exigence d'une majorité lors de la conclusion d'une convention de branche ou d'entreprise, ou bien la possibilité d'empêcher pour une majorité de syndicats l'entrée en vigueur d'un accord. Cette loi a aussi prévu, pour les accords d'entreprise, qu'en cas de carence d'élections professionnelles permettant de dégager la majorité dans l'entreprise¹⁴²⁶, l'accord collectif, pour être valable, doit être approuvé par la majorité des salariés. L'introduction de l'exigence de majorité pour la conclusion des conventions collectives n'est qu'une esquisse de la réforme nécessaire de la représentativité¹⁴²⁷.

¹⁴²⁵ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 417.

¹⁴²⁶ Cf. n° 401 : Soc. 20 décembre 2006, Addeco.

¹⁴²⁷ L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, *Op. cit.*, n° 670.

395. « 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 »¹⁴²⁸, la majorité pouvant être constituée de plusieurs organisations syndicales représentatives. La détermination de la majorité est différente selon le niveau de négociation. La majorité est définie par rapport au nombre d'organisations signataires (interprofessionnel, branche) ou à partir du pourcentage recueilli lors des dernières élections professionnelles (branche, entreprise). La légitimité des syndicats et la légitimité tirée de l'élection deviennent complémentaires¹⁴²⁹.

La majorité a des déclinaisons variables : soit elle accrédite, en amont, l'organisation syndicale par un vote des salariés dans le niveau considéré ; soit elle est une condition de validité de l'accord en exigeant la signature des organisations syndicales majoritaires ; soit elle s'exprime dans une ratification de l'acte par les salariés, postérieurement à sa négociation¹⁴³⁰.

Le législateur a décidé qu'un accord doit être approuvé par des syndicats représentant la majorité¹⁴³¹ (A) ou bien, dans certaines conditions, il a exigé que l'accord soit directement soumis au vote des salariés (B).

A. De la majorité d'opposition à la majorité d'engagement

396. Le droit d'opposition est le « premier signe fort d'émergence de l'idée majoritaire dans notre droit positif »¹⁴³².

Le droit d'opposition, qui a pour objectif d'introduire le principe majoritaire dans la négociation collective, n'était prévu, antérieurement à la loi du 4 mai 2004, que concernant les accords dérogatoires ou de révision réduisant les avantages d'entreprise ou d'établissement¹⁴³³. La loi Auroux avait introduit le droit d'opposition, considéré alors comme une innovation « théoriquement très importante » puisque remettant en cause le principe de

¹⁴²⁸ J.-M. VERDIER, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions), *Dr. social*, 1991, p. 5, spéc. p. 7.

¹⁴²⁹ J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 8 ; et aussi G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, *Dr. social*, 1991, p. 685, spéc. p. 693.

¹⁴³⁰ M.-L. MORIN, Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, *Op. cit.*, spéc. n° 7.

¹⁴³¹ Le principe majoritaire est apparu lentement et certains auteurs remarquent qu'il n'est pas affirmé de façon absolue en droit français car le droit d'opposition subsiste, A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINE, *Droit du travail*, Sirey, 2006, spéc. p. 572 et 573.

¹⁴³² G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 429, spéc. p. 431.

¹⁴³³ F. SARAMITO, A la recherche d'une majorité dans la négociation collective, *DO*, 2000, p. 428 et suiv.

l'unicité de signature¹⁴³⁴. Le droit d'opposition a instauré une majorité négative afin de renforcer l'exigence de représentativité en matière dérogatoire.

Au fil du temps, d'autres types d'accords sont apparus : les accords donnant-donnant ou gagnant-gagnant, induisant une logique de compromis et de concessions¹⁴³⁵. Comme les accords dérogatoires, ces accords peuvent faire naître des obligations à la charge des salariés, il est donc devenu indispensable « de faire de l'exigence majoritaire une exigence à caractère général et non plus à caractère exceptionnel »¹⁴³⁶. Cela conduit à approuver le droit d'opposition dans son principe¹⁴³⁷.

Le droit d'opposition permet de tempérer la critique de la représentativité par affiliation¹⁴³⁸ ainsi que du principe d'unicité de signature. La majorité d'opposition a été privilégiée en droit français en raison des organisations syndicales « ayant comme comportement assez habituel de refuser leur signature en fin de négociation alors même que souvent (elles) ne voyaient aucun inconvénient à ce que la convention s'applique à tous les salariés »¹⁴³⁹.

397. La règle de l'unicité de signature était de plus en plus contestée, en raison de l'affaiblissement des organisations syndicales, et de la possibilité de conclure des accords dérogatoires.

Pour que la représentativité coïncide avec la représentation, il a été proposé : d'étendre le droit d'opposition à tous les accords, ou d'imposer que l'accord soit signé par une majorité de syndicats représentatifs, ou bien de retenir que la majorité soit calculée en raison des résultats aux dernières élections professionnelles¹⁴⁴⁰, ou, enfin, de revenir à la représentativité prouvée¹⁴⁴¹.

Avant la réforme de 2004, la généralisation du droit d'opposition voire, de façon plus audacieuse, la conclusion de l'accord collectif par la majorité des syndicats représentatifs,

¹⁴³⁴ Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 206.

¹⁴³⁵ J. PELISSIER, « Droits des conventions collectives, Evolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Dalloz, 2001, p. 95, spéc. p. 104.

¹⁴³⁶ J. PELISSIER, *Ibidem*.

¹⁴³⁷ Y. CHALARON, *Op. cit.*, spéc. n° 206.

¹⁴³⁸ Y. CHALARON, *Ibidem*.

¹⁴³⁹ J. PELISSIER, *Op. cit.*, spéc. p. 105.

¹⁴⁴⁰ Le calcul de la majorité d'opposition, à la suite de la loi Auroux, se faisait par rapport au pourcentage recueilli par les organisations syndicales, au regard des inscrits sur les listes électorales. C'était une condition difficile à remplir en raison de la forte abstention. Il était donc nécessaire de changer le mode de calcul (F. SARAMITO, *Op. cit.*, spéc. p. 433).

¹⁴⁴¹ Comme établi par l'accord AXA qui prévoyait que l'entrée en application des accords d'entreprise était subordonnée à leur signature par des syndicats représentatifs et majoritaires, ayant obtenu la moitié des suffrages exprimés à l'occasion des élections professionnelles, même si, à l'époque, la licéité d'une telle clause était en question : G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, *Op. cit.*, spéc. p. 694.

étaient déjà préconisées¹⁴⁴². Il était proposé que cette majorité se fonde sur le résultat des élections professionnelles pour permettre de dégager une majorité syndicale (des votants et pas seulement des inscrits), le vote direct des salariés sur le texte n'intervenant qu'à défaut de représentations élues¹⁴⁴³.

Ainsi, une opinion se dégagait dans la doctrine, avant 2004, en faveur de ce qui est appelé la majorité d'engagement, c'est-à-dire la signature d'un accord collectif par les syndicats représentant la majorité des salariés. « Le développement d'une dynamique majoritaire semblait désormais quasi inéluctable, quel que soit l'objet de la négociation », afin de renforcer l'adhésion des salariés¹⁴⁴⁴. Les organisations syndicales y semblaient aussi favorables¹⁴⁴⁵.

398. Si la consécration du principe majoritaire faisait consensus, ses modalités de mise en œuvre étaient plus discutées, notamment concernant la détermination de la majorité.

Certains ont proposé que la majorité, au niveau de la branche et interprofessionnel, soit déterminée par rapport au nombre d'organisations signataires¹⁴⁴⁶. Dans l'entreprise, il a été suggéré que la majorité soit calculée en fonction de l'audience obtenue des syndicats aux dernières élections professionnelles, par le scrutin référendaire, sans que ces deux modalités se cumulent¹⁴⁴⁷.

Il a également été proposé de favoriser une majorité relative, voire même une majorité d'engagement de 30% des électeurs inscrits pour les accords d'entreprise, et une majorité en nombre d'organisations pour la branche¹⁴⁴⁸. Certaines de ces solutions ont été retenues par la loi du 4 mai 2004.

« En réalité, l'absence de volonté politique de s'attaquer de front au problème de la représentativité et surtout à celui de la « présomption » de représentativité s'est traduite par l'extension de la règle majoritaire apparue récemment dans la loi du 3 janvier 2003, en

¹⁴⁴² G. BORENFREUND, *Ibidem* ; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. RODIERE, LGDJ, Bibli. de droit privé, Tome 291, 2000, spéc. n° 408 et 409 ; F. SARAMITO, *Op. cit.*, spéc. p. 437.

¹⁴⁴³ F. PETIT, *Op. cit.*, spéc. n° 410.

¹⁴⁴⁴ G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 430 ; F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats du travail*, Traité des contrats, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2001, spéc. n° 732.

¹⁴⁴⁵ Cf. la Position commune, et pour la CGT : cf. *Le Peuple* n° 1504 du 9/06/1999, Négociation collective, démocratie, représentativité : les propositions de la CGT ; *Le Peuple* n° 1505 du 23/06/1999, Représentativité et démocratie ; *Le Peuple* n° 1529, P.-J. ROZET, Règles de négociation et de représentativité.

¹⁴⁴⁶ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 432.

¹⁴⁴⁷ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 433.

¹⁴⁴⁸ J. PELISSIER, *Op. cit.*, spéc. p. 106 ; aussi : G. BELIER, *Le dialogue social dans l'entreprise*, *Sem. soc. Lamy*, 20 octobre 2003, supp. n° 1140, p. 23.

matière d'accords de méthode et, avant elle, de façon fort timide dans la loi du 19 janvier 2000 »¹⁴⁴⁹.

La loi du 4 mai 2004 instaure une nouvelle légitimité qui est l'accord majoritaire¹⁴⁵⁰, en instaurant à tous les niveaux une exigence de majorité, pour ne pas remettre en cause la représentativité¹⁴⁵¹.

399. La loi introduit, comme condition de validité de la convention collective, l'exigence d'une absence d'opposition ou bien l'exigence d'une conclusion d'un accord majoritaire.

Le droit d'opposition est applicable sans aménagement conventionnel préalable, « la règle, souvent présentée de manière supplétive, risque en réalité d'être fréquemment appliquée »¹⁴⁵².

Il s'agit d'un « nouveau » droit d'opposition qui est vraiment différent du droit antérieur¹⁴⁵³.

La majorité d'opposition, qui est possible à tous les niveaux de négociation, est l'unique modalité retenue au niveau interprofessionnel. A ce niveau, choisir une majorité d'engagement aurait pu conduire au blocage de la négociation¹⁴⁵⁴.

Cependant, la majorité arithmétique d'opposition pour la conclusion d'un accord interprofessionnel¹⁴⁵⁵ n'est pas forcément heureuse car un accord conclu uniquement par deux syndicats, donc minoritaires au sens de la loi, peut, en fait, représenter plus de la moitié des salariés. Ce serait le cas d'un accord signé par la CFDT et la CGT, ces deux confédérations regroupant 57 % des suffrages exprimés aux élections prud'homales de 2002¹⁴⁵⁶. De plus, cette règle prend en compte de la même façon les confédérations syndicales considérées comme représentatives de façon irréfragable, alors qu'elles n'ont pas le même nombre d'adhérents¹⁴⁵⁷. Le législateur aurait pu choisir un autre mode de calcul de la majorité, en se fondant sur des résultats d'élection. Cette méthode présentait, toutefois, des inconvénients. Calculer la majorité, en se basant sur les élections prud'homales qui connaissent une forte

¹⁴⁴⁹ L. BONNARD-PLANCKE, Convention collective et collectivité de travail, Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective, *Dr. social*, 2005, p. 866, spéc. p. 868. (L. n° 2003-6, 3 janvier 2003, art. 2 ; L. n° 2000-37, 19 janvier 2000, art. 19 IV).

¹⁴⁵⁰ G. VACHET, La réforme de la négociation collective L. n° 2004-391, 4 mai 2004, *JCP éd. E*, 2004, Commentaires 1245, p. 1332.

¹⁴⁵¹ L. BONNARD-PLANCKE, *Op. cit.*, spéc. p. 868.

¹⁴⁵² F. FAVENNEC-HERY, « Nouvelles légitimités : la référence majoritaire », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, sous la dir. de B. TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 17, spéc. n° 21.

¹⁴⁵³ J.-E. RAY, Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Dr. social*, 2004, p. 590, spéc. p. 598.

¹⁴⁵⁴ B. TEYSSIE, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *Op. cit.*, spéc. p. 2061, reprenant les propos de M. ANCIAUX devant l'Assemblée nationale.

¹⁴⁵⁵ Article L. 132-2-2, I du Code du travail (article L. 2232-2 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁵⁶ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 594.

¹⁴⁵⁷ F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, spéc. n° 25.

abstention, de l'ordre de 67% en 2002, ou en se basant sur les élections des comités d'entreprise qui ne concernent que cinq millions de salariés, n'était pas non plus une solution satisfaisante¹⁴⁵⁸.

400. Les partenaires sociaux, par le biais de la convention de branche, peuvent choisir la majorité d'engagement comme modalité de conclusion de l'accord collectif de branche ou d'entreprise. Cette règle est plus audacieuse que celle prévue par la Position commune de 2001, qui soumettait les accords de branche à la seule technique du droit d'opposition¹⁴⁵⁹.

La branche est responsable du choix de la majorité car, à défaut d'accord de branche, c'est la majorité arithmétique qui s'applique¹⁴⁶⁰. La convention de branche peut décider de fixer les modalités suivant lesquelles cette majorité est appréciée : soit la majorité est calculée en fonction d'une élection spécifique ; soit la majorité est calculée par rapport aux élections du comité d'entreprise et des délégués du personnel.

L'élection organisée exclusivement, afin de mesurer les taux recueillis par les syndicats représentatifs dans la branche pour calculer une majorité¹⁴⁶¹, était une idée de la commission de Virville¹⁴⁶². Une consultation *ad hoc* semble, néanmoins, contre-productive car elle risque de connaître un taux d'abstention très important. Il serait « indispensable au contraire d'adosser ce vote à d'autres opérations électorales afin d'améliorer le taux de participation »¹⁴⁶³. Une telle organisation d'élections pose des problèmes matériels (de calendrier et de coût), ainsi que juridiques : que deviendraient les accords conclus sur le fondement d'une telle élection en cas de contestation de celle-ci ?¹⁴⁶⁴

Un autre problème a trait au calcul de la majorité par rapport aux résultats des dernières élections professionnelles. L'ambiguïté de la réforme doit être soulignée, à cet égard, car les organes de représentation qui signent un accord collectif, ne sont pas les organes de représentation que l'on prend en compte pour dégager une majorité validant l'accord. Se pose donc la question de la cohérence entre les organes de représentation des salariés.

¹⁴⁵⁸ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 594.

¹⁴⁵⁹ B. TEYSSIE, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *Op. cit.*, spéc. p. 2063.

¹⁴⁶⁰ Article L. 132-2-2, II du Code du travail (article L. 2232-6 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁶¹ Cette élection est dénommée parfois « élection de représentativité » : ce terme est impropre car la qualité de syndicat représentatif n'est pas octroyé en l'état actuel du droit par une élection.

¹⁴⁶² Proposition n° 45.

¹⁴⁶³ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 595. L'auteur rappelle que deux tiers des électeurs se déplacent pour les élections du comité d'entreprise et des délégués du personnel.

¹⁴⁶⁴ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 596.

S'agissant de l'accord d'entreprise, l'accord de branche étendu choisit le type de majorité retenue, il doit privilégier la majorité d'engagement, à défaut, la majorité d'opposition s'applique¹⁴⁶⁵. Pourtant, le droit d'opposition risque de prévaloir dans les faits : « d'une part en raison de la configuration syndicale dans la plupart des branches : FO, CFTC et CFE-CGC, souvent arithmétiquement majoritaires à ce niveau seront peu portés à scier ... la branche sur laquelle ils sont assis. D'autre part, en l'absence de nouvel accord de branche prenant position, le silence vaudra choix du droit d'opposition, largement reconfiguré »¹⁴⁶⁶.

Dans l'entreprise, il est peu probable que la majorité soit constituée par un seul syndicat. Il existera plutôt une majorité à géométrie variable (les syndicats constituant des unions¹⁴⁶⁷), ce qui pourra prendre du temps au cours des négociations¹⁴⁶⁸.

401. Après la description des différentes majorités instituées, il convient de s'intéresser plus particulièrement à la détermination de la majorité dans l'entreprise. La façon dont est calculée la majorité, dans l'entreprise, est révélatrice de la volonté du législateur de voir les signataires d'un accord collectif d'entreprise représenter réellement la majorité des salariés. La réforme de 2004 vise, ainsi, à atténuer la distorsion entre représentants et représentés, dans les cas où la représentativité des syndicats est due à leur affiliation à un syndicat qui bénéficie de la présomption irréfragable. La majorité dans l'entreprise est alors déterminée par rapport aux dernières élections professionnelles.

La majorité d'opposition est calculée par rapport à la moitié des suffrages exprimés, au premier tour des dernières élections du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. La mise en œuvre de l'opposition est donc moins difficile qu'avant¹⁴⁶⁹. La majorité d'engagement est également calculée par rapport au premier tour des élections. Le premier tour des élections du comité d'entreprise ou des délégués du personnel est très important puisqu'il détermine toutes les composantes de la représentation syndicale dans l'entreprise.

A l'inverse, la carence constatée au premier tour des élections empêche toute majorité d'émerger et conduit à l'application de règles spécifiques, prévues à l'article L. 132-2-2, III du Code du travail¹⁴⁷⁰. La définition de ce qu'est la carence au premier tour des élections des

¹⁴⁶⁵ Article L. 132-2-2, III du Code du travail (articles L. 2232-12 et 2232-13 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁶⁶ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 596.

¹⁴⁶⁷ F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, spéc. n° 26.

¹⁴⁶⁸ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 597.

¹⁴⁶⁹ J.-E. RAY, *Op. cit.*, spéc. p. 598.

¹⁴⁷⁰ Article L. 2232-14 du Nouveau Code du travail.

représentants du personnel est déterminante des conditions de validité des conventions collectives dans l'entreprise.

L'arrêt *Addecco*, rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 20 décembre 2006¹⁴⁷¹, définit ce qu'il faut entendre par carence dans l'article L. 132-2-2 du Code du travail. Le juge a décidé que, lorsque le quorum n'est pas atteint au premier tour des élections des représentants du personnel, cela équivaut à la carence d'élection. Il en résulte l'obligation d'organiser un référendum. Si les syndicats n'arrivent pas à mobiliser sur leur liste, dès le premier tour, ils ne peuvent conserver la qualité de signataires de conventions collectives, l'avis des salariés est requis. La solution est sévère. En cas de carence, l'employeur doit négocier avec les organisations syndicales, mais doit ensuite soumettre cet accord à l'approbation des salariés, alors même que l'entreprise peut comporter des délégués syndicaux et que des élus du personnel peuvent être présents à la suite de l'organisation d'un second tour. Cela oblige donc les organisations syndicales à s'investir dans le cadre de l'entreprise, à avoir une activité forte et à développer des stratégies électorales pour mobiliser les salariés sur leur nom. S'ils n'y parviennent pas, ils sont dans une position d'extrême faiblesse dans l'entreprise car ils perdent leur prérogative de signataires d'accords, même en présence de délégués syndicaux. De plus, si un second tour est organisé et que les représentants du personnel sont élus, les syndicats devront attendre le renouvellement des mandats, soit quatre ans¹⁴⁷², pour espérer que le quorum soit atteint au premier tour, et qu'une majorité se dégage.

La Cour de cassation, dans cet arrêt, a rendu une interprétation spéciale de « carence d'élections professionnelles » en matière de négociation collective¹⁴⁷³.

Il faut également signaler que cette interprétation va l'encontre de la circulaire ministérielle du 22 septembre 2004 (point 1.1.3 et 1.3.1.1) qui prévoyait le décompte des voix, même en l'absence de quorum.

La solution de la Cour de cassation se justifie au regard de la finalité des nouvelles règles de la négociation collective et de la place accordée au principe majoritaire¹⁴⁷⁴ (comme condition nécessaire de validité d'une convention collective d'entreprise). « *Lorsque le quorum n'est*

¹⁴⁷¹ M. GREVY, Droit de la négociation collective d'entreprise et droit électoral : une articulation délicate, *RDT*, 2007, p. 307, note sous Soc. 20 décembre 2006 ; P.-Y. VERKINDT, Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles=carence, A propos de l'arrêt CGT Adecco (Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 2006), *Dr. social*, 2007, p. 453.

¹⁴⁷² Article L. 433-2 du Code du travail (article L. 2324-11 du Nouveau Code du travail) et L. 423-16 du Code du travail (article L. 2314-26 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁷³ P.-Y. VERKINDT, *Op. cit.*, spéc. p. 455.

¹⁴⁷⁴ M. GREVY, *Op. cit.*, spéc. p. 309.

*pas atteint, par définition le nombre de suffrages exprimés est inférieur à la moitié du nombre d'inscrits. La majorité des suffrages exprimés dans un tel premier tour, permet de mesurer le poids respectif de chaque organisation syndicale, mais non leur poids par rapport à une majorité de salariés. Elle est en tout cas très fragile au regard de la finalité même de la loi. Par ailleurs, l'absence de résultat électoral faute de quorum rend obligatoire l'organisation du second tour au regard du droit électoral, dont la viabilité doit être assurée. Il n'en reste pas moins que ce litige est révélateur des difficultés présentées par le recours aux résultats des élections professionnelles pour apprécier une condition de majorité pour la négociation collective »*¹⁴⁷⁵.

402. L'exigence majoritaire a pour conséquence d'élargir l'objet des élections professionnelles qui se transforment en choix de représentants élus et en choix de négociateurs, alors que les organes élus n'ont pas vocation à négocier¹⁴⁷⁶. Il aurait, sans doute, été préférable d'organiser un scrutin spécial, uniquement pour déterminer la majorité amenée à négocier et à conclure des conventions collectives¹⁴⁷⁷.

La réforme de la légitimité de l'acte conventionnel implique la signature de syndicats représentant la majorité des salariés. Dans l'entreprise, lorsque les syndicats n'obtiennent pas la majorité, le législateur a décidé de mettre en œuvre le principe majoritaire en demandant directement l'approbation de la majorité des salariés.

B. Le référendum¹⁴⁷⁸ : l'approbation par la majorité des salariés

403. Le référendum, dont il est question ici, est celui qui est utilisé dans le cadre de la conclusion de normes conventionnelles. Il ne s'agit pas de la pratique du référendum en vue, simplement, de connaître l'opinion des salariés dans une matière¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁵ Communiqué de la Cour de cassation à propos de l'arrêt de la chambre sociale du 20 décembre 2006, *Dr. social*, 2007, p. 458.

¹⁴⁷⁶ G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 434.

¹⁴⁷⁷ G. BORENFREUND, *Op. cit.*, spéc. p. 436. « L'exigence majoritaire favorise ce faisant une forme d'affranchissement des salariés au regard de leur condition de subordonné, par une manifestation authentique de volonté rapportée à la conclusion d'un accord collectif » (spéc. p. 437).

¹⁴⁷⁸ Ce terme fait référence à l'approbation par le corps électoral français (cf. Vocabulaire juridique, G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} Ed. « Quadrige », 2007, p. 783). On entend ici, par extension, l'organisation d'un vote des salariés dans l'entreprise.

¹⁴⁷⁹ Comme la consultation du personnel avant un mouvement de grèves, J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 1076. Voir aussi D. BOULMIER, L'expression majoritaire des

Le référendum est une technique employée afin d'asseoir une décision sur la volonté de la majorité des salariés. C'est une forme d'expression du principe majoritaire. Dans cette perspective, le référendum¹⁴⁸⁰ est utilisé pour la mise en place d'horaires individualisés dans les entreprises dépourvues de représentation du personnel¹⁴⁸¹. Le référendum peut également décider de l'instauration d'un accord d'intéressement¹⁴⁸² ou de participation¹⁴⁸³. Cette modalité est une alternative possible à la conclusion d'un accord collectif ou d'un accord avec le comité d'entreprise¹⁴⁸⁴.

404. Le référendum a été également prévu par les lois sur la réduction du temps de travail, en raison du changement des conditions de validité de l'accord collectif qu'elle introduisait¹⁴⁸⁵. Le référendum était utilisé, non pas pour conditionner la validité d'un accord sur la réduction du temps de travail, mais pour permettre un allègement de charges patronales. Il avait un caractère simplement consultatif. Il demeurait indépendant juridiquement de l'accord de réduction du temps de travail, puisque si le référendum était négatif, il n'entraînait pas systématiquement la dénonciation de l'accord¹⁴⁸⁶. Il a été relevé que ce cas de référendum faisait entrer les salariés électeurs dans le droit de la négociation collective : il paraissait « prévisible que les accords minoritaires ser(aient) à l'avenir minorés, voire dévalorisés (« licites mais illégitimes »), et les majoritaires majorés, présentés comme les seuls vraiment

salariés dans l'entreprise, lie-t-elle la minorité ?, 2^{ème} partie les consultations non réglementées, *Sem. soc. Lamy*, 9 février 1998, n° 873, p. 5.

¹⁴⁸⁰ Il est évoqué ci-après les hypothèses en droit du travail dans lesquelles un référendum est utilisé. Il est utile de mentionner que l'article L. 911-1 et suivant du Code du travail prévoit la possibilité de soumettre à référendum la détermination des garanties complémentaires des salariés. C'est un cas particulier puisque ce n'est pas un mode alternatif à la convention collective ou à l'accord atypique, mais un mode de conclusion à part entière pour un régime complémentaire (G. BRIENS, Le référendum : une forme d'accord collectif méconnue, *Sem. soc. Lamy*, 28 juillet 2003, n° 1133, p. 8). Cet accord ne produit pas forcément les mêmes effets qu'une convention collective. D'ailleurs, la jurisprudence les qualifie d'engagements unilatéraux ratifiés par référendum : Soc. 26 septembre 2002, RJS 12/02, n° 1438, et note M. ROUSSEAU, *JCP éd. E*, 2003, chr. 1553, p. 1764.

¹⁴⁸¹ L'accord de l'inspecteur du travail est nécessairement requis : article L. 212-4-1 du Code du travail (article L. 3122-24 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁸² Article L. 441-1 du Code du travail (article L. 3312-5 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁸³ Article L. 442-10 du Code du travail (article L. 3322-6 du Nouveau Code du travail). Pour une description précise de l'émergence de la technique référendaire : J. GRIMALDI D'ESDRA, Nature et régime juridiques du référendum en droit social, *Dr. social*, 1994, p. 397, spéc. p. 400 ; D. BOULMIER, l'expression majoritaire des salariés de l'entreprise, lie-t-elle la minorité ?, 1^{ère} partie : les consultations réglementées, *Sem. soc. Lamy*, 2 février 1998, n° 872, p. 6.

¹⁴⁸⁴ Y. CHALARON, *Op. cit.*, spéc. n° 160.

¹⁴⁸⁵ Article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et D. n° 2000-113 du 9 février 2000. B. GAURIAU, Le référendum et les accords « Aubry II » (A propos de l'article 19 de la loi), *Dr. social*, 2000, p. 311.

¹⁴⁸⁶ B. GAURIAU, *Op. cit.*, spéc. p. 317.

légitimes »¹⁴⁸⁷. Ces lois ont amorcé véritablement la nécessité d'une majorité dans la conclusion d'une convention collective, comme signe d'une véritable légitimité.

Les auteurs ont souligné, à l'époque des lois sur la réduction du temps de travail, leur refus d'un référendum décisionnel¹⁴⁸⁸ car ils y voyaient la menace d'une division syndicale encore plus grande, et même l'instillation de l'idée chez les salariés que l'on peut se passer des syndicats¹⁴⁸⁹. D'ailleurs, M. AUROUX affirmait : « Le référendum, c'est la mort du fait syndical »¹⁴⁹⁰. En ce sens, le référendum ne devrait rester qu'un « acte de légitimation exceptionnel dans l'intérêt des syndicats »¹⁴⁹¹ et non un outil utilisé par l'employeur pour aller à l'encontre des syndicats qui auraient des difficultés à s'opposer à des mesures ayant recueilli l'adhésion de la majorité du personnel¹⁴⁹².

405. Le référendum a été introduit comme l'une des conditions de validité des conventions collectives d'entreprise par la loi du 4 mai 2004¹⁴⁹³. Il participe du renforcement du fait syndical dans l'entreprise. La loi prévoit son utilisation dans trois hypothèses : soit pour rendre valable un accord conclu par une organisation syndicale minoritaire alors que la majorité d'engagement est requise¹⁴⁹⁴ ; soit pour pallier la carence d'élections professionnelles permettant de déterminer la (ou les) organisation(s) syndicale(s) représentative(s) majoritaire(s) dans l'entreprise¹⁴⁹⁵ ; soit pour entériner un accord d'entreprise conclu avec un salarié mandaté¹⁴⁹⁶. Le référendum, entérinant l'accord signé par un employeur et des organisations syndicales représentatives, est un référendum négocié¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁸⁷ J.-E. RAY, Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective (à propos des articles 11 et 15 du projet de loi), *Dr. social*, 1999, p. 1018, spéc. p. 1025.

¹⁴⁸⁸ B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, *Dr. social*, 1998, p. 338, spéc. p. 346, A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 418.

¹⁴⁸⁹ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 419.

¹⁴⁹⁰ JO, Débats AN, 2^{ème} séance du 10 juin 1982, p. 3245, cité par B. GAURIAU, *Op. cit.*, p. 338.

¹⁴⁹¹ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 419.

¹⁴⁹² J. SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, *Op. cit.*, spéc. p. 190.

¹⁴⁹³ Le référendum négocié a été créé par la pratique et a permis de renforcer la légitimité des accords, sans nier celle des organisations syndicales. Accord Potain et Montabert du 22 mars 1993, Accord Thomson Tubes Electroniques du 15 avril 1993 et Thomson-Brandt-Armement du 6 octobre 1993, cités par M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, Regards sur le référendum, *Liaisons sociales Magazine*, 1993, n° 84, p. 88, spéc. p. 90.

¹⁴⁹⁴ Article L. 132-2-2, III, 1^o, 2^{ème} proposition du Code du travail (article L. 2232-12, 1^o, 2^{ème} phrase du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁹⁵ Article L. 132-2-2, III, 4^{ème} al. du Code du travail (article L. 2232-14 du Nouveau Code du travail).

¹⁴⁹⁶ Article L. 132-26, III, 4^{ème} al. du Code du travail (article L. 2232-27 du Nouveau Code du travail). Cette solution était déjà préconisée dans la position commune du 16 juillet 2001, point I, 2.

¹⁴⁹⁷ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 419 et 420.

406. L'article L. 132-2-2, III du Code du travail¹⁴⁹⁸ prévoit qu'en cas de carence d'élections professionnelles permettant d'établir les organisations syndicales majoritaires ou, lorsque la majorité d'engagement est requise et que les organisations syndicales ne satisfont pas à l'exigence de majorité¹⁴⁹⁹, la validité de l'accord collectif est subordonnée à l'approbation de la majorité des salariés dans le respect des principes généraux du droit électoral. Les salariés participant à ce vote sont ceux présents au sein de l'entreprise au moment de l'organisation du scrutin, cela exclut notamment les personnes mises à disposition temporairement de l'entreprise¹⁵⁰⁰.

L'initiative du référendum est confiée aux organisations syndicales de salariés signataires, auxquelles peuvent s'associer les organisations non signataires. « Que des organisations syndicales non signataires de la convention ou de l'accord s'associent à une initiative dont le but est d'assurer la validité de celui-ci (puisque faute d'approbation par les salariés il demeurera privé d'effet) risque fort d'être peu fréquent »¹⁵⁰¹.

L'autre hypothèse de référendum est prévue à l'article L. 132-26, III du Code du travail¹⁵⁰² : lorsqu'un accord de branche étendu l'autorise, en l'absence de délégué syndical et en cas de carence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, une organisation syndicale représentative peut désigner un salarié mandaté, qui conclut des accords collectifs devant être approuvés par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

407. Les articles D. 132-1 et D. 132-3 du Code du travail¹⁵⁰³ fixent les modalités de mise en place du référendum.

La consultation intervient après la conclusion de l'accord d'entreprise ou d'établissement, les syndicats doivent notifier leur demande d'organisation du référendum à l'employeur (ainsi qu'aux autres syndicats) dans un délai maximum de huit jours suivant la signature. L'employeur fixe ensuite les modalités du déroulement du référendum (information des salariés, lieu, date, heure...) dans un délai de quinze jours. Tout litige né des modalités d'organisation de ce vote est de la compétence du tribunal d'instance (saisi par les syndicats)

¹⁴⁹⁸ Article L. 2232-14 du Nouveau Code du travail.

¹⁴⁹⁹ Le référendum interviendra peut-être plus souvent dans les entreprises où les signataires habituels étaient les syndicats majoritaires. Ainsi, « avec la négociation collective annuelle obligatoire, l'éventualité d'un référendum annuel n'est donc pas une hypothèse d'école dans nombre d'entreprises où les syndicats signataires habituels étaient minoritaires » : J.-E. RAY, Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Op. cit.*, spéc. p. 600.

¹⁵⁰⁰ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, *Op. cit.*, spéc. n° 588.

¹⁵⁰¹ B. TEYSSIE, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *Op. cit.*, spéc. p. 2065.

¹⁵⁰² Article L. 2232-25 du Nouveau Code du travail.

¹⁵⁰³ D. n° 2005-64, 28 janvier 2005, art. 1^{er}.

qui statue en la forme des référés et en dernier ressort. Le tribunal d'instance doit être saisi dans un délai de huit jours à compter de la notification des modalités de déroulement du référendum, sinon les modalités arrêtées par l'employeur s'appliquent.

Les salariés doivent être informés, quinze jours avant la date prévue du scrutin, de ses modalités et du texte soumis au vote. Le déroulement du vote a lieu pendant le temps de travail, au scrutin secret.

Le résultat du vote fait l'objet d'un procès-verbal. La publicité dans l'entreprise est réalisée par voie d'affichage du procès-verbal. Le procès-verbal est annexé à l'accord lors des mesures de publicité prévues aux articles L. 132-10¹⁵⁰⁴ et R. 132-1 du Code du travail.

Les modalités du référendum, organisé à la suite d'un accord conclu par un salarié mandaté (en raison de l'absence de délégué syndical et de la carence constatée de comité d'entreprise ou de délégué du personnel), dans les conditions prévues à l'article L. 132-26, III du Code du travail¹⁵⁰⁵, sont quelques peu différentes de l'hypothèse décrite ci-dessus. Le déroulement des opérations électorales et des suites du vote (article D. 132-3 du Code du travail) sont identiques, mais l'organisation du vote n'est pas la même (article D. 132-2 du Code du travail). L'employeur décide du déroulement des opérations électorales (information des salariés...) dans un délai de quinze jours suivant la conclusion de l'accord, et après la consultation du (ou des) salarié(s) mandaté(s). Les modalités d'organisation du vote sont notifiées aux salariés mandatés.

Se pose, tout de même, le délicat problème de la formulation du texte soumis au vote des salariés. Comment formuler une question, à laquelle il doit être répondu par oui ou par non, s'agissant d'une convention abordant de multiples sujets ?¹⁵⁰⁶

Une fois cet accord approuvé par les salariés, il devient un accord majoritaire « puisqu'il aura reçu l'adhésion de la majorité de ceux qui vont être directement concernés par la norme établie »¹⁵⁰⁷. Même si l'accord conclu par un salarié mandaté doit être suivi d'un référendum, il s'agit d'espérer le développement d'une présence syndicale dans l'entreprise¹⁵⁰⁸.

408. L'accord, qui n'est pas approuvé par la majorité des salariés, est réputé non écrit¹⁵⁰⁹. Il

¹⁵⁰⁴ Article L. 2231-6 du Nouveau Code du travail.

¹⁵⁰⁵ Article L. 2232-25 du Nouveau Code du travail.

¹⁵⁰⁶ F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, p. 17, spéc. n° 27.

¹⁵⁰⁷ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, *Op. cit.*, spéc. n° 648.

¹⁵⁰⁸ B. TEYSSIE, Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés, *D*, 2004, chr. p. 2383, spéc. n° 43.

¹⁵⁰⁹ Article L. 132-26 III, alinéa 4 du Code du travail (article L. 2232-27 du Nouveau Code du travail).

ne se transforme pas en un engagement unilatéral¹⁵¹⁰. Cependant, s'il y a échec du référendum, « rien n'empêche le chef d'entreprise, sur les points qu'il est en droit de traiter de manière unilatérale, d'appliquer spontanément certaines des mesures auxquelles il avait consenti dans le cadre de la convention ou de l'accord »¹⁵¹¹.

409. Le référendum, tel qu'il est prévu par la loi du 4 mai 2004, est un référendum décisionnel (par opposition au référendum simplement consultatif¹⁵¹²), les salariés ayant par leur vote la faculté d'octroyer ou non la qualité d'accord collectif. Ainsi, il est nécessaire que la majorité des salariés approuvent le texte pour que ce dernier revête la qualification d'accords collectifs. L'exigence du vote des salariés est complémentaire du rôle des syndicats. La présence syndicale n'est pas évincée par cette nouvelle modalité, puisque, que ce soit dans les hypothèses de l'article L. 132-2-2 III ou dans l'hypothèse de l'article L. 132-26 III, l'accord est négocié dans un cas par un délégué syndical et, dans l'autre, par un salarié mandaté par une organisation syndicale¹⁵¹³. Les représentants du syndicat sont les négociateurs de cet accord, la qualité de partie est donc partagée. Les représentants syndicaux négocient l'accord, alors que le personnel l'entérine.

L'introduction du référendum, comme condition de validité, sert à octroyer une légitimité majoritaire. Il pose aussi la question de la réforme de la représentativité syndicale¹⁵¹⁴. En effet, alors que la présomption de représentativité reposait sur une idée de majorité¹⁵¹⁵, la réalité s'est éloignée de cette idée, « le référendum permet de compenser l'écart qui se creuse parfois entre la base et les syndicats »¹⁵¹⁶. Le référendum compense une absence de légitimité des syndicats représentatifs dans les hypothèses de l'article L. 132-2-2 III (signature par un syndicat minoritaire, carence d'élections professionnelles pour déterminer les syndicats majoritaires, mandatement). Le référendum permet d'appliquer le principe majoritaire puisqu'il est mis en place dans les hypothèses où l'accord est signé par un (ou des) syndicat(s)

¹⁵¹⁰ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, spéc. n° 62.

¹⁵¹¹ B. TEYSSIE, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *Op. cit.*, spéc. p. 2066.

¹⁵¹² B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, *Op. cit.*, spéc. p. 340. Comme l'expliquait M. GAURIAU, la consultation du personnel peut toujours avoir lieu à titre consultatif, du moment qu'elle ne contrevient pas aux dispositions du Code du travail relativement aux prérogatives des représentants syndicaux ou élus (spéc. p. 341).

¹⁵¹³ Le salarié mandaté est appelé car il n'y a aucune représentation élue du personnel dans l'entreprise, il vient pallier déjà l'absence de toute représentation. Par le référendum, la collectivité des travailleurs vient légitimer un accord, alors qu'elle n'avait élu aucun représentant ou qu'un représentant n'avait pas été désigné par un syndicat représentatif. (Articles L. 2232-14 et L. 2232-25 du Nouveau Code du travail).

¹⁵¹⁴ B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, *Op. cit.*, spéc. p. 346.

¹⁵¹⁵ S. YANNAKOUROU, *Op. cit.*, spéc. p. 334 et suiv.

¹⁵¹⁶ B. GAURIAU, *Op. cit.*, spéc. p. 346.

qui n'a (ou n'ont) pas obtenu la majorité des voix aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise ; lorsque les élections n'ont pas eu lieu ou qu'elles n'ont pas permis de dégager des organisations majoritaires ; ou bien lorsqu'un salarié est mandaté, parce que l'absence de présence syndicale dans l'entreprise empêche de mesurer le pourcentage recueilli par l'organisation syndicale mandataire. Ainsi, le référendum garantit l'application du principe majoritaire et renforce la légitimité de l'accord collectif d'entreprise.

410. Le référendum est relégué à une place subalterne dans la loi du 4 mai 2004¹⁵¹⁷ et vient en renfort du fait syndical. Le référendum, tel que prévu à l'article L. 132-2-2 III du Code du travail, est une session de rattrapage pour l'accord minoritaire¹⁵¹⁸, lorsque la majorité d'engagement est envisagée par la branche. L'initiative de ce référendum revient aux signataires (les non signataires pouvant s'associer), ce qui est logique, puisque le texte auquel ils ont donné leur accord n'est pas valable sans l'assentiment des salariés. Les organisations syndicales minoritaires ne peuvent pas prendre le risque d'un désaveu car elles pourraient être décrédibilisées¹⁵¹⁹. Le référendum ne peut se concevoir que comme un appui du fait syndical. Il en va de même dans l'hypothèse où le vote des salariés vient approuver un texte qui est négocié et conclu par un salarié mandaté. L'intervention du salarié mandaté n'a lieu qu'en cas d'absence de délégué syndical et de carence de représentants élus. L'organisation syndicale mandataire a tout intérêt à être perçue par les salariés comme portant leurs revendications. Le vote doit aller dans le sens de l'accord signé par le salarié mandaté, afin de faciliter une implantation syndicale future dans l'entreprise.

411. Lors d'un référendum, les salariés n'interviennent que pour approuver ou désapprouver l'accord, il n'est pas prévu qu'ils prennent part à son élaboration. Pourtant, les salariés, de façon informelle, peuvent faire entendre leur opinion sur l'objet de l'accord. Dans cette perspective, les nouvelles technologies de l'information et de la communication, l'intranet, ou encore les blogs sont des outils accessibles et permettent de diffuser de l'information rapidement. Les salariés sont, aussi, en mesure de faire usage de leur droit d'expression¹⁵²⁰. Ainsi, au cours des négociations, le délégué syndical ou le salarié mandaté peut connaître l'opinion des salariés. Certains envisagent même que des instituts de sondage

¹⁵¹⁷ N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, *Op. cit.*, spéc. n° 446.

¹⁵¹⁸ J.-E. RAY, Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Op. cit.*, spéc. p. 599 ; F. FAVENNEC-HERY, *Op. cit.*, spéc. n° 27.

¹⁵¹⁹ N. DAUXERRE, *Op. cit.*, spéc. n° 446.

¹⁵²⁰ Article L. 461-1 du Code du travail (articles L. 2281-1 et suivants du Nouveau Code du travail).

puissent être contactés¹⁵²¹. Une sorte de dialogue entre les représentants syndicaux et le personnel peut s'instaurer afin que l'accord issu de la négociation soit accepté.

412. L'absence de processus délibératif, dans le cadre d'un référendum d'approbation, peut être, de prime abord, critiquée au regard de l'exigence démocratique¹⁵²². Le référendum, tel qu'introduit par la loi du 4 mai 2004, instaure un processus délibératif, par l'action des représentants syndicaux qui sont censés défendre les intérêts matériels et moraux des salariés¹⁵²³. De plus, les salariés peuvent, de manière informelle, transmettre à ces mêmes représentants.

Les hypothèses de référendum retenues par la loi du 4 mai 2004 sont particulières et complémentaires du fait syndical. Pourtant, le référendum peut déstabiliser le fait syndical. Si on ouvre la voie au référendum alors que les organisations syndicales majoritaires ne l'ont pas signé, la possibilité est offerte aux salariés de se dresser contre les syndicats majoritaires non signataires¹⁵²⁴.

Néanmoins, ces hypothèses de référendum assurent une légitimité, par la manifestation d'une majorité, à des organisations représentatives minoritaires et au salarié mandaté. L'utilisation du référendum, telle qu'établie par la loi du 4 mai 2004, permet de conjuguer l'intérêt des syndicats et la légitimité de la norme.

413. La loi du 4 mai 2004 a décidé de fonder la légitimité de l'acte conventionnel sur le vote des salariés : soit sur les dernières élections professionnelles pour dégager les organisations syndicales signataires, ou soit sur la consultation directe des salariés en l'absence de syndicats majoritaires dans l'entreprise. Certains se demandent si la place accordée au vote des salariés, donc la mise en œuvre du principe majoritaire, n'est pas un retour aux sources¹⁵²⁵. Les thèses de ROUAST et PIROU, avant même que soit consacré un droit de la convention collective et de la représentativité, « obligent à constater d'emblée que la nécessité d'un lien entre représentativité et majorité est établi dès 1909 »¹⁵²⁶. Pour PIROU le

¹⁵²¹ J.-E. RAY, Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Op. cit.*, spéc. p. 600.

¹⁵²² En effet, lorsque l'employeur est le seul rédacteur de l'accord d'intéressement ou de participation, les salariés n'ont pas de garanties de protection de leurs intérêts et n'ont le choix que d'approuver ou de désapprouver ; B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, *Op. cit.*, spéc. p. 339.

¹⁵²³ N. DAUXERRE, *Op. cit.*.

¹⁵²⁴ G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 433 ; G. BELIER, Le dialogue social dans l'entreprise, *Sem. soc. Lamy*, 20 octobre 2003, supp. n° 1140, p. 23, spéc. p. 24.

¹⁵²⁵ L. BONNARD-PLANCKE, *Op. cit.*, spéc. p. 869.

¹⁵²⁶ L. BONNARD-PLANCKE, *Ibidem*.

vote permet de fonder solidement la notion d'intérêt collectif¹⁵²⁷. L'application de la règle majoritaire n'est pas inconciliable avec les attributions légales dévolues aux organisations syndicales représentatives. Il y a une conciliation entre la légitimité des acteurs et la légitimité des accords. « Comme PIROU, ROUAST attribue au « fait majoritaire » une place déterminante dans l'élaboration d'une théorie juridique faisant de la convention collective un acte applicable à l'ensemble de la collectivité salariée », justement parce que la majorité l'approuve¹⁵²⁸. Il était donc fondamental que le législateur impose le respect du principe majoritaire dans toutes les hypothèses de conclusion d'accords collectifs, afin de renforcer la légitimité de l'acte conventionnel. Mais cela ne contribue pas à résoudre tous les problèmes soulevés par le défaut de légitimité des acteurs eux-mêmes. Il convient de se demander quelles sont les possibilités de réforme de la représentativité des syndicats.

§ II - La réforme à poursuivre

414. La distorsion qui existe entre le concept de représentativité et de représentation¹⁵²⁹ doit être réduite par une réforme de la représentativité (et pas seulement de la légitimité de l'acte conventionnel). Cette réforme doit être envisagée à l'aune du droit de la négociation collective énoncé en 2004, afin que le système de relations professionnelles soit cohérent¹⁵³⁰.

La réforme de la représentativité est d'actualité : de nombreux rapports ont été rendus sur la question¹⁵³¹ et la presse généraliste s'empare régulièrement du sujet¹⁵³².

Il s'agit d'un véritable enjeu au regard du faible taux de syndicalisation, et de la possibilité offerte par la loi à la négociation dérogatoire (le champ d'application a été étendu par la loi du 4 mai 2004). S'ajoute à cela une faible représentation des travailleurs : 90 % des 2 300 000 entreprises françaises emploient moins de dix salariés. En conséquence, beaucoup de

¹⁵²⁷ L. BONNARD-PLANCKE, *Op. cit.*, spéc. p. 870.

¹⁵²⁸ L. BONNARD-PLANCKE, *Op. cit.*, spéc. p. 871.

¹⁵²⁹ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 2 et 3. C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Préf. A. MAZEAUD, Bibli. de droit social tome 43, LGDJ, 2006, n° 20.

¹⁵³⁰ « Qu'une réforme soit nécessaire ne saura surprendre tant les changements de toute nature, intervenus au cours de ces vingt dernières années, imposent une révision de tout le droit des relations professionnelles » (A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 411).

¹⁵³¹ De VIRVILLE ; HADAS LEBEL ; le Conseil économique et social.

¹⁵³² Voir récemment le dossier spécial du *Monde*, supplément Economie, du mardi 30 octobre 2007.

travailleurs ne bénéficient pas de représentation dans l'entreprise¹⁵³³. Il est donc intéressant de voir quelles sont les solutions préconisées.

Avant toute chose, il est important de « confirmer le respect de la fonction syndicale et, dans bien des entreprises, trouver le moyen de la conforter » et aussi de « faire de la méthode contractuelle le vecteur privilégié des mutations économiques et sociales »¹⁵³⁴. Ainsi, les règles de la représentativité doivent être profondément réformées (A), ce qui doit s'accompagner d'une évolution de la fonction syndicale (B).

A. Une réforme des règles de représentativité

415. Les réformes récentes du droit collectif du travail français (loi du 4 mai 2004, puis loi du 31 janvier 2007) n'ont pas traité la question de la représentativité. Cette réforme est pourtant nécessaire au regard du « renforcement de la fonction normative de la convention collective »¹⁵³⁵. Pour l'instant, la priorité est donnée à la concertation¹⁵³⁶. Le rapport HADAS-LEBEL et celui du Conseil économique et social sont des bases de réflexion.

Un consensus s'est dégagé en faveur d'une réforme mais non sur son contenu¹⁵³⁷. Les différentes réformes proposées doivent être évoquées (a), avant de voir celle qui nous semble la plus souhaitable (b).

a) Les réformes proposées

Certains auteurs envisagent une réforme « qui se bornerait à améliorer des points du droit positif comportant des défauts »¹⁵³⁸ (1). D'autres auteurs suggèrent une refondation totale des règles de représentativité (2).

1. L'adaptation des règles existantes

Les propositions visant à adapter les règles de représentativité s'articulent autour de la conception actuelle de la représentativité, c'est-à-dire le maintien des deux types de représentativité : la représentativité prouvée et la représentativité présumée. Dans cette

¹⁵³³ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 412.

¹⁵³⁴ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 412.

¹⁵³⁵ P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective : brève contribution sur la réforme, *Dr. social*, 2003, p. 87, spéc. n° 7.

¹⁵³⁶ *Sem. soc. Lamy*, 5 février 2007, n° 1293, p. 5.

¹⁵³⁷ A. ARSÈGUEL, Réformer sans bouleverser, *RDT*, 2006, Controverse, p. 288.

¹⁵³⁸ A. ARSÈGUEL, *Ibidem*.

optique, les réformes proposées visent à corriger les règles relatives à la présomption (α), ainsi que celles relatives aux critères de représentativité (β).

a) Réformer la présomption

416. La réforme de la présomption de représentativité est diverse. D'une part, l'idée est avancée de distinguer les différents niveaux de négociation. D'autre part, il est question de règles modifiant la nature de cette présomption de représentativité.

417. La réforme de la présomption de représentativité ne doit pas être la même selon les niveaux. L'idée était déjà énoncée dans la Position commune du 16 juillet 2001¹⁵³⁹. La loi du 4 mai 2004 a repris cette idée de traitement différencié, en ce qui concerne les conditions de validité de l'accord collectif, afin d'accroître la légitimité de ce dernier¹⁵⁴⁰.

La présomption irréfragable et la liste de l'arrêté de 1966 semblent « difficilement remplaçables » au niveau interprofessionnel¹⁵⁴¹. L'augmentation du nombre d'organisations sur la liste est une solution qui ne doit pas être exclue mais qui ne convient pas nécessairement¹⁵⁴². A ce niveau, la présomption de représentativité peut subir des réformes quant à la détermination des organisations syndicales pouvant en bénéficier. Il s'agit d'une révision de la liste « à des intervalles réguliers et suffisamment longs ». Cette proposition doctrinale emporte l'adhésion, d'autant qu'elle est exprimée en toute conscience des difficultés qu'elle est susceptible d'engendrer¹⁵⁴³. La révision de la liste, qui suscite des enjeux juridiques très importants en raison des prérogatives accordées aux organisations, nécessite que soient fixées des modalités équitables. Le rapport HADAS-LEBEL propose une révision périodique par décret. Le principe est acceptable, mais ses modalités sont discutables car la personne désignant les organisations représentatives est le ministre en charge de l'emploi. Il serait préférable que la désignation des organisations représentatives soit orchestrée par une commission d'experts¹⁵⁴⁴. Reste encore à déterminer sa composition¹⁵⁴⁵.

¹⁵³⁹ B. TEYSSIE, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *Op. cit.*, spéc. p. 2061.

¹⁵⁴⁰ B. TEYSSIE, *Ibidem*.

¹⁵⁴¹ B. TEYSSIE, *Op. cit.*, p. 2060.

¹⁵⁴² B. TEYSSIE, *Ibidem*.

¹⁵⁴³ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 414.

¹⁵⁴⁴ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 414.

Ce pourrait être « un organisme indépendant composé de représentants divers, des pouvoirs publics, des partenaires sociaux et peut-être d'autres collectivités intéressées »¹⁵⁴⁶. L'organisme pourrait être composé d'experts indépendants, pour une durée limitée, afin de réexaminer périodiquement la représentativité¹⁵⁴⁷.

De nouvelles modalités de désignation d'organisations syndicales représentatives, au niveau interprofessionnel, n'empêchent pas de conserver le système de la représentativité d'affiliation. On peut étendre cette représentativité aux organisations affiliées au niveau de la branche. Il est, également, possible de décider qu'au niveau interprofessionnel et de la branche, d'autres organisations puissent faire valoir leur représentativité en raison de leur résultat à des élections professionnelles¹⁵⁴⁸.

418. L'évolution des règles relatives à la représentativité peut concerner la nature de la présomption. L'idée a été avancée de changer la nature de cette présomption de représentativité en la transformant en présomption simple, au moins aux niveaux qui ont un champ d'application plus restreint que la branche¹⁵⁴⁹. La présomption irréfragable de représentativité doit être maintenue aux autres niveaux, afin de ne pas « renier les avantages d'une organisation qui dispose d'une assise nationale et d'un caractère interprofessionnel »¹⁵⁵⁰. Le retrait du caractère irréfragable de la représentativité, en ce domaine, pourrait être opéré par le législateur¹⁵⁵¹, ce qui serait une solution raisonnable, puisqu'elle ne concernerait que le niveau de l'entreprise. De plus, elle serait aisée à mettre en œuvre car il ne serait nécessaire que de faire la preuve de la représentativité, dont les règles sont bien établies. Par conséquent, la présomption accordée par affiliation au niveau de l'entreprise devrait être supprimée en ce qui concerne la prérogative de signature des accords collectifs, car « la portée de la représentativité d'emprunt déclenche nécessairement les discussions sur la légitimité même de

¹⁵⁴⁵ Il pourrait être présidé par un conseiller d'État, assisté par des personnes qualifiées et ayant une expérience dans la représentation syndicale : A. ARSÈGUEL, « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, *Op. cit.*, spéc. p. 29.

¹⁵⁴⁶ J.-M. VERDIER, Des propositions de grand intérêt, *RDT*, 2006, Controverse, p. 284, spéc. p. 286.

¹⁵⁴⁷ A. ARSÈGUEL, Réformer sans bouleverser, *Op. cit.*, spéc. p. 290.

¹⁵⁴⁸ A. ARSÈGUEL, « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, *Op. cit.*, spéc. p. 27 et 28.

¹⁵⁴⁹ M. DESPAX, La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971, *Dr. social*, 1971, p. 530, spéc. p. 534.

¹⁵⁵⁰ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 413.

¹⁵⁵¹ Cela avait déjà été proposé par DESPAX, *Op. cit.*, p. 536.

la représentation »¹⁵⁵². Sans nécessairement la faire disparaître, elle pourrait aussi être aménagée.

Le concept de représentativité présumée peut être utile pour certaines prérogatives, mais il « apparaît insuffisant s'agissant de la négociation collective, où la représentativité réelle et les rapports unissant les négociateurs aux salariés sont primordiaux »¹⁵⁵³.

Au niveau de la branche et de l'entreprise, la représentativité d'affiliation doit être maintenue, comme la présomption irréfragable. La représentativité d'emprunt demeure suffisante pour que les partenaires sociaux s'implantent sur le lieu de travail, alors que, en ce qui concerne la négociation et la conclusion d'accords collectifs, la représentativité d'emprunt doit être confortée par l'exigence de majorité introduite par la loi du 4 mai 2004 (qui apporte les correctifs suffisants aux effets de la présomption)¹⁵⁵⁴. Au sein de l'entreprise, pour corriger les effets de la présomption et de l'affiliation, et ainsi encourager une implantation réelle du syndicat, « l'habilitation à conclure (des accords collectifs) pourrait être subordonnée à la double condition d'être implanté dans l'unité de négociation, par exemple en ayant des délégués syndicaux d'entreprise, et d'y avoir des élus »¹⁵⁵⁵.

Un consensus semble se dégager concernant le maintien de la présomption irréfragable, au niveau interprofessionnel, à condition qu'elle soit révisable. La doctrine semble partagée sur les options suivantes, au niveau de l'entreprise : la suppression de la présomption irréfragable remplacée par une présomption simple, d'une part, et l'aménagement de la représentativité par affiliation, d'autre part. La présomption irréfragable n'est pas le seul aspect de la réforme de la représentativité. La réforme doit, également, se pencher sur les critères de la représentativité prouvée.

β) Réformer les critères de la représentativité

419. Si la représentativité prouvée est celle exclusivement retenue au niveau de l'entreprise, ou si elle reste l'alternative à la représentativité présumée, la détermination des critères établissant cette représentativité est importante.

¹⁵⁵² A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 414.

¹⁵⁵³ A. ARSÈGUEL, Réformer sans bouleverser, *Op. cit.*, spéc. p. 290.

¹⁵⁵⁴ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 290 et 291.

¹⁵⁵⁵ J.-M. VERDIER, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions), *Op. cit.*, spéc. p. 9.

La réforme des critères est souhaitée par les partenaires sociaux. Ainsi, le MEDEF, au moment de la réforme de 2004, a souhaité une révision des critères de représentativité, mais les organisations syndicales n'ont pas voulu y participer, estimant qu'elles ne devaient pas être parties prenantes du débat¹⁵⁵⁶. L'organisation patronale préconise encore aujourd'hui une représentativité syndicale régulièrement reconsidérée, en tenant compte du nombre d'adhérents et de l'audience réelle fondée sur les résultats obtenus aux élections professionnelles¹⁵⁵⁷.

La CFDT propose que l'audience soit mesurée par une élection organisée le même jour dans les entreprises et dans les branches, tout en réformant les modalités de scrutin : un seul tour, ouvert à toutes les organisations syndicales légalement constituées (supprimant les candidatures libres du second tour en cas d'absence de quorum). Concernant le niveau national interprofessionnel, les élections prud'homales peuvent être un bon outil de mesure¹⁵⁵⁸, sous réserve de réduire le taux d'abstention.

La doctrine est, par ailleurs, favorable à l'introduction d'un changement dans la détermination des critères de la représentativité. Ce changement concerne essentiellement la mesure réelle de l'influence du syndicat. L'audience, critère dégagé par la jurisprudence, aurait une place essentielle dans la détermination de la représentativité. Ce critère pourrait être nécessaire, sans qu'il soit suffisant, pour acquérir la représentativité en vue de la négociation et de la conclusion d'une convention collective.

La valorisation du critère de l'audience, dans la détermination de la représentativité, permettrait de redonner une légitimité réelle au syndicat qui parviendrait, ainsi, à prouver qu'il rassemble une majorité de voix sur son nom. Cette réforme serait en harmonie avec les règles de validité de la convention collective.

La valorisation de l'audience n'implique pas nécessairement, pour certains, une réécriture de la loi, et ce en raison des critères actuellement retenus par la jurisprudence. Cependant, il conviendrait d'affirmer « au besoin dans un texte, le contrôle de la Cour de cassation sur l'application des critères »¹⁵⁵⁹. L'ajout d'un critère obligeant au respect des valeurs

¹⁵⁵⁶ Entretien avec D. TELLIER, *Sem. soc. Lamy*, 27 septembre 2004, suppl. n° 1183, p. 15, spéc. p. 16.

¹⁵⁵⁷ *Sem. soc. Lamy*, 5 février 2007, n° 1293, p. 3 et 4.

¹⁵⁵⁸ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 419.

¹⁵⁵⁹ J.-M. VERDIER, Des propositions de grand intérêt, *Op. cit.*, spéc. p. 285.

républicaines, au respect de la non discrimination, et de l'action non violente serait le bienvenu¹⁵⁶⁰. L'inscription du critère de l'influence dans la loi ne serait pas « superflue »¹⁵⁶¹.

Retenir des critères quantitatifs ne serait pas judicieux, car la pratique des organisations syndicales ne semble pas évoluer vers une plus grande adhésion des salariés, et il semble difficile de développer une syndicalisation dans les petites et moyennes entreprises¹⁵⁶².

« Retenir une approche qualitative de la représentativité, et modifier en conséquence la liste des critères » serait, pour d'autres, un choix plus pertinent. Il s'agirait, dans la loi, de valoriser le critère de l'audience¹⁵⁶³. Cet argument est conforté par le développement de l'idée majoritaire dans le dialogue social¹⁵⁶⁴. Une réforme légale contraindrait notamment le juge à retenir le critère le plus pertinent (celui de l'audience) au regard du paysage syndical actuel.

420. Une nouvelle rédaction de l'article L. 133-2 du Code du travail a été proposée : « La représentativité des organisations syndicales est déterminée, selon la règle de concordance, à partir de leur indépendance et de leur influence établies, notamment, par leur audience auprès des salariés concernés et par leurs effectifs »¹⁵⁶⁵. Il s'agirait de suivre la position prise par la Cour de cassation dans les arrêts du 3 décembre 2002 en reprenant les exigences d'indépendance et d'influence, tout en laissant au juge l'appréciation de la réalité de la représentativité¹⁵⁶⁶.

Au regard des règles introduites par la loi du 4 mai 2004 concernant les règles de conclusion des conventions collectives dans la branche, la mesure de l'audience au niveau de la branche pourrait s'inspirer des résultats des élections professionnelles (comités d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel). La mesure de l'audience pourrait, également, résulter d'une consultation spécifique des salariés organisée périodiquement dans la branche (article L. 132-2-2, II du Code du travail¹⁵⁶⁷).

¹⁵⁶⁰ J.-M. VERDIER, *Ibidem*.

¹⁵⁶¹ J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, spéc. p. 287.

¹⁵⁶² A. ARSÈGUEL, Réformer sans bouleverser, *Op. cit.*, p. 288.

¹⁵⁶³ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 289.

¹⁵⁶⁴ A. ARSÈGUEL, *Ibidem*.

¹⁵⁶⁵ A. ARSÈGUEL, *Ibidem*.

¹⁵⁶⁶ A. ARSÈGUEL, *Ibidem*.

¹⁵⁶⁷ Article L. 2232-6 du Nouveau Code du travail.

L'élection reçoit, pourtant, quelques critiques, dans la mesure où la participation aux élections prud'homales ou au comité d'entreprise décroît (surtout pour les élections prud'homales¹⁵⁶⁸). Le déclin de la participation s'explique par un désintéressement des salariés de la « chose syndicale ».

421. Malgré les réserves suscitées par la référence aux élections professionnelles, le remaniement des critères déterminant la représentativité prouvée, octroyant une place essentielle à l'audience, serait opportun. Cela épouserait l'évolution des règles de conclusion des conventions collectives qui déterminent les conditions de majorité par rapport aux élections professionnelles (dans la branche et l'entreprise, qu'il s'agisse de la majorité d'engagement ou d'opposition). Il y aurait, ainsi, un rapprochement entre l'implantation réelle du syndicat et sa possibilité d'exercer certaines prérogatives, donc un rapprochement entre légitimité réelle et représentativité.

Les propositions, ci-dessus évoquées, modifient les règles existantes, tout en sauvegardant le modèle de la représentativité présumée et de la représentativité prouvée. D'autres réformes ont été proposées qui remettent en question ce schéma de la représentativité.

2. La refondation totale des règles de représentativité

422. La refondation totale des règles de représentativité consiste à revenir sur l'existence même de la présomption. La présomption est considérée comme faisant perdre le lien entre le syndicat représentatif et ceux qu'il représente. La perte de légitimité des syndicats serait due à une « perte de représentativité effective des syndicats » qui ne leur permettrait plus de « garantir l'authenticité de la représentation mise en œuvre »¹⁵⁶⁹, la représentativité dite présumée allant à « l'encontre de la logique profonde du vote »¹⁵⁷⁰. L'idée serait de créer un lien plus direct entre les représentants et les représentés, par le biais de l'élection. Le diagnostic est sans appel : il faut abandonner la présomption irréfragable de représentativité¹⁵⁷¹. En ce sens, les partisans de sa suppression veulent que l'élection soit le fondement de la détermination de la représentativité.

¹⁵⁶⁸ Le taux d'abstention est passé de 41,4 % des inscrits en 1982, à 67,3% en 2002 (chiffres fournis par la Dares).

¹⁵⁶⁹ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 395.

¹⁵⁷⁰ G. BORENFREUND, *Propos sur la représentativité syndicale*, *Op. cit.*, spéc. p. 483.

¹⁵⁷¹ ANTONMATTEI, *Négociation collective : brève contribution sur la réforme*, *Dr. social*, 2003, p. 87 ; C. FOURCADE, *Op. cit.*, n° 496.

423. Le rapport BOISSONNAT proposait déjà une représentativité justifiée par l'élection professionnelle, au niveau de l'entreprise, sans remettre en cause le monopole de présentation des candidats affiliés à ces syndicats au premier tour, et en appliquant le principe de majorité de signature¹⁵⁷². Pour garantir une meilleure représentation des salariés, il conviendrait de prendre en compte le vote des salariés.

Une réforme de la loi serait indispensable (les partenaires sociaux devraient-ils y contribuer ?) Pour certains, il pourrait s'agir d'une rédaction nouvelle de la loi, afin de renforcer la part de l'audience dans la détermination des critères¹⁵⁷³. La loi pourrait, en effet, permettre d'éviter un contentieux, si elle prévoyait que toute organisation ayant recueilli tel pourcentage aux dernières élections est considérée comme représentative. Le caractère représentatif serait déterminé à la suite du vote, la preuve du pourcentage obtenu et de l'indépendance étant suffisante. Cela soulève la question du maintien, ou non, du monopole de présentation de candidats, au premier tour des élections de comité d'entreprise et de délégués du personnel, par des syndicats représentatifs.

Pour d'autres, c'est la méthode de détermination des organisations qui devrait être révisée : les organisations syndicales les plus représentatives au niveau national seraient déterminées par l'élection à intervalles réguliers et suffisamment longs, par les salariés et les employeurs¹⁵⁷⁴. Les règles relatives à ces élections seraient fixées par la loi, qui devrait permettre à tous les salariés (et ceux involontairement privés d'emploi) de voter, et qui prévoirait les conditions d'élections, d'éligibilité, ainsi que des règles de campagne, proches de celles déjà connues¹⁵⁷⁵.

424. Une multitude de points de vue s'est exprimée récemment, émanant de personnes ou d'organismes d'horizons différents. Le rapport HADAS-LEBEL fait référence à cette suppression dans son scénario de transformation, précisant qu'une frange minoritaire du patronat et certains syndicats comme SUD y sont favorables¹⁵⁷⁶. Le Conseil économique et

¹⁵⁷² *Le travail dans vingt ans*, Rapport BOISSONNAT, La Documentation française, Odile Jacob, 1995, spéc. p. 307.

¹⁵⁷³ C. SACHS-DURAND, *Op. cit.*, spéc. p. 49 ; A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 419.

¹⁵⁷⁴ C. FOURCADE, *Op. cit.*, n° 497.

¹⁵⁷⁵ C. FOURCADE, *Op. cit.*, n° 509 et 510.

¹⁵⁷⁶ *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, mai 2006, spéc. p. 89.

social a rendu un avis (adopté par cent-trente-deux voix sur cent-quatre-vingt-dix-huit)¹⁵⁷⁷, dans le même sens, le 29 novembre 2006 qui a été diversement apprécié par les partenaires sociaux. Les uns ont abondé dans son sens, comme la CGT, la CFDT et l'UPA ; alors que FO, la CFTC, la CFE-CGC, le MEDEF et la CGPME ont manifesté leur hostilité¹⁵⁷⁸.

Le Conseil économique et social considère la présomption irréfragable de représentativité obsolète et propose que la représentativité soit assise sur des consultations électorales, organisées dans les entreprises, tous les cinq ans. Le choix du niveau de l'entreprise, pour le Conseil économique et social, n'est pas anodin car le Conseil estime qu'il faut établir un lien concret entre le salarié et l'organisation syndicale sur laquelle il choisit de porter ses suffrages. Selon le Conseil économique et sociale, une instance indépendante désignerait les syndicats susceptibles de prétendre à une représentativité nationale, qui seraient ensuite intronisés par le pouvoir réglementaire. Le Conseil économique et social n'est pas très précis sur cette question¹⁵⁷⁹.

425. Les secrétaires généraux de la CFDT et de la CGT ont un point de vue similaire sur la réforme de la représentativité, qui s'est manifesté dans une « proposition d'amendement » (de la future loi de modernisation du dialogue social), du 4 décembre 2006, remise aux présidents des groupes parlementaires¹⁵⁸⁰. Cette proposition a été rejetée car considérée comme prématurée¹⁵⁸¹. Les organisations syndicales regrettent que le projet de loi « de modernisation du dialogue social » n'aborde pas la question de la représentativité. La CFDT et la CGT préconisent que la représentativité soit fondée sur les élections professionnelles. Les organisations d'employeurs et de salariés auraient la tâche de définir, par accord collectif, les modalités des élections professionnelles d'entreprise ainsi que les dispositifs de représentation territoriale de branche (l'objectif étant de disposer d'une mesure de représentativité au niveau territorial et au niveau des branches professionnelles au plus tard le 1^{er} janvier 2010)¹⁵⁸². Les modalités des élections seraient différentes selon le niveau :

¹⁵⁷⁷ Actualités, *RDT*, 2007, p. 5.

¹⁵⁷⁸ La réforme de la représentativité voulue par le comité économique et social, *Sem. soc. Lamy*, 4 décembre 2006, n° 1285, p. 2.

¹⁵⁷⁹ La réforme de la représentativité voulue par le comité économique et social, *Op. cit.* D'autant que le comité économique et social laisse entendre que d'autres critères peuvent être pris en compte pour la détermination de la représentativité au niveau national, comme l'expérience, l'ancienneté et l'activité.

¹⁵⁸⁰ Position commune de la CFDT et de la CGT sur la représentativité syndicale, *Bref social*, 6 décembre 2006, n° 14762, *Liaisons sociales quotidien*, p. 1.

¹⁵⁸¹ Actualités, *RDT*, *Op. cit.*

¹⁵⁸² Position commune de la CFDT et de la CGT sur la représentativité syndicale, *Bref social*, 6 décembre 2006, n° 14762, *Liaisons sociales quotidien*, p. 1.

- Au niveau des entreprises, les élections professionnelles devraient être généralisées pour tous les salariés et, par branches, regroupées sur une même période. Les élections seraient ouvertes aux organisations syndicales interprofessionnelles reconnues représentatives, ainsi qu'aux syndicats légalement constitués et remplissant les critères d'autonomie, d'indépendance, de fonctionnement régulier et reposant principalement sur leurs adhérents. Pour les entreprises dépourvues de représentants du personnel, en particulier les très petites entreprises, il conviendrait de mettre en place des structures professionnelles territoriales. En leur sein, siègeraient des représentants des salariés issus de ces entreprises et élus par les salariés.

- Au niveau de la branche, la compilation des résultats des élections professionnelles d'entreprise et des élections des structures professionnelles territoriales permettrait de mesurer le poids respectif de chaque organisation syndicale. Seules les organisations syndicales qui atteindraient un seuil, qui reste à définir, seraient représentatives.

- Au niveau interprofessionnel, les organisations représentatives seraient celles considérées comme représentatives dans un nombre significatif de branches, celles-ci couvrant un nombre significatif de salariés (nombre qui reste à définir)¹⁵⁸³.

Cette réforme de la représentativité devrait conduire aussi, selon la CFDT et la CGT, à généraliser, comme condition de validité des accords collectifs, l'engagement des organisations syndicales signataires représentant ensemble une majorité de salariés dans le cadre de l'accord¹⁵⁸⁴.

426. La suppression de la présomption de représentativité, accompagnée de l'instauration à tous les niveaux de l'octroi de la représentativité par l'élection, est aussi partagée en doctrine. Certains auteurs ont ébauché des hypothèses en ce sens. La réforme de la représentativité, au niveau interprofessionnel, devrait privilégier l'élection sur le modèle des élections prud'homales, en définissant un nombre de sièges, tant du côté patronal que du côté salarial, pour une durée déterminée (cinq ans), au scrutin proportionnel en exigeant un pourcentage minimum pour siéger¹⁵⁸⁵, par exemple 10%¹⁵⁸⁶. Les conditions de validité d'une convention collective interprofessionnelle devraient alors être la majorité d'adhésion¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸³ *Ibidem.*

¹⁵⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁸⁵ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. n° 7.

¹⁵⁸⁶ C. FOURCADE, *Op. cit.*, n° 512.

¹⁵⁸⁷ C. FOURCADE, *Ibidem.*

Au niveau de la branche, la mesure de la majorité par nombre d'organisations, préconisée par la Position commune de 2001, n'est pas opportune. La représentativité doit être mesurée à l'aune du vote des salariés de la branche. « Se contenter des voix exprimées lors des élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise ne suffit pas dès lors que, pour diverses raisons, ces dernières ne sont pas organisées dans toutes les entreprises. Mieux vaut sans doute envisager une élection spécifique à l'instar de celle qui pourrait concerner la négociation nationale interprofessionnelle »¹⁵⁸⁸. D'ailleurs, une telle élection a été retenue dans l'article L. 132-2-2 II du Code du travail, par la loi du 4 mai 2004, seulement lorsqu'au niveau de la branche les partenaires sociaux ont conclu un accord de méthode¹⁵⁸⁹.

La proposition n° 45 de la commission dirigée par M. de VIRVILLE¹⁵⁹⁰ va dans le même sens. La commission propose de « mettre en place un instrument permettant de mesurer l'audience des organisations syndicales. Cette réforme devrait être élaborée en étroite concertation avec les organisations syndicales. Elle pourrait déboucher sur l'organisation, tous les cinq ans, d'une consultation des salariés dans les branches et les entreprises. Cette consultation servirait par ailleurs à désigner les juges prud'homaux ».

Les propositions pour réformer la représentativité sont multiples et ont vocation à améliorer la légitimité des partenaires sociaux. Il convient d'effectuer un choix parmi cet ensemble, pour dégager les solutions les plus adéquates.

b) La réforme souhaitée

427. La réforme des règles de représentativité¹⁵⁹¹ doit être pensée par rapport aux prérogatives accordées aux partenaires sociaux, notamment au regard du rôle qu'ils exercent dans l'élaboration des normes, qu'elles soient d'origine légale ou exclusivement professionnelles. Il est pertinent que les règles de représentativité diffèrent selon les niveaux d'intervention des partenaires sociaux, c'est-à-dire selon le niveau interprofessionnel, de

¹⁵⁸⁸ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. n° 13.

¹⁵⁸⁹ L'hypothèse est difficilement réalisable car ils doivent obtenir une majorité en nombre d'organisations. (Article L. 2232-6 du Nouveau Code du travail).

¹⁵⁹⁰ *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004.

¹⁵⁹¹ Le concept de représentativité doit continuer à exister, mais sa définition doit être modifiée. Certains pensent même que ce concept doit être supprimé : J.-J. SARFATI, Faut-il réformer la notion de représentativité syndicale après l'arrêt rendu le 18 juillet 2000 par la Cour de cassation ?, *PA*, 30 juillet 2000, n° 150, p. 16, spéc. p. 18.

branche et de l'entreprise¹⁵⁹². Il ne faut pas oublier que les partenaires sociaux, au niveau communautaire, font peser sur les partenaires sociaux au niveau interne, la responsabilité de la mise en œuvre des accords conclus.

428. Au niveau interprofessionnel, les partenaires sociaux ont de nombreuses prérogatives¹⁵⁹³. Ils participent notamment au dialogue social tripartite, aux procédures de concertation, ils peuvent élaborer des accords collectifs et ils sont les interlocuteurs de l'État. Il s'agit d'un niveau de négociation très vaste qui nécessite que l'État ne voie pas son interlocuteur changer trop souvent. Il est nécessaire de conserver la présomption irréfragable de représentativité à un tel niveau pour assurer une certaine continuité dans le dialogue social tripartite et dans les différentes négociations interprofessionnelles. Toutefois, l'exigence d'une certaine continuité ne signifie pas une immutabilité de la liste des organisations syndicales représentatives. La liste des organisations syndicales représentatives doit pouvoir être modifiée au bout d'un laps de temps assez long (une période qui permet de prendre en compte plusieurs mandats de conseillers prud'homaux), afin d'assurer une certaine stabilité. La liste établie doit correspondre aux grandes tendances du syndicalisme français, sa détermination doit tenir compte des résultats d'élections professionnelles et de l'activité réelle des syndicats. L'établissement d'une liste d'organisations syndicales représentatives, au niveau interprofessionnel, paraît délicat. De nouvelles inscriptions n'interviendraient que si des syndicats parviennent à démontrer une activité dans un nombre de branches suffisamment important. Le nombre de syndicats, figurant sur la liste, doit demeurer impair, en raison des conditions de validité des conventions collectives posées par la loi. Cette exigence disparaîtrait, si les conditions de validité d'une convention collective de niveau interprofessionnel étaient modifiées, en exigeant que la majorité soit calculée par rapport à des élections professionnelles. En effet, le nombre de syndicats sur la liste au niveau interprofessionnel importerait peu.

Il est primordial de confier l'établissement des listes des syndicats représentatifs, au niveau interprofessionnel, à une commission d'experts (juristes, sociologues, membres de l'administration du travail ...) dont la décision serait entérinée par décret.

¹⁵⁹² J.-M. VERDIER avait proposé d'avoir une notion de représentativité à géométrie variable, c'est-à-dire dont le contenu change selon la prérogative exercée (J.-M. VERDIER, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions), *Op. cit.*, spéc. p. 7). Cette proposition semble difficile à réaliser dans la mesure où les partenaires sociaux peuvent exercer concomitamment plusieurs prérogatives. Alors que la distinction des règles de représentativité, selon les niveaux, semble plus concevable car une organisation syndicale n'intervient pas au titre de plusieurs niveaux en même temps.

¹⁵⁹³ Gestion de la sécurité sociale, de l'Unedic : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 564.

429. La présomption de représentativité par affiliation doit demeurer, concernant les organisations syndicales de branche qui appartiennent aux organisations interprofessionnelles représentatives de façon irréfragable. Cela se justifie par les prérogatives dévolues aux partenaires sociaux au niveau de la branche. Il s'agit, en effet, d'un niveau qui connaît un dialogue social tripartite important, développé notamment au niveau communautaire dans les comités de dialogue social sectoriel. De plus, c'est un niveau qui a en charge (s'il le souhaite) de décider des conditions de validité des conventions collectives (au niveau de la branche et de l'entreprise), des dérogations possibles à l'accord de branche. L'accord de branche a un véritable rôle structurant des relations professionnelles. Ainsi, les organisations syndicales représentatives, à ce niveau, doivent connaître une certaine stabilité.

Toutefois, certaines organisations de branche doivent aussi être reconnues représentatives en rapportant la preuve de leur représentativité à ce niveau. La détermination des critères de représentativité doit être établie en fonction de leur influence réelle, telle que le prévoit actuellement la jurisprudence. Une loi pourrait entériner cette solution jurisprudentielle, mais cela ne semble pas nécessaire, la loi n'étant pas plus stable que la jurisprudence. Le recours au critère de l'audience, pour caractériser l'influence du syndicat, doit être privilégié. Cela est pertinent au regard des règles de conclusion des conventions collectives qui prévoient que l'accord de branche peut être conclu par des organisations syndicales représentant la majorité au regard des dernières élections professionnelles, ou d'une élection spécifiquement organisée au niveau de la branche. Si le résultat de l'élection devient déterminant dans l'appréciation de la représentativité, il faut espérer que le taux d'abstention soit faible pour garantir une forte légitimité.

La branche est un niveau important car elle est le relais des secteurs communautaires. Elle doit veiller à transcrire les accords de niveau communautaire, ce qui aura de plus en plus d'importance, en raison du développement de l'activité des syndicats au niveau sectoriel communautaire. La branche est aussi un lieu de dialogue social tripartite. Ainsi, les partenaires sociaux doivent avoir une représentativité qui corresponde à leur influence réelle dans la branche, ce que permet la combinaison d'une représentativité par affiliation et d'une représentativité obtenue grâce à des résultats électoraux satisfaisants.

La branche est un niveau essentiel dans les hypothèses où la négociation d'entreprise se déroule sans délégué syndical (ou de délégué du personnel faisant office de délégué syndical).

Le niveau de la branche autorise la négociation avec les membres du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, ou, en l'absence de ces institutions élues du personnel, avec les salariés mandatés¹⁵⁹⁴. De plus, dans l'hypothèse où l'accord collectif est conclu avec un membre du comité d'entreprise ou un délégué du personnel, cet accord doit être approuvé par une commission paritaire nationale de branche. Le niveau de la branche entretient aussi un rapport étroit avec le niveau de l'entreprise, puisque le niveau de la branche peut décider des dérogations autorisées au niveau de l'entreprise.

430. Malgré (ou en raison de) ses liens avec le niveau de la branche, la négociation et la conclusion d'accords collectifs au niveau de l'entreprise doivent être effectuées par des représentants syndicaux ayant une représentativité incontestable. Le niveau de l'entreprise se distingue fortement du niveau de la branche et du niveau interprofessionnel, en ce qu'il est le reflet d'une entité économique propre. Chaque entreprise à ses propres intérêts et possède un statut conventionnel à son image. Cela est très différent du niveau de la branche ou du niveau interprofessionnel qui produisent une réglementation professionnelle proche de la loi professionnelle, c'est-à-dire une règle générale (et parfois abstraite) qui s'applique à l'ensemble de la profession, souvent grâce à l'appui des pouvoirs publics, et qui a vocation à limiter la concurrence sociale. Les représentants des salariés dans l'entreprise doivent défendre au plus près les intérêts des salariés, sans nécessairement se préoccuper de considérations plus vastes relatives à la profession ou au *dumping* social.

Pour garantir une véritable légitimité aux représentants syndicaux dans l'entreprise (dont le seuil d'effectif est supérieur à cinquante salariés), ils doivent être désignés par des organisations syndicales ayant obtenu un certain nombre de voix au cours d'une élection¹⁵⁹⁵. Autrement dit, la qualité de représentant syndical représentatif dans l'entreprise doit être attribuée par le vote des salariés. Il est souhaitable que la qualité de syndicats représentatifs soit reconnue aux organisations ayant recueilli un certain pourcentage sur leur nom.

Cette élection doit être un préalable nécessaire à l'instauration de toute institution du personnel dans l'entreprise (délégués syndicaux, délégués du personnel, comité d'entreprise...). Ne pourraient se présenter à l'élection de représentativité, que les syndicats légalement constitués, répondant aux exigences des articles L. 411-1 et suivants du Code du

¹⁵⁹⁴ Article L. 132-26 du Code du travail (articles L. 2232-21 et suivants du Nouveau Code du travail).

¹⁵⁹⁵ Cette idée de liberté de présentation aux élections professionnelles de tout syndicat légalement constitué a été adoptée dans une résolution du congrès de décembre 2004 de l'Union syndicale Groupes des Dix Solidaires (cité par L. DAUXERRE, *Op. cit.* n° 664, Liaisons sociales, bref social, n° 14273 du 10 décembre 2004, p. 5 et 6).

travail¹⁵⁹⁶. Ce système répond aux critiques qui considèrent qu'il « est à craindre que l'indépendance de l'élu ne puisse jamais égaler celle que garantissent les organisations syndicales »¹⁵⁹⁷. Au moment de l'organisation de l'élection, l'employeur devrait être tenu d'informer les organisations syndicales représentatives de branche, de la tenue prochaine dans son entreprise, d'une élection de représentativité, afin qu'elles puissent se présenter. Les modalités d'organisations de ce type d'élection devraient être prévues par un accord de branche étendu¹⁵⁹⁸.

Seuls les syndicats ayant obtenu plus de 5 ou 10% à l'élection de représentativité pourraient exercer les prérogatives syndicales dans l'entreprise comme, par exemple, la désignation de délégués syndicaux¹⁵⁹⁹. Il paraît peut-être pertinent d'exiger un taux de participation minimum des salariés dans l'entreprise pour que cette élection soit reconnue comme valable.

431. Si l'élection de représentativité est instaurée, un syndicat ne peut exister dans l'entreprise que s'il reçoit l'onction électorale. Il est important que cette élection soit différente de celle des institutions représentatives du personnel. L'élection de représentativité a, en effet, des enjeux spécifiques : l'exercice des droits syndicaux, notamment la désignation des signataires des futurs accords qui pourraient être conclus dans l'entreprise. La légitimité des représentants syndicaux ne pourrait pas être contestée entre deux élections.

Une difficulté relative à l'organisation du calendrier des élections dans l'entreprise se pose, eu égard aux objectifs différents de l'élection de représentativité et celle du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Il serait souhaitable d'organiser l'élection de représentativité quelques mois seulement avant les élections des représentants du personnel (comité d'entreprise et délégués du personnel)¹⁶⁰⁰. L'élection de représentativité détermine le moment d'appréciation de la représentativité (le jour des résultats) et fixe la période durant laquelle la représentativité est applicable, (entre deux élections). Ainsi, les syndicats, reconnus comme représentatifs à la suite de cette élection, pourraient exercer toutes les prérogatives afférentes à la représentativité dans l'entreprise (les règles relatives aux critères et à la présomption de

¹⁵⁹⁶ Articles L. 2131-1 et suivants du Nouveau Code du travail.

¹⁵⁹⁷ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, *Op. cit.*, spéc. n° 410.

¹⁵⁹⁸ La négociation d'un accord préélectoral serait difficile dans la mesure où l'employeur n'aurait pas de délégués syndicaux représentatifs dans l'entreprise, l'élection de représentativité n'étant pas encore intervenue.

¹⁵⁹⁹ M. BELIER propose un taux fixé à 5% des résultats aux dernières élections dans le périmètre considéré pour pouvoir exercer les prérogatives afférentes (G. BELIER, Le dialogue social dans l'entreprise, *Sem. soc. Lamy*, 20 octobre 2003, supp. n° 1140, p. 23, spéc. p. 24). J.-M. VERDIER (Des propositions de grand intérêt, *Op. cit.*, spéc. p. 287) propose aussi 5% pour passer ensuite à 10%.

¹⁶⁰⁰ Il serait intéressant que la loi fixe des dispositions minimales en ce sens, laissant la négociation de branche ou d'entreprise fixer les modalités.

représentativité disparaîtraient dans l'entreprise). C'est pour cela que la durée de validité de la représentativité devrait être alignée sur la durée du mandat des représentants du personnel. Les syndicats représentatifs pourraient présenter des candidats au premier tour des élections du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Ce monopole de présentation des candidats au premier tour des élections des institutions représentatives du personnel n'a pas à être supprimé, car la légitimité des organisations syndicales, dans ce système ne serait plus contestable. L'organisation d'un second tour, où se présenteraient des candidats n'appartenant pas à des organisations représentatives, serait sans doute moins fréquente.

Si l'élection de représentativité ne peut pas être organisée (dans les entreprises de moins de cinquante salariés) ou qu'elle ne donne aucun résultat (dans les entreprises de plus de cinquante salariés), les élections du comité d'entreprise ou des délégués du personnel doivent se tenir, malgré tout (pour répondre aux obligations légales de représentation). Le monopole syndical de présentation de candidats au premier tour n'a pas lieu d'être car il n'y a pas de syndicats élus représentatifs. Les candidatures aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, en l'absence d'élections de représentativité dans l'entreprise, sont donc libres.

L'élection de représentativité induit de ne plus reconnaître la représentativité par affiliation dans l'entreprise. Cela n'empêcherait pas des organisations syndicales de branche d'avoir des organisations affiliées qui pourraient s'implanter dans l'entreprise, mais leur force d'action serait évaluée au regard des élections.

Les organisations syndicales qui seraient reconnues par l'élection, comme représentatives dans l'entreprise, pourraient se regrouper au niveau de la branche pour devenir une organisation syndicale influente. Cette organisation de branche pourrait aussi se regrouper avec d'autres organisations de branche pour devenir une organisation interprofessionnelle... La légitimité des organisations à tous les niveaux pourrait être puisée à l'origine dans le vote des salariés dans l'entreprise. Il faudrait incontestablement du temps pour que se constitue un tel réseau.

Il serait probable que les organisations syndicales, déjà présentes dans les branches, incitent à la création de syndicats d'entreprise affiliés à celui de la branche. Il reste que, pour s'implanter dans l'entreprise, il leur serait nécessaire de convaincre les salariés, de mener des actions propres au niveau de l'entreprise.

432. Au fil du temps, cette réforme souhaitée de la représentativité obligerait à une implication importante des syndicats dans l'entreprise, auprès des salariés, afin de s'assurer

une base solide. L'absence d'implantation dans les entreprises pourrait, en effet, conduire à un défaut de représentativité des syndicats dans la branche et au niveau interprofessionnel, par effet de dominos. Le risque mérite pourtant d'être couru, car cela conférerait une légitimité réelle aux syndicats, et la capacité d'être des interlocuteurs de poids des employeurs ou des organisations patronales (voire même des pouvoirs publics)¹⁶⁰¹.

La réforme des règles de représentativité est indispensable pour redonner une légitimité incontestable aux partenaires sociaux, surtout lorsqu'ils ont en charge l'élaboration des règles professionnelles ou lorsqu'ils participent aux procédures d'élaboration de la loi. Les solutions, pour enrayer la perte de légitimité des organisations syndicales, ne résident pas seulement dans des réformes juridiques, elles doivent venir, également, d'un changement de l'action syndicale¹⁶⁰².

B. L'évolution de la fonction syndicale

433. L'action des partenaires sociaux doit évoluer. Cette évolution implique sans doute un rapport plus étroit avec les salariés. Il s'agit de mener une réflexion sur la représentation des salariés dans l'entreprise et des conséquences qu'elle induit sur la répartition des rôles entre les différents représentants (a). Un renforcement de la présence syndicale dans l'entreprise ne doit pas se faire au détriment de l'action syndicale à un niveau plus étendu, comme le niveau national. Cela signifie que les syndicats doivent être capables de fédérer les intérêts de tous les travailleurs. Ces intérêts semblent beaucoup moins homogènes, aujourd'hui, qu'à l'époque de la naissance des syndicats, où les intérêts des salariés étaient les intérêts de la classe ouvrière. Le syndicalisme français doit se transformer pour essayer de prendre en compte les évolutions du monde salarial (b).

a) La prééminence de la représentation syndicale dans l'entreprise

434. Il a été démontré, dans les développements précédents, que la réforme de la représentativité des syndicats doit s'envisager différemment selon les niveaux. Si, comme on

¹⁶⁰¹ D'ailleurs, pour certains, l'élection est la seule voie dans le futur pour faire évoluer la représentativité : R. SOUBIE, L'emploi et le dialogue social, enjeux majeurs de l'après-élection, *Dr. social*, 2007, p. 383, spéc. p. 387.

¹⁶⁰² A. ARSÈGUEL, « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, *Op. cit.*, spéc. p. 23.

l'a vu, la représentativité des syndicats, dans l'entreprise, doit se fonder sur le vote, la question se pose de savoir si les représentants du personnel (membres du comité d'entreprise et délégués du personnel) ne peuvent pas exercer les fonctions syndicales. Autrement dit, l'évolution de la fonction syndicale n'implique-t-elle pas une fusion de tous les représentants ?

435. La doctrine recommande de reconnaître le comité d'entreprise, en l'absence de délégué syndical, comme agent de négociation¹⁶⁰³. Cette recommandation n'est pas incongrue au regard de l'objet du comité d'entreprise défini à l'article L. 431-4 du Code du travail¹⁶⁰⁴. L'idée que les élus viennent pallier l'absence de représentativité syndicale est légitime. Des propositions ont été faites qui vont beaucoup plus loin en souhaitant redéfinir la représentation dans l'entreprise.

Il a déjà été observé une montée en puissance des institutions représentatives élues au détriment du rôle de représentation des syndicats¹⁶⁰⁵. Ainsi « à la légitimité qui résultait de l'authenticité de la défense des intérêts des travailleurs, liée à l'indépendance à l'égard de l'employeur, à l'ampleur de l'action passée, aux effectifs rassemblés, se substitue une légitimité électorale »¹⁶⁰⁶. Cette idée est confortée par la réforme des conditions de validité des conventions collectives. En effet, la loi du 4 mai 2004 exigeant la conclusion d'accord majoritaire dans l'entreprise, prévoit que la majorité est calculée en fonction des dernières élections. La légitimité de l'accord trouve sa source dans la légitimité électorale de la majorité.

En France, on pourrait avoir un système qui encourage « l'unité d'action syndicale »¹⁶⁰⁷. Reprenant l'idée du Centre des Jeunes Dirigeants (1988) d'un conseil d'entreprise, un auteur avance l'idée que le niveau de l'entreprise, en matière de négociation et de conclusion d'accord collectif, pourrait déroger au droit commun. « Conférant ainsi un véritable pouvoir de négociation aux représentants, les salariés s'impliqueraient davantage dans leur élection.

¹⁶⁰³ A. LYON-CAEN, Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel, *DO*, 1986, p. 335, et les règles de représentation syndicale à l'épreuve des changements, *Travail et emploi*, 1988, n°35, p. 32 ; G. BORENFREUND, Pouvoir de représentation et négociation collective, *Dr. social*, 1997, p. 1006, spéc. p. 1012 ; J.-C. JAVILLIER, « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail. Le cas des représentations des salariés dans l'entreprise », in *Etudes en hommage à Mme H. SINAY*, Peter Lang, 1994, p. 218, spéc. p. 241.

¹⁶⁰⁴ Article L. 2323-1 du Nouveau Code du travail.

¹⁶⁰⁵ J. SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, *Op. cit.*, spéc. p. 187.

¹⁶⁰⁶ J. SAVATIER, *Op. cit.*, spéc. p. 188.

¹⁶⁰⁷ A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, *Op. cit.*, spéc. p. 426.

Les syndicats représentatifs désigneraient toujours les délégués syndicaux, mais parmi les membres élus du conseil »¹⁶⁰⁸.

Un autre auteur préfère « l'idée d'une instance unique de négociation composée d'une représentation élue et d'une représentation désignée »¹⁶⁰⁹ car la présence de cette instance faciliterait la mise en œuvre de l'accord majoritaire. Pourtant, la mise en place d'un organe unique de représentation fait craindre un affaiblissement de la représentation syndicale¹⁶¹⁰. Cela dépend des modalités de sa composition, il peut être décidé, au contraire, d'exiger une présence syndicale obligatoire, tout en assouplissant les conditions de représentativité.

Est-il nécessaire de concevoir une telle instance unique de représentation ?

436. Si la représentativité au niveau de l'entreprise se détermine par rapport à l'élection, la représentativité et la légitimité octroyées par l'élection se confondent. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de créer un organe unique de représentation regroupant représentants élus et délégués syndicaux. Les délégués syndicaux bénéficient, en effet, par ricochet, d'une légitimité issue de l'élection, car ils sont désignés par des organisations syndicales qui ont été reconnues représentatives par l'élection. La recherche d'une légitimité supplémentaire pour les délégués syndicaux, dans l'association avec les représentants directement élus par les salariés, n'a plus lieu d'être. La représentation syndicale dans l'entreprise doit demeurer titulaire du droit à la négociation collective. Les représentants élus du personnel n'ont pas forcément l'autorité nécessaire pour négocier, ils ne sont pas nécessairement les représentants de l'expression globale des intérêts des salariés, aptes à exprimer une solidarité dépassant le cadre de l'entreprise¹⁶¹¹.

L'intervention du comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans la négociation collective ne doit se produire qu'en cas d'absence de représentation syndicale dans l'entreprise. Il s'agit de s'en tenir à la mission attribuée par la loi du 4 mai 2004 (article L. 132-26 I et II du Code du travail¹⁶¹²) qui autorise les représentants élus, pour pallier l'absence de délégué syndical, de conclure un accord collectif. Cette hypothèse ne se présenterait, si la réforme sur la représentativité dans l'entreprise se produit, que lorsque l'élection de la

¹⁶⁰⁸ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 427.

¹⁶⁰⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Op. cit.*, spéc. n° 14. Cf. aussi : proposition n° 24 du rapport de VIRVILLE, l'idée du contrat collectif d'entreprise (J. BARTHELEMY, *L'innovation sociale par plus de contrats*, *JCP éd. E*, 1996, ét. 521).

¹⁶¹⁰ G. BORENFREUND, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, *Dr. social*, 2004, p. 606, spéc. p. 607.

¹⁶¹¹ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 424.

¹⁶¹² Articles L. 2232-21 et suivants du Nouveau Code du travail.

représentativité ne pourrait pas se tenir, ou qu'une organisation syndicale n'aurait pas obtenu de résultats satisfaisants.

437. La reconnaissance d'acteurs supplétifs des acteurs syndicaux est indispensable à la création d'un tissu conventionnel normatif au sein d'un plus grand nombre d'entreprises, mais « la meilleure protection pour le salarié reste, et restera, la défense de ses intérêts par des organisations syndicales »¹⁶¹³. Le fait de concevoir le rôle des représentants du personnel élus comme un palliatif de la représentation syndicale dans l'entreprise (en matière de négociation collective), participe d'une conception de la représentation du personnel dans l'entreprise où la représentation syndicale a une place prééminente. L'idée d'une représentation syndicale forte ne s'impose pas uniquement au niveau de l'entreprise. C'est à tous les niveaux que l'action syndicale doit se renforcer. Les syndicats ont besoin de s'affirmer, en faisant évoluer leurs pratiques.

b) Les évolutions souhaitables du syndicalisme français

438. La réforme de la représentativité doit s'accompagner d'un renouveau du syndicalisme français. Cela permettrait de renforcer la légitimité des syndicats. En France, la désaffection des salariés envers les syndicats est grande : moins de 10 % des travailleurs subordonnés (fonctionnaires compris) sont syndiqués¹⁶¹⁴. Les syndicats doivent essayer de reconquérir plus de poids, afin d'assumer pleinement tous les rôles qui leur sont dévolus, notamment en ce qui concerne l'élaboration de règles.

439. Pour ce faire, les syndicats doivent renforcer leur action. Il a ainsi été suggéré qu'ils proposent, en plus de l'action syndicale classique, des services précis dont sont demandeurs les salariés, afin de leur permettre d'appréhender un monde salarial très diversifié. Il convient d'explorer cette voie¹⁶¹⁵. Les syndicats français pourraient, comme dans les pays nordiques, transmettre des offres d'emplois et proposer des formations, par exemple¹⁶¹⁶, d'autant que les nouvelles technologies peuvent venir appuyer de telles transformations¹⁶¹⁷. Les syndicats

¹⁶¹³ C. FOURCADE, *Op. cit.*, n° 362.

¹⁶¹⁴ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, spéc. n° 25.

¹⁶¹⁵ A. ARSÈGUEL, « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, *Op. cit.*, spéc. p. 24. Cette idée fait discrètement son chemin : *Le Monde*, supplément Economie, mardi 30 octobre 2007, p. VII.

¹⁶¹⁶ A. LEFEBVRE, D. MEDA, *Faut-il brûler le modèle social français ?*, Seuil, 2006, spéc. p. 103.

¹⁶¹⁷ A. ARSÈGUEL, *Op. cit.*, spéc. p. 25.

retrouveraient du crédit auprès des salariés, si, par ailleurs, ils assuraient une information¹⁶¹⁸ concernant leurs droits et s'ils leur offraient des consultations juridiques.

Le syndicalisme doit évoluer vers l'existence d'un syndicat proposant des services aux adhérents, « il s'agirait d'une sorte de retour aux sources car les Bourses du Travail, aux origines du mouvement ouvrier, étaient aussi des prestataires de services »¹⁶¹⁹. Cela demande, dans tous les cas, aux syndicats français un renouvellement de leur pratique et une volonté réelle de vouloir mettre en place des solutions innovantes pour mettre fin à la désaffection syndicale.

Ces évolutions ne sont pas réalisables dans un futur proche, car elles impliquent des changements radicaux. Les syndicats français devraient chercher à se renforcer en gagnant des adhérents, grâce aux services proposés, ainsi qu'à l'obligation qu'ils auraient de s'investir dans l'entreprise en raison des probables changements des règles de représentativité.

440. Il est logique de penser que l'augmentation du nombre d'adhérents des organisations syndicales est un premier pas dans la reconquête d'une certaine légitimité.

D'ailleurs, il a été recommandé, pour résoudre les difficultés de représentativité des syndicats, d'encourager un syndicalisme d'adhérents. L'importance du nombre d'adhérents permet d'apprécier l'audience du syndicat¹⁶²⁰. Le syndicalisme d'adhérents¹⁶²¹ se distingue du syndicalisme de militants, dans la mesure où les adhérents ne prennent pas part à l'action syndicale. Ils permettent, par leur nombre, de peser plus fortement face aux organisations patronales. Le syndicalisme d'adhérents semble pour l'instant un vœu pieux. Une étude a montré que les salariés sont peu nombreux à adhérer à un syndicat (7 % alors que 14 % affirment avoir été syndiqués dans le passé), même si la présence syndicale dans les entreprises de plus de vingt salariés est en progression (elle est de 38 %, mais elle reste faible dans des secteurs comme la construction, le commerce ou les services aux particuliers)¹⁶²².

¹⁶¹⁸ C. SACHS-DURAND, *Op. cit.*, spéc. p. 48.

¹⁶¹⁹ C. SACHS-DURAND, *Op. cit.*, spéc. p. 54. Dès 1993, Mme SACHS-DURAND observait, aussi, que les syndicats français auraient intérêt à s'investir dans la construction de l'Europe communautaire : « Qu'il s'agisse de ce rôle de négociation, ou de celui de groupe de pression occupé jusque-là, le syndicalisme français s'il veut peser sur la construction communautaire, doit être présent dans les lieux où les décisions se prennent. Sinon l'Europe se fera sans lui (ce qui ne veut pas dire qu'elle se fera sans les syndicats, car d'autres organisations, belges ou allemandes par exemple, sont très présentes lors des discussions communautaires » (spéc. p. 56).

¹⁶²⁰ L. DAUXERRE, *Op. cit.*, n° 662.

¹⁶²¹ X. NAU, Le syndicalisme d'adhérents facteur de développement, *La revue de la CFDT*, n° spéc. 62, Syndicalisation un changement d'échelle, nov.-déc. 2003, p. 23.

¹⁶²² Enquête publiée par la Dares (Premières synthèses, n° 14.2, avril 2007), rapportée dans *Sem. soc. Lamy*, 30 avril 2007, n° 1305, p. 8.

C'est indubitablement une action renforcée sur le terrain qui conduira à augmenter la légitimité des syndicats¹⁶²³.

Finally, ce sont les syndicats qui doivent initier les réformes. Il faut qu'ils intéressent les salariés et les persuadent que rejoindre un syndicat renforce l'action de ce dernier. L'évolution des règles juridiques de représentativité n'a de pertinence que s'il s'accompagne d'un changement « culturel » des syndicats. Les syndicats doivent regagner une représentativité réelle¹⁶²⁴.

441. Toutes les organisations syndicales n'ont pas vocation à représenter les salariés, seules celles qui sont représentatives peuvent y prétendre. Le concept même de représentativité ne doit pas être supprimé, mais sa définition doit être améliorée afin que disparaisse la distorsion entre représentation et représentativité. La sélection des organisations représentatives doit permettre de désigner les organisations ayant une réelle légitimité. La détermination des organisations représentatives, au niveau de la branche et interprofessionnel, ne doit pas être totalement bouleversée. Le système de la représentativité, conçu autour de la représentativité présumée et prouvée, doit être maintenu. Cependant, il doit connaître quelques améliorations, notamment le renouvellement de la liste des organisations présumées représentatives au niveau interprofessionnel et de branche. La détermination de la représentativité dans l'entreprise est différente. Ce niveau peut être encadré par la branche, si cette dernière le décide. En dehors du cadre posé par la branche (et le respect de l'ordre public), l'entreprise adopte une réglementation qui lui est propre. La réforme de la représentativité dans l'entreprise doit modifier le système actuel, en se fondant exclusivement sur la détermination des organisations représentatives par l'élection (ce qui écarte la représentativité par affiliation dans l'entreprise).

Une telle réforme suppose que les partenaires sociaux assument pleinement leur rôle en matière de relations professionnelles, c'est-à-dire construisent activement un tissu conventionnel cohérent. Cette cohérence sera possible, si les partenaires sociaux, au niveau de la branche, prévoient explicitement les dérogations possibles au niveau de l'entreprise.

442. Conclusion du Chapitre II. La légitimité des partenaires sociaux est une question éludée par le droit communautaire et le droit français, alors que d'autres droits européens,

¹⁶²³ A. ARSÈGUEL, Réformer sans bouleverser, *Op. cit.*, spéc. p. 291.

¹⁶²⁴ C'était déjà signalé par le rapport BOISSONNAT, *Op. cit.*, spéc. p. 306.

comme l'Espagne et l'Italie, par exemple, font du fonctionnement démocratique du syndicat une exigence constitutionnelle¹⁶²⁵.

L'évolution des rapports entre les syndicats semble s'orienter vers une volonté d'agir ensemble pour peser dans un rapport de force avec l'État¹⁶²⁶. Les évolutions juridiques, concernant la signature des accords interprofessionnels, introduites par la loi du 4 mai 2004, se fondent sur un double pari : la création d'une dynamique majoritaire et le retour de la CGT dans le jeu conventionnel¹⁶²⁷. Le fait de vouloir le retour ce syndicat marque une différence avec les comportements anciens vis-à-vis de ce syndicat. Il est, en effet, important que le syndicat représentant le plus de salariés au regard des élections professionnelles retrouve une place dans le dialogue social.

Pourtant, « la France n'a guère de culture du compromis. Au sein de l'Europe (...), elle tranche même par l'indigence de son dialogue social »¹⁶²⁸. La culture syndicale française est amenée à évoluer vers le réformisme afin de développer réellement le dialogue avec les autorités publiques, et d'assumer ainsi les transformations futures octroyant plus de place aux partenaires sociaux.

Des observateurs montrent leur inquiétude, pensant que cette évolution ne pourra pas avoir lieu. « Si notre démocratie sociale a connu des périodes fastes (notamment dans les années 70, avec la conclusion de nombreux accords qui ont façonné notre système de relations sociales), son existence même apparaît aujourd'hui menacée. Pour négocier, il faut être deux. Or, le syndicalisme français traverse une phase inquiétante. Les syndicats qui acceptent de jouer le jeu de la négociation et de la prévention des conflits sont en effet fragilisés par l'émergence d'un pôle radical et contestataire »¹⁶²⁹. La nécessité de syndicats forts et représentatifs devient criante. L'introduction de clause de paix sociale et d'accord collectif à durée déterminée¹⁶³⁰ garantirait peut-être une meilleure négociation en favorisant les syndicats majoritaires. Et, par-dessus tout, il est temps de régler la question de la représentativité.

¹⁶²⁵ V. OGIER-BERNARD, *Op. cit.*, spéc. n°18.

¹⁶²⁶ Les syndicats ont souhaité agir ensemble pour le retrait du « contrat première embauche ». Les grandes centrales syndicales se sont réunies pour avoir un mot d'ordre commun.

¹⁶²⁷ J.-E. RAY, Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Dr. social*, 2004, p. 590.

¹⁶²⁸ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 8.

¹⁶²⁹ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 79.

¹⁶³⁰ J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *Op. cit.*, spéc. p. 52.

Conclusion du Titre II

443. Le renforcement de la légitimité des partenaires sociaux n'implique pas, pour l'instant, une réforme de la représentativité au niveau communautaire. Ce niveau se caractérise par une absence de réglementation et une certaine liberté de choix laissée aux partenaires sociaux. Aucun changement n'est envisagé, ce qui signifie que les partenaires sociaux communautaires vont continuer à s'appuyer sur la représentativité des partenaires sociaux nationaux.

La réforme de la représentativité, en droit français, devient inévitable. Elle doit favoriser des changements concernant la représentativité dans l'entreprise. Cette représentativité doit désormais être fondée sur l'élection, afin de rétablir un lien fort entre représentation et représentativité. La réforme de la représentativité, au niveau interprofessionnel et de la branche, doit conserver les deux types de représentativité présumée et prouvée, tout en introduisant des aménagements qui permettent de « coller » à la réalité du paysage syndical français. L'élection par les salariés ne doit pas être le critère principal de détermination des organisations représentatives au niveau interprofessionnel et de la branche, car les organisations n'ont pas uniquement pour but de défendre les salariés, mais elles doivent, aussi, assurer une cohérence du tissu conventionnel français, ainsi qu'une coordination avec les règles élaborées par les partenaires sociaux communautaires. Ainsi, les pouvoirs publics peuvent désigner les organisations présumées représentatives, tout en se fondant sur l'influence réelle qui, incidemment, est déterminée par les élections dans les entreprises.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

444. Le dialogue social communautaire contribue à l'élaboration de règles professionnelles. Les partenaires sociaux élaborent de nombreux textes au niveau interprofessionnel et sectoriel. Au niveau de l'entreprise transnationale, le dialogue social n'en est qu'à ses prémices. Les règles professionnelles émises à ces différents niveaux sont diverses.

Il se construit un véritable espace communautaire de négociation. L'effectivité de la réglementation professionnelle communautaire repose sur chaque niveau interne qui assure sa mise en œuvre. Les partenaires sociaux français (membres des organisations européennes) ont l'obligation de reprendre les textes communautaires pour qu'ils soient applicables sur notre territoire. Ils doivent, par ailleurs, veiller à leur bonne application. Le développement de l'espace européen de négociation dépend donc du dynamisme des partenaires sociaux européens et nationaux.

445. Mais, la seule volonté des partenaires sociaux ne suffit pas. Il convient, également, de renforcer leur légitimité. A l'heure actuelle, compter sur une réglementation communautaire est irréaliste. Le système communautaire de représentativité se fonde sur les systèmes nationaux de représentativité. C'est donc au droit français de faire en sorte d'établir des règles de représentativité qui octroie une véritable légitimité aux syndicats, ce qui n'est assurément pas le cas. La constitution de relations professionnelles communautaires (même si ce n'est pas la seule raison) oblige le droit français à se réformer dans les plus brefs délais.

CONCLUSION GENERALE

446. Le dialogue social communautaire renouvelle l'approche française du rôle des partenaires sociaux, que ce soit dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi ou dans celui de l'élaboration des règles professionnelles.

La contribution des partenaires sociaux européens à la production législative révèle une évolution de la loi. La loi n'est plus le seul fait de l'autorité publique, les personnes auxquelles elle s'adresse y contribuent également. L'évolution de la loi, en tant que source du droit, réside dans la diversification de ses auteurs.

A l'image de la procédure législative communautaire, l'élaboration de la loi française devrait mêler le Parlement et les partenaires sociaux : il devrait y avoir une répartition procédurale et non matérielle des compétences, inscrite dans la Constitution. Ce serait la meilleure façon de concilier démocratie sociale et démocratie parlementaire.

Le dialogue social tripartite, tel qu'il est mené au niveau communautaire, révèle l'intérêt d'entretenir un échange régulier d'informations entre les partenaires sociaux et les autorités publiques. La pratique du dialogue social tripartite en France pourrait être améliorée dans cet esprit.

L'élaboration de règles professionnelles par le dialogue social communautaire participe à la construction d'un espace européen de négociation. Les partenaires sociaux bâtissent cet espace en utilisant une grande diversité de normes (conventions collectives et instruments de *soft law*). L'espace européen de négociation repose à la fois sur l'élaboration de règles professionnelles par les partenaires sociaux européens aux niveaux interprofessionnel, sectoriel et de l'entreprise transnationale, et sur la mise en œuvre de ces règles par les partenaires sociaux nationaux. Le dialogue social communautaire oriente le dialogue social français. Dans la mesure où la construction d'un tel espace de négociation dépend de la capacité des partenaires sociaux communautaires et français à veiller à la correcte articulation et application des règles, elle suppose, aussi, une réelle légitimité des partenaires sociaux. Cette légitimité serait améliorée, dans l'immédiat, par une réforme française de la représentativité syndicale, cette réforme ne pouvant, d'ailleurs, que conforter leur rôle de « co-législateur ».

447. L'affirmation de l'Europe sociale doit compter sur l'implication des partenaires sociaux et le développement des règles professionnelles, notamment dans les secteurs. Ce

dynamisme peut pallier la difficulté à prendre des mesures d'harmonisation, en matière sociale, dans une Europe élargie à vingt-sept États membres, laquelle est engagée dans une compétition économique mondiale.

La mondialisation de l'économie n'implique pas nécessairement une mondialisation des règles du droit du travail, mais une structuration des relations professionnelles par grand ensemble régional¹⁶³¹. L'Europe n'est pas seule concernée. D'autres espaces d'intégration économique, tel que l'ALENA¹⁶³², l'ASEAN¹⁶³³ et le MERCOSUR¹⁶³⁴, vont peut-être suivre le même chemin et développer les droits sociaux en dehors du champ politique.

Le dialogue social « tisse aujourd'hui la maille du droit social et façonne le destin du droit du travail contemporain »¹⁶³⁵.

¹⁶³¹ Ce qui n'empêche pas l'existence d'un syndicalisme au niveau mondial : voir la création en novembre 2006 de la Confédération Syndicale Internationale (CSI) issue du regroupement des anciennes Confédération Internationale des Syndicats Libres (CISL) et Confédération Mondiale du Travail (CMT). La CSI fédère 300 syndicats. Son siège est à Bruxelles.

¹⁶³² Accord de Libre-Echange Nord-Américain.

¹⁶³³ Association des Nations de l'Asie du Sud-Est.

¹⁶³⁴ *Mercado Comùn del Sur*, en français : marché du sud.

¹⁶³⁵ G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique, Autour de trois exercices*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2007, spéc. p. 349.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

- J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11^{ème} édition, Sirey, 2006.
- B. BEIGNIER, C. BLERY, *Cours d'introduction au droit*, Montchrestien, 2006.
- M. BLANQUET, G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} édition, Sirey, 2006.
- A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINE, *Droit du travail*, Sirey, 2006.
- G. COUTURIER, *Traité de droit du travail, 2/Les relations collectives de travail*, PUF, 2001.
- M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, Tome. VII, sous la direction de G. H. CAMERLINCK, 2^{ème} édition, Dalloz, 1989.
- L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2006.
- M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Bruylant, 2002.
- F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 2007.
- F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats du travail*, Traité des contrats, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2001.
- G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 8^{ème} édition, Dalloz, 1993.
- P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, 2^{ème} édition, Defrénois, 2005.
- P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^{ème} édition, Litec, 2007.
- A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 5^{ème} édition, Montchrestien, 2006.
- C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2005.
- J. PELISSIER, J. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^{ème} édition, Dalloz, 2006.
- J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004.
- J.-E. RAY, *Droit du travail droit vivant*, 16^{ème} édition, Editions Liaisons, 2007.
- P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2002.
- J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004.
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001.
- F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 7^{ème} édition, Dalloz, 2006.
- B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3^{ème} édition, Litec, 2006.
- B. TEYSSIÉ, *Droit du travail Relations collectives*, 5^{ème} édition, Litec, 2007.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

- N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Bibli. d'ouvrages de droit social, préf. H. SINAY, LGDJ, 1980.
- J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *La démocratie sociale en danger. Laissons vivre les partenaires sociaux !*, Editions Liaisons, 2001.
- A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, coll. Droit et société, 2^{ème} édition, LGDJ, 2004.
- A. ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Toulouse, 1976.
- F. BARON, *Marché intérieur et droit social de l'Union européenne*, préf. M. A. MOREAU, PUAM, 1998.
- J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.
- Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990.
- M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2005.
- L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument majeur du dialogue social*, préf. B. TEYSSIÉ, PUAM, 2005.
- N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, préf. B. TEYSSIÉ, PUAM, 2005.
- E. DEHERMANN-ROY, *Les codes de conduite et les labels sociaux*, Thèse Toulouse 1, 2004.
- M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, 2006.
- P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. J.-M. JACQUET, Economica, 2002.
- A. DOUMENGE, *Recherche sur la représentativité des partenaires sociaux dans le cadre de l'UE*, Thèse Paris, 1996.
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Politique de l'emploi et dynamique des entreprises, Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi*, Editions Liaisons, 2005.
- F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel*, Litec, 1997.
- C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, préf. A. MAZEAUD, Bibli. de droit social, Tome 43, LGDJ, 2006.
- M. HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, préf. B. TEYSSIÉ, Bibli. de droit privé, Tome 488, LGDJ, 2007.
- N. HOLCBLAT, *Stratégie européenne et politique française de l'emploi (1997-2001)*, Cahier travail et emploi, La Documentation française, 2002.
- P. JESTAZ, *Les sources du droit*, coll. Connaissances du droit, Dalloz, 2005.
- F. KESSLER, J.-F. LHERNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*,

Editions Liaisons, 2003.

- A. LEFEBVRE, D. MEDA, *Faut-il brûler le modèle social français ?*, Seuil, 2006.
- S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Travaux du CERIC, Bruylant, 2006.
- J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004.
- L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, bibli. de droit social, préf. P. CHAUMETTE, Tome 40, LGDJ, 2005.
- N. LOUIT-MARTINOD, *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée, Vers un régime juridique harmonisé*, préf. C. ROY-LOUSTAUNAU, PUAM, 2003.
- C. MASQUEFA, *La restructuration*, préf. B. TEYSSIE, bibli. de droit privé, Tome 342, LGDJ, 2000.
- B. MATHIEU, *La loi*, Connaissance du droit, 2^{ème} édition, Dalloz, 2004.
- E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne, Processus et modèle*, coll. « travaux du CERIC », Bruylant, 2007.
- M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, Tome 411, LGDJ, 2004.
- M. MILLOT, J.-P. ROULLEAU, *Les relations sociales en Europe*, Liaisons sociales, 2005.
- N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit du travail français*, préf. P. RODIÈRE, PUAM, 2000.
- M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, coll. A droit ouvert, Dalloz, 2006.
- M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective - Principe général du droit*, préf. M. DESPAX, Bibli. de droit social, Tome 27, LGDJ, 1994.
- P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. T. REVET, Litec, 1998.
- G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique, Autour de trois exercices*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2007.
- F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, préf. P. RODIÈRE, bibli. de droit privé, Tome 291, LGDJ, 2000.
- P. RODIÈRE, *La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de sources professionnelles*, Litec, 1987.
- A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, préf. de S. SCIARRA, bibli. de droit social, Tome 38, LGDJ, 2002.
- A. SUPIOT, *Le droit du travail*, Que sais-je ?, 3^{ème} édition, PUF, 2006.
- A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
- A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Quadrige, PUF, 2002.

- B. TEYSSIÉ, *Le comité d'entreprise européen*, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », Economica, 1997.
- J.-M. VERDIER, *Syndicat et droit syndical*, Traité de droit du travail, tome 5, volume II, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1984.
- P.-Y. VERKINDT, *Le droit du travail*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005.
- S. YANNAKOUROU, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, préf. A. LYON-CAEN, bibli. de droit privé, Tome 247, LGDJ, 1995.

III. ARTICLES

- M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective, *Dr. social*, 2003, p. 365.
- P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise, *Dr. social*, 2007, p. 459.
- P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective : rebonds jurisprudentiels, *Dr. social*, 2006, p. 897.
- P.-H. ANTONMATTEI, Plaidoyer pour une promotion de la technique contractuelle en droit du travail. *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 3, 2005, p. 37.
- P.-H. ANTONMATTEI, La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe satisfaction et interrogations, *Dr. social*, 2004, p. 601.
- P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme, *Dr. social*, 2003, p. 87.
- P.-H. ANTONMATTEI, « Négociation des accords collectifs de niveau communautaire », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 26.
- A. ARSÈGUEL, Réformer sans bouleverser, *RDT*, novembre 2006, Controverse, p. 288.
- A. ARSÈGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401.
- A. ARSÈGUEL, « La représentativité des syndicats », in *le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PELISSIER et J. PELISSIER, Dalloz, 2002, p. 7.
- A. ARSÈGUEL, B. REYNÈS, Le congé parental européen, *PA*, n° 93, 1996, p. 19.
- G. AUZERO, La vie des conventions et accords collectifs de groupe, *RDT*, 2006, p. 230.
- O. BAILLY, La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique, *RMCUE*, 2005, p. 357.
- P. BAILLY, A propos du contrat à durée déterminée " d'usage ", *RJS*, n° 1, 2004, p. 7.
- J. BARTHELEMY, CJCE, CDD et contrat de travail du sportif. *JCP éd. Soc*, 2006, n° 1965.
- J. BARTHELEMY, L'innovation sociale par plus de contrats, *JCP éd. E*, 1996, ét. 521.
- J. BARTHELEMY, Conditions limites et effets de la négociation sociale au plan européen. *JCP, éd. E*, chr. 139, n° 16, 1992, p. 183.

- J. BARTHELEMY, G. CETTE, Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel, *Dr. social*, 2006, p. 24.
- G. BELIER, Le dialogue social dans l'entreprise, *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1140, 20 octobre 2003, p. 23.
- G. BELIER, Le comité d'entreprise européen : une institution encore à construire ?, *Dr. social*, 1994, p. 1027.
- B. BERCUSSON, Les temps communautaires. *Dr. social*, 2000, p. 248.
- V. BERNAUD, Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?, *Dr. social*, 2007, p. 174.
- D. BERRA, « Les chartes d'entreprises et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 123.
- E. BETHOUX, Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité, *Travail et emploi*, n° 98, avril 2004, p. 21.
- F. BLANQUET, Enfin la société européenne « la SE », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2001, p. 65.
- M. BLANQUET, « Le système communautaire à l'épreuve de la « gouvernance européenne ». Pour une « nouvelle gouvernance raisonnée » », in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC, 50 ans de droit communautaire*, Tome 1, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2004, p. 239.
- M. E. BLAS-LOPEZ, Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation, *Dr. social*, 2006, p. 540.
- M.-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS, « Le droit des affaires saisi par le développement durable : de nouvelles obligations d'information pour les entreprises », in *La modernisation du droit des affaires*, sous la direction de G. JAZOTTES, Litec, 2006, p. 89.
- L. BONNARD-PLANCKE, Convention collective et collectivité de travail, Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective, *Dr. social*, 2005, p. 866.
- M. BONNECHÈRE, La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères, *DO*, 2001, p. 41.
- G. BORENFREUND, La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions, *Dr. social*, 2006, p. 869.
- G. BORENFREUND, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, *Dr. social*, 2004, p. 606.
- G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 429.
- G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, *Dr. social*, 1991, p. 685.
- G. BORENFREUND, Propos sur la représentativité syndicale, *Dr. social*, 1988, p. 476.
- G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU, Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective, *Dr. social*, 2003, p. 72.

- B. BOUBLI, A propos de la représentativité syndicale, *Sem. soc. Lamy*, n° 916, 11 janvier 1999, p. 8.
- D. BOULMIER, L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise, lie-t-elle la minorité ?, 1^{ère} partie : les consultations réglementées, *Sem. soc. Lamy*, n° 872, 2 février 1998, p. 6.
- D. BOULMIER, L'expression majoritaire des salariés dans l'entreprise, lie-t-elle la minorité ?, 2^{ème} partie les consultations non réglementées, *Sem. soc. Lamy*, n° 873, 9 février 1998, p. 5.
- J. BOULOUIS, « La convention collective à l'épreuve du droit communautaire », in *Les orientations du droit social contemporain, Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 79.
- F. BOUSEZ, Le retour des seniors dans l'emploi : le CDD seniors. *JCP éd. Soc.*, 2006, ét., n° 1809.
- M. BRAUD, Après le congrès de la CES, quelle stratégie et quelles actions syndicales européennes ? *chron. Intern. de l'IREES*, n° 86, janvier 2004, p. 43.
- M. BRAUD, Représentation et représentativité syndicales au niveau européen. Quelques éléments, *chron. intern. IRES*, n° 66, septembre 2000, p. 105.
- G. BRIENS, Le référendum : une forme d'accord collectif méconnue, *Sem. soc. Lamy*, n° 1133, 28 juillet 2003, p. 8.
- R. BRIHI, Réviser la directive sur le CE européen et instituer le « délégué syndical européen », *LSE*, n° 162, p. 5.
- E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, Actualité de droit communautaire, *AJDA*, 2006, p. 247.
- M. BROWNE, « La stratégie européenne pour l'emploi : nouveau modèle ou faux-semblant ? », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la direction de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 57.
- J. BUNEL, Représentation patronale et représentativité des organisations patronales, *Travail et emploi*, n° 70, 1997, p. 3.
- P.-P. BRUNEAU, N. LENOIR, M. MENJUCQ, « Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen », in *La société européenne et les aspects pratiques de la stratégie d'implantation des entreprises*, Droit et Patrimoine, 2007, n° 163, p. 62.
- J.-F. CESARO, Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JCP éd. Soc.*, n° 8, 2007, ét. n° 1117, p. 9.
- F. CHALTIEL, Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht, *RMCUE*, n° 469, juin 2003, p. 365.
- J. CHEVALIER, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, *RD publ.*, 1998, p. 659.
- S. CLAUWAERT, « Le dialogue social dans l'Union européenne : une innovation pour le droit communautaire ? », in *Les normes sociales européennes*, *LSE*, suppl. n° 111, 2004, p. 49.
- V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en Hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 35.

- G. COUTURIER, « Négociation(s) de groupe », in *La négociation collective*, Édition Panthéon-Assas, 2004, p. 53.
- 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)*, sous la dir. de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 79.
- N. DAMAS, Les cas de recours au contrat à durée déterminée d'usage, Regard sur les décisions des juges du fond, *BS*, 5/07, étude, p. 307.
- I. DAUGAREILH, « Les accords-cadres internationaux : une réponse européenne à la mondialisation de l'économie ? », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, M. DESCOLONGES et B. SAINCY (sous la direction de), La Découverte, coll. « Entreprise et société », 2006, p. 116.
- I. DAUGAREILH, La négociation collective internationale, *Travail et Emploi*, n° 104, Octobre-décembre 2005, p. 69.
- I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », in *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, sous la direction d'I. DAUGAREILH, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 349.
- L. DAUXERRE, Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales, *JCP éd. Soc.*, 2006, 1609, p. 11.
- A. DEBRULLE, Le modèle social européen en balances ?, *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1266, p. 5.
- R. DEHOUSSE, « Introduction : la stratégie de Lisbonne », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la direction de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 13.
- R. DEHOUSSE, « Du bon usage de la méthode ouverte de coordination », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la direction de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 57.
- S. DE LA ROSA, Stratégie Européenne pour l'Emploi : les nouvelles orientations, *Dr. social*, 2005, p. 1210.
- M. DELMAS-MARTY, La mondialisation du droit : chances et risques, *D*, 1999, chr., p. 43.
- J.-M. DENIS, Les mobilisations collectives européennes : de l'impuissance à la nécessité d'alliance, *Dr. social*, 2006, p. 671.
- J.-M. DENIS, Le syndicalisme autonome face à la construction européenne : quelles menaces, quelles perspectives ? *Dr. social*, 2001, p. 526.
- V. DE POULPIQUET, La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne, *RTD eur.*, 1999, p. 709.
- I. DESBARRAT, A propos du comité d'entreprise européen, *PA*, n° 78, 30 juin 1995, p. 27.
- A. DE SOUCY, Le volet social du Conseil européen de Stockholm, *RMCUE*, mai 2001, p. 311.
- M. DESPAX, De l'accord à la loi, *Dr. social*, 1987, p. 184.
- M. DESPAX, La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971, *Dr. social*, 1971, p. 530.

- C. DIDRY, « La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936 », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Éditions ouvrières, 1998, p. 129.
- C. DUFOUR, U. REHFELDT, Existe-t-il un modèle européen de représentation des salariés dans l'entreprise ? Pistes de réflexion à partir des expériences allemande, britannique, française et italienne, *Travail et emploi*, n° 47, 1/1991, p. 14.
- J.-J. DUPEYROUX, Un nouveau droit social ?, *Dr. social*, 2003, p. 5.
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi. *Dr. social*, 2006, p. 124.
- F. FAVENNEC-HERY, Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise. *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1914.
- F. FAVENNEC-HERY, « Nouvelles légitimités : la référence majoritaire », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 17.
- F. FAVENNEC-HERY, L'accord cadre européen sur le travail à temps partiel. *JCP éd. E*, 1997, Etudes et Chroniques, n° 692, p. 427.
- M. FUCHS, Le bilan du droit européen du travail, in *Les normes sociales européennes, LSE*, suppl. n° 111, 2004, p. 23.
- D. GADBIN, L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire. *RTD eur.*, 2001, p. 1.
- M. O. GARABIOL-FURET, Le partenariat social peut-il relancer l'idée européenne ?, *RMCUE*, 2006, p. 435.
- H. GAUDIN, Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ?, *RTD eur.*, 1999, p. 1.
- B. GAURIAU, Sur l'appréciation de la représentativité d'un syndicat, *JCP éd. Soc.*, n° 1412, 2005.
- B. GAURIAU, Le référendum et les accords « Aubry II » (A propos de l'article 19 de la loi), *Dr. social*, 2000, p. 311.
- B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, *Dr. social*, 1998, p. 338.
- J. GOETSCHY, « Les nouveaux éléments sur l'emploi et le social : rattrapage, consolidation ou percée ? », in *De Maastricht à Amsterdam, L'Europe et son nouveau traité*, sous la direction de M. TELO et P. MAGNETTE, Editions Complexe. coll. Études européennes, 1998, p. 139.
- J. GOETSCHY et P. POCHE, « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », in *Le nouveau modèle européen. Volume 2 Les politiques internes et externes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2000, p. 79.
- J. GONIÉ, Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits de l'Internet, *Dr. social*, 2005, p. 273.
- J. GRIMALDI D'ESDRA, Nature et régime juridiques du référendum en droit social, *Dr. social*, 1994, p. 397.
- F. HEAS, Les normes de convenances dans le cadre des relations de travail, *JCP éd. Soc.*, n° 29, 2007, ét. 1563, p. 9.

- A. ILIOPOULOU, La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne, *Cahier de droit européen*, 2006, n° 3-4, p. 315.
- F. JAULT-SESEKE, « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales », in *Le droit international privé : Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 455.
- J.-C. JAVILLIER, « Sur l'Europe, le droit et le droit social », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 13.
- J.-C. JAVILLIER, « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail », in *Le droit collectif du travail questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène SINAY*, Peter Lang, 1994, p. 219.
- J.-C. JAVILLIER, « Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 193.
- A. JEAMMAUD, Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne, Avant Propos, *Dr. social*, 2005, p. 491.
- A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, L'ordonnancement des relations de travail, *D*, 1998, chr., p. 359.
- A. JEAMMAUD, H. MASSE-DESSEN, Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?, *Sem. soc. Lamy*, n° 1257, 18 avril 2006, p. 8.
- M. JOAO-RODRIGUES, in *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la direction de M. JOAO-RODRIGUES, Édition de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2004, p. 21.
- S. JULLIOT, « Les turbulences au sein du double canal de représentation en France », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 162.
- J.-P. LABORDE, Les rapports collectifs de travail en droit international privé, *Travaux du comité français de droit international privé*, 1996-1997, p. 153.
- 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)*, sous la dir. de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 95.
- P. LANGLOIS, Peu à espérer, *RDT*, 2006, p. 219.
- P. LANGLOIS, Europe sociale et principe de subsidiarité, *Dr. social*, 1993, p. 201.
- P. LANGLOIS, Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle, *Dr. social*, 1992, p. 5.
- P. LANGLOIS, La négociation collective d'entreprise, La politique communautaire, *Dr. social*, 1990, p. 673.
- P. LANGLOIS, J.-M. VERDIER, Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif, *D*, 1972, 39^{ème} cahier, chr. XXXIV, p. 253.
- S. LAULOM, Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale, *Dr. social*, 2007, p. 623.

- S. LAULOM, « Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs », *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 23.
- S. LAULOM, « Les évolutions contrastées des systèmes nationaux de représentation des travailleurs », *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 279
- S. LAULOM, La directive sur les comités d'entreprise européens : l'importance d'une transition, *Dr. social*, 1995, p. 1026.
- S. LAULOM, C. VIGNEAU, Actualité du rapprochement des législations en matières de relations professionnelles, *Dr. social*, 2005, p. 526.
- P. LEGERON, Le stress au travail : de la performance à la souffrance, *Dr. social*, 2004, p. 1086.
- J.-P. LHERNOULD, Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010, *Europe*, janvier 2006, p. 4.
- J.-P. LHERNOULD, L'Europe sociale après l'élargissement, *RJS*, n° 11, 2004, p. 771.
- J.-P. LHERNOULD, Accord européen sur le télétravail, *BS*, n° 5, 2003, p. 269.
- J.-P. LHERNOULD, N. MOIZARD, Actualité de l'harmonisation sociale en matière d'emploi, *Dr. social*, 2005, p. 509.
- P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi, *RDT*, 2006, p. 48
- A. LYON-CAEN, Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire, *Dr. social*, 1997, p. 68.
- A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence, Observations sur une rencontre », *in Les orientations du droit social contemporain, Mélanges dédiés à Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 331.
- G. LYON-CAEN, Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective, *Dr. social*, 2003, p. 355.
- G. LYON-CAEN, L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces), *Dr. social*, 2001, p. 1031.
- G. LYON-CAEN, Subsidiarité et droit social européen, *Dr. social*, 1997, p. 382.
- G. LYON-CAEN, Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable, *Dr. social*, 1994, p. 923.
- G. LYON-CAEN, Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht, *D*, 1993, chr. XXXIII, p.149.
- G. LYON-CAEN, Négociation et convention collective au niveau européen, *RTD eur.*, 1973, p. 583.
- G. LYON-CAEN, Négociation et convention collective au niveau européen, *RTD eur.*, 1974, p. 1.
- G. LYON-CAEN, Le droit conventionnel du travail, *D*, 1963, chr. p. 15.
- N. MAGGI-GERMAIN, Sur le dialogue social, *Dr. social*, 2007, p. 798.

- N. MAGGI-GERMAIN, Le stress au travail, *RJS*, n° 3, 2003, p. 191.
- P. MARTIN, Le traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ?, *RTD eur.*, 2000, p. 47.
- P. MARTIN, L'harmonisation sociale en débat, *Dr. social*, 1997, p. 303.
- P. MARTIN, Le droit social communautaire : droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sociale ?, *RTD eur.*, 1994, p. 609.
- B. MATHIEU, La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail. Observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *D*, 2003, Chr., p. 638.
- 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, Chr., p. 152.
- A. MAZEAUD, « Les sources du droit du travail à l'épreuve du dialogue social », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 355.
- A. MAZEAUD, Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *Dr. social*, 2001, p. 361.
- E. MAZUYER, Les instruments juridiques du dialogue social européen : états des lieux et tentative de clarification, *Dr. social*, 2007, p. 476.
- M. MEUNIER-BOFFA, Le télétravail face au droit, *TPS*, n° 8, 2002, Chr. 13, p. 6.
- M. MENJUCQ, La société européenne : enfin l'aboutissement !, *D*, 2001, doct., p. 1085.
- F. MEYER, Le progrès social est encore un des objectifs du droit communautaire, *DO*, 1999, p. 10.
- S. MICHEL, Le critère de l'indépendance au sein de l'article L. 133-2 du Code du travail, *DO* 2003, p. 133.
- N. MOIZARD, Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français, *Dr. social*, 1999, p. 916.
- P.-Y. MONJAL, La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires, *RTD eur.*, 1996, p. 681.
- M.-A. MOREAU, Restructurations et comité d'entreprise européen, *Dr. social*, 2006, p. 308.
- M.-A. MOREAU, « L'action syndicale en Europe », in *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 59.
- M.-A. MOREAU, L'implication des travailleurs dans la société européenne, *Dr. social*, 2001, p. 927.
- M.-A. MOREAU, « Règlements et directives en matière sociale », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Edition Panthéon-Assas, 2000, p. 39.
- M.-A. MOREAU, Sur la représentativité des partenaires sociaux européens, *Dr. social*, 1999, p. 53.
- M.-A. MOREAU, G. TRUDEAU, Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie, *JDI*, n° 4, 2000, p. 915.
- M.-L. MORIN, Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises,

- RIT*, vol. 144, 2005, n° 1, p. 5.
- M.-L. MORIN, La loi et la négociation collective dans l'élaboration des normes sociales, *LSE*, n° 51 et n° 52, 2002.
- M.-L. MORIN, Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, *Dr. social*, n° 1083, 2000.
- M.-L. MORIN, La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité, *Dr. social*, 1998, p. 419.
- M.-L. MORIN, « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Éditions ouvrières, 1998, p. 179.
- P. MORVAN, Le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation, *JCP éd. Soc.*, n° 4, 2007, Act. p. 3.
- 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)*, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 37.
- L. NAVARRO, « Forces et faiblesses de la coordination des politiques économiques », in *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la direction de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004, p. 33.
- C. NEAU-LEDUC, La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ?, *Dr. social*, 2006, p. 952.
- V. OGIER-BERNARD, Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives. *JCP éd. G*, n° 12, 2004, Doct. I 118, p. 493.
- 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)*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 61.
- N. OLSZAK, « La défense collective des intérêts : la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Éditions ouvrières, 1998, p. 61.
- F. OSMAN, Avis, directives, code de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources de droit privé, *RTD civ.*, 1995, p. 509.
- F. PAPPALARDO, La notion de « conditions de travail » en droit communautaire, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n° 3, 2006, p. 609.
- J.-J. PARIS, Les organisations collectives des travailleurs face aux stratégies des multinationales, *Dr. social*, 2007, p. 1026.
- J. PELISSIER, « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 95.
- J. PELISSIER, La loyauté dans la négociation collective, *DO*, 1997, p. 496.

- J.-M. PERNOT, Patrons et patronat, dimensions européennes, *chron. inter. IRES*, n° 72, septembre 2001, p. 1.
- F. PETIT, Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire, *DO*, 1999, p. 269.
- P. POCHET, La stratégie européenne pour l'emploi en 2001, *Dr. social*, 2001, p. 1090.
- P. POCHET, L'actualité du droit du travail communautaire : la mise en œuvre de la charte de 1989 ?, *Dr. social*, 1993, p. 695.
- Ph. POCHET, Le dialogue social sectoriel, une analyse quantitative. *Chron. intern de l'IRES*, n° 96, septembre 2006, p. 20.
- Ph. POCHET, Le dialogue social interprofessionnel, une analyse quantitative, n° 98 janvier 2006, p. 43. *Chron. intern de l'IRES*, n° 98, janvier 2006, p. 43.
- S. POILLOT-PERUZZETTO, Ordre public et droit communautaire, *D*, 1993, chr., p. 177.
- A. PROBST, Télétravail au domicile, Confusion des lieux et distinction des temps, *Dr. social*, 2006, p. 1109.
- P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.*, 2001, p. 749.
- O. QUINTIN, Bilan et perspectives du dialogue social en Europe, *PA*, n° 79, 3 juillet 1998, p. 17.
- J.-E. RAY, 4 mai 2004-mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois. A propos du rapport Chertier, *Dr. social*, 2006, p. 981.
- J.-E. RAY, Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Dr. social*, 2004, p. 590.
- J.-E. RAY, Temps professionnel et temps personnels, *Dr. social*, 2004, p. 58.
- J.-E. RAY, Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?, *Dr. social*, 2000, p. 574.
- J.-E. RAY, À propos de la subsidiarité horizontale, *Dr. social*, 1999, p. 461.
- J.-E. RAY, Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective (à propos des articles 11 et 15 du projet de loi), *Dr. social*, 1999, p. 1018.
- T. REVET, « Un droit européen du travail ? », in *Le droit privé européen*, sous la direction P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 1998, p. 108.
- S. ROBIN-OLIVIER, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne, *RDT*, 2007, p. 95.
- P. RODIÈRE, Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ?, *Dr. social*, 2007, p. 1015.
- P. RODIÈRE, Âge et discriminations dans l'accès à l'emploi, l'actualité législative confrontée au droit communautaire, *Sem. soc. Lamy*, n° 1266, 2006, p. 8.
- P. RODIÈRE, La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir, *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1183, p. 6.
- P. RODIÈRE, La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi Fillon sur le dialogue social, *Sem. soc. Lamy*, n° 1148, 2003, p. 4.
- P. RODIÈRE, Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social, *DO*, 2000, p. 120.

- P. RODIÈRE, Le comité d'entreprise à l'heure européenne, *DO*, 1995, p. 61.
- C. ROY-LOUSTAUNAU, La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais pas sans importance, *Dr. social*, 2002, p. 304.
- R. SAADA, Le CHSCT acteur de la prévention, *DO*, 2003, p. 90.
- C. SACHS-DURAND, « Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe : quelle évolution ? », in *Etudes dédiées à la mémoire de P. ORTSCHIEDT*, PU Strasbourg, 2003, p. 299.
- C. SACHS-DURAND, La légitimité syndicale dans l'entreprise, *DO*, 1993, p. 39.
- F. SARAMITO, A la recherche d'une majorité dans la négociation collective, *DO*, 2000, p. 428.
- F. SARAMITO, « Le progrès social est-il encore un objectif du droit communautaire ? », in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales évolutions récentes, études en hommage à Madame le Professeur Hélène SINAY*, Peter Lang, 1994, p. 299.
- J.-J. SARFATI, Faut-il réformer la notion de représentativité syndicale après l'arrêt rendu le 18 juillet 2000 par la Cour de cassation ?, *PA*, n° 150, 30 juillet 2000, p. 16.
- J.-C. SAURON, Le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg des 20 et 21 novembre 1997 pour l'emploi, *RMCUE*, 1997, p. 649.
- J. SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 179.
- M. SCHMITT, Les contradictions du dialogue social européen, *LSE*, n° 147, p. 5.
- J.-E. SCHOETTL, Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel, *PA*, n° 97, 14 mai 2004, p. 3.
- J.-C. SECHE, L'Europe sociale après Maastricht, *Cahier de droit européen*, 1993, p. 509.
- S. SIMITIS, Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?, *Dr. social*, 1997, p. 655.
- D. SIMON, « Rapport introductif », in *Vers une culture juridique européenne ?*, sous la direction de S. POILLOT-PERUZZETTO, Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse I, Monchrestien, 1998, p. 1.
- A. SOBCZAK, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in *les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, sous la dir. M. DESCOLONGES et B. SAINCY, coll. « Entreprise et société », La Découverte, 2006, p. 93.
- R. SOUBIE, L'emploi et le dialogue social, enjeux majeurs de l'après-élection, *Dr. social*, 2007, p. 383.
- M.-A. SOURIAC, Quelques interrogations de fond et de méthode, *RDT*, 2006, p. 216.
- M.-A. SOURIAC, L'articulation des niveaux de négociation, *Dr. social*, 2004, p. 579.
- M.-A. SOURIAC, Regards sur le référendum, *Liaisons sociales Magazine*, n° 84, 1993, p. 88.
- P. STRASSER, « Les comités de groupe européens : une longue gestation », in *Etudes en hommage à Hélène SINAY*, Peter Lang, 1994, p. 331.
- A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541.

- A. SUPIOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. social*, 2003, p. 5.
- A. SUPIOT, « La contractualisation des relations de travail en droit français », in *La contractualisation du droit social*, Comptrasec, 2003, p. 23.
- A. SUPIOT, « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 631.
- A. SUPIOT et I. VACARIE, Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques), *Dr. social*, 1993, p. 18.
- M. TELO, « Préface », in *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la direction de M. JOAO-RODRIGUES, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2004.
- F. TERRE, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 15.
- B. TEYSSIÉ, L'implication des salariés dans la société coopérative européenne, *JCP éd. Soc.*, 2006, act. 84.
- B. TEYSSIÉ, Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes, *JCP éd. Soc.*, 2006, act. 47.
- B. TEYSSIÉ, « La loi en droit du travail », in *La loi, Bilan et perspectives*, sous la direction de C. PUIGELIER, Economica, 2005, p. 161.
- B. TEYSSIÉ, La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe, *Dr. social*, 2005, p. 982.
- B. TEYSSIÉ, Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe, *Dr. social*, 2005, p. 643.
- B. TEYSSIÉ, « La représentativité syndicale en droit communautaire », in *De tous horizons, Mélanges Xavier BLANC-JOUVAN*, Société de législation comparée, 2005, p. 369.
- B. TEYSSIÉ, L'implication des salariés dans la société européenne, normes subsidiaires : la participation aux organes de direction, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 187.
- B. TEYSSIÉ, L'implication des salariés dans la société européenne, normes subsidiaires : le comité légal, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 168.
- B. TEYSSIÉ, Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes, le déroulement de la négociation, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 148.
- B. TEYSSIÉ, Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes, les parties à la négociation, *JCP éd. Soc.*, 2005, act. 127.
- B. TEYSSIÉ, Négociations d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés, *D.*, 2004, chr. p. 2383.
- B. TEYSSIÉ, La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (normes générales), *D.*, 2004, chr. p. 2060.
- B. TEYSSIÉ, Les conventions et accords collectifs de groupe, *PA*, n° 97, 14 mai 2004, p. 59.
- B. TEYSSIÉ, Le maintien de la « valeur hiérarchique » des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004, *Sem. soc. Lamy*, n° 1175, 28 juin 2004, p. 6.
- B. TEYSSIÉ, « L'accord collectif de niveau communautaire », in *Mélanges offerts à André Decoq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 567.

- B. TEYSSIÉ, « Sur le nouveau droit de la négociation collective », in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 7.
- B. TEYSSIÉ, « Verbo loi (sociale) », in *Le droit privé français à la fin du XX° siècle. Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 117.
- B. TEYSSIÉ, Le comité d'entreprise européen (Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994), *JCP éd. E*, n° 1, 1995, étude n° 416, p. 1.
- B. TEYSSIÉ, La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale. *JCP éd. E*, n° 16, 1994, chr. 352, p. 215.
- B. TEYSSIÉ, Propos autour d'un projet d'autodafé, *Dr. social*, 1986, p. 559.
- B. TEYSSIÉ, Représentation collective des salariés, *J. cl. Travail*, vol. 5, Fasc. 92-70, spéc. n° 25 et suiv.
- M. THELO, « La méthode ouverte de coordination, gouvernance et Gouvernement dans l'Union européenne », in *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la direction de M. JOAO-RODRIGUES, Édition de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2004, p. 250.
- C. THIBIERGE, Le droit souple, réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599.
- H. TISSANDIER, Congé parental d'éducation et congé de maternité : quelle articulation ?, *RJS* 8-9/05, p. 583.
- T. TREU, Quelles régulations sociales pour l'Europe élargie, in *Les normes sociales européennes, LSE*, suppl. n° 111, 2004, p. 12.
- G. VACHET, La réforme de la négociation collective L. n° 2004-391, 4 mai 2004, *JCP éd. E* 2004, Commentaires 1245, p. 1332.
- F. VALDES DAL RE, F. GAUDU, Le Livre vert de la Commission européenne pose-t-il de bonnes questions ?, *RDT*, 2007, p. 72 ;
- F. VANDAMME, La fermeture de l'Usine Renault-Vilvoorde : conséquences politiques et sociales internationales, *RMCUE*, 1997, p. 512.
- F. VANDAMME, Quel espace contractuel pour les partenaires sociaux après le traité de Maastricht ?, *RMCUE*, 1992, p. 7.
- R. VATINET, De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise, *Dr. social*, 2002, p. 286.
- J.-M. VERDIER, Des propositions de grand intérêt, *RDT*, novembre 2006, Controverse, p. 284.
- J.-M. VERDIER, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions), *Dr. social*, 1991, p. 5.
- J.-M. VERDIER, « Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLINCK*, Dalloz, 1978, p. 263.
- J.-M. VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 572.

- P.-Y. VERKINDT, Le congé parental, *J.-Cl. Travail*, n° Fasc. 28-32.
- P.-Y. VERKINDT, Travail et santé mentale. *Sem. soc. Lamy*, n° 1112, 3 mars 2003, p. 6.
- C. VIGNEAU, Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ?, *Dr. social*, 2004, p. 883.
- C. VIGNEAU, Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire, *RTD eur.*, 2002, p. 653.
- C. VIGNEAU, L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée, *Dr. social*, 1999, p. 928.
- C. VON BAR, Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RID comp.*, 2001, p. 127.

IV. CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS

- G. BORENFREUND, note sous Soc. 13 avril 1999, *Dr. social*, 1999, p. 643.
- G. BORENFREUND, obs. sous Soc. 25 janvier 1995, Charre c/ Comité français contre la faim et Comité français contre la faim c/ Klatzman, *Dr. social*, 1995, p. 274.
- B. BOUBLI, note sous Soc. 29 juin 1999, *TPS*, 1999, n° 8, chr. 14, p. 6
- F. BOUSEZ, obs. sous Soc. 20 septembre 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, p. 19, n° 2009.
- F. BOUSEZ, obs. sous CJCE, 4 juillet 2006, aff. 212/04 Grande ch., Konstantinos Adelener c/ Ellinikos Organismos Galaktos, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1966.
- F. BOUSEZ, obs. sous Soc. 26 novembre 2003, *JCP éd. E*, 2004, p. 513.
- J. CAVALLINI, De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior, note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm, *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 1414, p. 25.
- J.-F. CESARO, note sous Soc. 24 mai 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1671.
- M. COHEN, obs. sous Soc. 13 mai 2003, *Dr. social*, 2003, p. 1030.
- P. DEUMIER, note sous Soc. 29 juin 1999, *JCP éd. G*, 2000, juris. II 10315, p. 923.
- J. DUPLAT, Conclusions de l'avocat général sous Soc. 29 juin 1999, Sur la portée des recommandations patronales, *Dr. social*, 1999, p. 795.
- F. DUQUESNE, obs. sous Soc. 21 mai 2003, *Dr. social*, 2003, p. 779.
- A. GARDIN, note sous Soc. 11 février 2004, *D*, 2004, p. 1926.
- B. GAURIAU, note sous Soc. 25 janvier 2006, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1362.
- J. GRANGE, N. EL AOUGRI, note sous Soc. 30 avril 2003, CGT Force ouvrière et autres c/ AXA France assurances, La négociation de groupe, *Sem. soc. Lamy*, 17 novembre 2003, n° 1144, p. 5.
- M. GREVY, note sous Soc. 20 décembre 2006, Droit de la négociation collective d'entreprise et droit électoral : une articulation délicate, *RDT*, 2007, p. 307.
- F. HEAS, note sous Soc. 16 mars 2005, *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 699, p. 775.

- L. IDOT, note sous aff. 313/02, Wippel c/ Peek et Cloppenburg GmbH et Co. KG, *Europe*, décembre 2004, p. 18.
- S. JOLY, note sous Soc. 29 juin 1999, *PA*, 2000, n° 50, p. 11.
- T. LAHALLE, note sous Soc. 13 sept 2005, *JCP éd. Soc.*, 2005, n° 1378.
- O. LECLERC, Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire, note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm), *D*, 2006, p. 557.
- J.-P. LHERNOULD, note sous Aff. 77/02, Steinicke c/ Bundesanstalt für Arbeit, *RJS* 1/04, p. 17.
- J.-P. LHERNOULD, note sous CJCE, 27 juillet 2003, aff. 320/01, Busch et Klinikum neustadt GmbH, chr. L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, *RJS* 6/03, p. 467.
- F. MEYER, note sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm, *D*, 2007, p. 470.
- F. MEYER, note sous Aff. 285/02, Edeltraud-Elsner-Lakeberg, chr. Droit communautaire du travail, *D*, 2004, p. 3085.
- S. MIARA, note sous Soc. 3 décembre 2002, Droit du travail, chr. sous la dir. de B. TEYSSIÉ, *JCP éd. G*, 30 juillet 2003, p. 1456.
- N. MOLFESSIS, note sous Soc. 29 juin 1999, *RTD civ.*, 2000, p. 200.
- M.-L. MORIN, note sous Soc. 30 avril 2003, CGT Force ouvrière et autres c/ AXA France assurances, Les accords collectifs de groupe, une variété d'accords collectifs de droit commun, *RJS* 10/03, p. 743.
- J.-M. OLIVIER, note sous Soc. 2 octobre 2005, *JCP éd. Soc.*, 2006, n° 1007.
- P. POCHET, note sous Soc. 25 janvier 1995, Charre c/ Comité français contre la faim et Comité français contre la faim c/ Klatzman, *D*, 1995, p. 593.
- C. PUIGELIER, note sous Soc. 13 avril 1999, *JCP éd. E*, 2000, p. 662.
- R. (de) QUÉNAUDON, note sous Soc. 29 juin 1999, *D*, 2000, p. 50.
- Ch. RADÉ, obs. sous Soc. 1er juin 2004, *Dr. social*, 2004, p. 904.
- J.-E. RAY, obs. sous Soc. 2 octobre 2001, *Dr. social*, 2001, p. 1039.
- S. ROBIN-OLIVIER, obs. sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm, *RDT*, 2006, p. 133.
- P. RODIÈRE, note sous Soc. 30 avril 2003, CGT Force ouvrière et autres c/ AXA France assurances, L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ?, *Sem. soc. Lamy*, 2 juin 2003, n° 1125, p. 6.
- M. ROUSSEAU, note sous Soc. 26 septembre 2002, *JCP éd. E*, 2003, 1553, p. 1764.
- C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Soc. 16 novembre 2004, *Dr. social*, 2005, p. 98.
- C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Soc. 26 novembre 2003, *Dr. social*, 2004, p. 629.
- J. SAVATIER, obs. sous Soc. 31 mai 2006, *Dr. social*, 2006, p. 924.
- J. SAVATIER, note sous Soc. 15 décembre 2004, Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC) et autres c/ SNCF et autres, *Dr. social*, 2005.
- J. SAVATIER, obs. sous Soc. 3 juin 2003, *Dr. social*, 2003, p. 884.

- J. SAVATIER, obs. sous Soc. 6 octobre 1971, *Dr. social*, 1972, p. 119.
- M. SCHMITT, obs. sous CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04 Mangold c/ Helm, *RDT*, 2006, p. 31.
- M. SCHMITT, note sous CJCE 18 mars 2004, aff. 342/01, in chr. Droit communautaire du travail, *D*, 2004, p. 3084.
- B. TEYSSIÉ, obs. sous Soc. 8 novembre 1998, *JCP. éd. E*, 1988, II, 15356, p. 808, n° 5.
- B. TEYSSIÉ et R. DESCOTTE, obs. sous Soc. 5 janvier 1978, *JCP éd. CI*, 1978, I, 7087, p. 182, n° 5.
- H. TISSANDIER, obs. sous CJCE 7 septembre 2006, aff. 53/04, Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino et aff. 180/04, Andrea Vassallo, in *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, *RJS* 1/07, p. 19
- H. TISSANDIER, note sous aff. 313/02, Wippel c/ Peek et Cloppenburg GmbH et Co. KG, *RJS* 3/05, p. 186.
- J.-E. TOURREIL, note sous Soc. 16 mars 2005, *JSL*, 11 mai 2005, n° 167-3, p. 11.
- J.-M. VERDIER, note sous Soc. 3 décembre 2002, *Dr. social*, 2003, p. 298.
- J.-M. VERDIER, obs. sous Soc. 21 juillet 1986, *D*, 1987, somm. 214.
- P.-Y. VERKINDT, note sous Soc. 20 décembre 2006, Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles=carence, A propos de l'arrêt CGT Adecco, *Dr. social*, 2007, p. 453.
- C. VIGNEAU, note sous CJCE, 4 juillet 2006, Konstantinos Adeneler, Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire, *Dr. social*, 2007, p. 94.

V. OUVRAGES COLLECTIFS

- *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Henri Capitant, 8^{ème} édition « Quadrige », PUF, 2007.
- *La société européenne et les aspects pratiques de la stratégie d'implantation des entreprises*, Droit et Patrimoine, 2007, n° 163.
- *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006.
- *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, sous la direction de M. DESCOLONGES et B. SAINCY, La Découverte, coll. « Entreprise et société », 2006.
- *La modernisation du droit des affaires*, sous la direction de G. JAZOTTES, Litec, 2006.
- *La loi, Bilan et perspectives*, sous la direction de C. PUIGELIER, Economica, 2005, p. 161.
- *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. LAULOM, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005.
- *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, sous la direction d'I. DAUGAREILH, Bruylant-LGDJ, 2005.

- *De tous horizons, Mélanges Xavier BLANC-JOUVAN*, Société de législation comparée, 2005.
- *Le droit international privé : Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005.
- *La loi, Pouvoirs*, n° 114, 2005.
- (Groupe) PAVIE, Code européen des contrats, Avant-projet, Livre I, A. Giuffrè editore, 2004.
- *Mélanges en hommage à Guy ISAAC, 50 ans de droit communautaire*, Tome 1, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2004.
- *Les normes sociales européennes, LSE*, suppl. n° 111, 2004.
- *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Edition Panthéon-Assas, 2004.
- *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la direction de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004.
- *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean PELISSIER*, Dalloz, 2004.
- *Vers une société européenne de la connaissance, La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, sous la direction de M. JOAO-RODRIGUES, Édition de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2004.
- *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, sous la direction de R. DEHOUSSE, L'Harmattan, 2004.
- *Mélanges offerts à André DECOQ, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004.
- (Commission) LANDO, Principes du droit européen des contrats, Vol. 2, *Société de législation comparée*, 2003.
- *Etudes dédiées à la mémoire de P. ORTSCHEIDT*, PU Strasbourg, 2003.
- *La contractualisation du droit social*, Comptrasec, 2003.
- *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Sous la direction de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, Bruylant, 2003.
- *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PELISSIER et J. PELISSIER, Dalloz, 2002
- *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002.
- *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, 2001.
- *Le droit privé français à la fin du XX° siècle. Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001.
- *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Editions Panthéon-Assas, 2000.
- *Le nouveau modèle européen. Volume 2 Les politiques internes et externes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2000.
- *Au-delà de l'emploi*, sous la direction de A. SUPLOT, Flammarion 1999.

- *Commentaire J. MEGRET*, vol. 7, Politique sociale, éducation et jeunesse, S. VAN RAEPENBUSCH, M. WOLCARIUS, Y. MARGELLOS, M. JAMOULLE, G. ZORBAS, D. BARTHELEMY, P. BRUNET, 2^{ème} édition, Édition De l'Université de Bruxelles, 1998.
- *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'atelier/Éditions ouvrières, 1998.
- *Vers une culture juridique européenne ?*, sous la direction de S. POILLOT-PERUZZETTO, Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse I, Monchrestien, 1998.
- *De Maastricht à Amsterdam, L'Europe et son nouveau traité*, sous la direction de M. TELO et P. MAGNETTE, coll Études européennes, Editions Complexe, 1998.
- *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, PUF, 1998.
- *Le droit privé européen*, sous la direction P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 1998.
- *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.
- *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, (E. BAUMGARTNER, P. MENARD), Le Livre de Poche, 1996
- *Le droit collectif du travail, questions fondamentales évolutions récentes, études en hommage à Madame le Professeur Hélène SINAY*, Peter Lang, 1994.
- *Les orientations du droit social contemporain. Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, PUF, 1992.
- *L'Europe et le droit, Mélanges en Hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991.
- *Les transformations du droit du travail études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989.
- *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. CAMERLINCK*, Dalloz, 1978.
- *Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974.

VI. DOCUMENTS ET RAPPORTS OFFICIELS

1) Commission

- Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle » COM (2006) 708 final
- Évaluation des programmes nationaux de réforme par la Commission,
- Résumé du rapport annuel de 2006 sur la croissance et l'emploi, élaboré par la Commission
- Communication de la commission sur l'Agenda social pour la période 2006-2010, (COM (2005) 33 final) de février 2005
- Communication relative au partenariat pour le changement dans une Europe élargie. Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM (2004) 557 final

- Publication de la Direction générale de l'emploi et des affaires sociales de la Commission européenne : Relations du travail et mutations industrielles, dans un numéro intitulé « Le dialogue social sectoriel européen », 2003
- Communication de la Commission, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, Proposition de Décision du Conseil créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, COM(2002) 341 final
- COM (2001) 428 final, le 25 juillet 2001, Gouvernance européenne,
- Adapter et promouvoir le dialogue social, COM (1998) 322 final.
- Communication de la Commission concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire, COM (96) 448 final.
- Communication de la Commission concernant le congé parental, COM (96) 26, 31 janvier 1996.
- La mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen, JOCE C 397, 31 décembre 1994.
- Communication de la Commission concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée au Conseil et au Parlement européen, COM (93) 600
- SEC (92) 1990 final, *RTD eur.*, 1992, p. 728.

2) Conseil

- Conseil européen de Bruxelles, 23 et 24 mars 2006, conclusions de la Présidence
- Décision du Conseil relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres rendue après le Conseil européen de printemps des 22 et 23 mars 2005
- Projet de rapport conjoint sur l'emploi 2004/2005, rendu par le Conseil de l'UE, approuvé par la Commission le 3 mars 2005
 - Recommandation du Conseil du 14 octobre 2004 concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres (2004/741/CE)
- Décision du Conseil du 6 mars 2003 créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, (2003/174/CE)
- Décision du Conseil du 24 janvier 2000 instituant le comité de l'emploi (2000/98/CE)
- Décision du Conseil du 9 mars 1999 réformant le comité permanent de l'emploi et abrogeant la décision 70/532/CEE
- Résolution du Conseil du 6 décembre 1994 sur la politique sociale

3) Partenaires sociaux

- Programme de travail des partenaires sociaux européens 2006-2008
- Programme de travail des partenaires sociaux européens (CES, CEEP, UNICE/UAEPME) 2003-2005, élaboré au Conseil européen de Laeken en décembre 2001

4) Rapports de l'Assemblée nationale

- Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la stratégie de Lisbonne et sur la communication de la Commission du 25 février 2006 au Conseil européen de printemps « Passons à la vitesse supérieure : le nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi » par M. Jean BIZET, Annexe au procès-verbal de la séance du 3 mars 2006
- Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'Union européenne sur le suivi de la stratégie de Lisbonne, et présenté par MM. Michel DELEBARRE et Daniel GARRIGUE. (n° 2102)

5) Rapport du Gouvernement français

Le plan national d'action pour l'emploi de la France, 2004 (site internet de l'UE).

6) Rapports d'experts

- D.-J. CHERTIER, « Pour une modernisation du dialogue social », Rapport remis au Premier ministre en avril 2006, La Documentation française, 2006.
- R. HADAS-LEBEL, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales », Rapport remis au Premier ministre le 3 mai 2006, La Documentation française.
- M. de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 mars 2004, *Liaisons Sociales*, Doc. V, n° 3/2004.
- DUFRESNE A., Le niveau sectoriel européen : dialogue social *versus* coordination des négociations collectives, 2003
(http://www.univ-nancy2.fr/ILSTEF/RESORE/Dufresne_RESORE_WP4_DEL19.pdf).
- Rapport du groupe de haut niveau sur les relations de travail et les mutations dans l'Union européenne, janvier 2002.
- Rapport BOISSONNAT, « Le travail dans vingt ans », La Documentation française, Odile Jacob, 1995.

7) Autres

- Conseil d'État, Rapport Public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit
- DARES, « Les politiques de l'emploi et du marché du travail », La Découverte, 2003.
- Bilan des cinq années de SEE : examen à mi-parcours, 2002

- Le Peuple n° 1504 du 9/06/99, Négociation collective, démocratie, représentativité : les propositions de la CGT.
- Le Peuple n° 1505 du 23/06/1999, Représentativité et démocratie.
- Le Peuple n° 1529, P.-J. ROZET, Règles de négociation et de représentativité.
- Action juridique CFDT, n° 128, janvier 1998, L'articulation Loi-Négociation.
- Proposition faite à la Commission, 29 octobre 1993, *Europe sociale* 1995, Dialogue social : le bilan communautaire.

VII. SITES INTERNET

- Assemblée Nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr>
- Business Europe : <http://www.businessseurope.eu>
- Centre européen des entreprises publiques : <http://www.ceep-france.org>
- Confédération européenne des syndicats : <http://www.etuc.org>
- Conseil économique et social : <http://www.conseil-economique-et-social.fr>
- La Documentation française : <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr>
- Sénat : <http://www.senat.fr>
- Union européenne (accès, notamment, aux décisions et communications du Conseil et de la Commission) : http://europa.eu/index_fr.htm
- Union de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises : <http://www.ueapme.com>

INDEX

A

Accord-cadre,

(Voir *congé parental, contrat à durée déterminée, harcèlement, stress, télétravail, temps partiel*)

Accord collectif communautaire,

- articulation des niveaux, 247, 254 et suiv., 333, 351, 446.

- conclusion, 12, 13, 229, 233 et suiv.

- contenu, 239, 241, 260 et suiv.

- dérogatoire, 240.

- mise en œuvre, 55 et suiv., 247 et suiv.

- nature juridique, 243 et suiv.

Accord collectif de branche (français), 256, 340, 400, 429.

(Voir *accord collectif français articulation, mise en œuvre de directive*).

Accord collectif d'entreprise (français), 187, 258, 400.

Accord collectif français

- articulation des niveaux, 185 et suiv., 254 et suiv., 324, 335, 351, 446.

- approbation par les salariés (voir *référendum*).

- comité d'entreprise (voir ce mot).

- contenu, 180.

- conclusion, 12, 13.

- délégué du personnel (voir ce mot).

- dérogatoire, 163, 167, 375, 393, 396, 414.

- droit d'opposition, 392, 396 et suiv., 399, 401.

- historique, 8.

- mise en œuvre d'une directive, 159, 176 et suiv.

- principe majoritaire, 178, 375, 394 et suiv., 398, 401, 403, 409, 419.

- salarié mandaté, 344 et suiv., 405, 406, 429.

- unicité de signature, 392, 396, 397.

Accord collectif interprofessionnel,
(Voir *accord collectif français mise en œuvre d'une directive, dialogue social communautaire interprofessionnel, dialogue social loi de modernisation, rapport loi/convention*)

Accord d'entreprise transnationale, 296 et suiv.

- effet, 301, 323 et suiv., 350.

- parties, 302 et suiv., 315 et suiv., 362.

- réforme, 328 et suiv.

Accord de groupe français, 257, 336 et suiv.

Accord interprofessionnel

(communautaire), (Voir *dialogue social communautaire interprofessionnel, télétravail, stress, harcèlement*).

Accord interprofessionnel (français), 256.

(Voir *contrat de travail à durée déterminée senior, télétravail*).

Accord sectoriel, (Voir *comité de dialogue social sectoriel, dialogue social communautaire sectoriel*).

Accord sur la politique sociale, 5, 34, 175.

Acte Unique européen, 5.

Age, (Voir *contrat à durée déterminée, discrimination*).

Articulation des niveaux de négociation
(Voir *accord collectif communautaire, accord collectif français*).

Assemblée permanente des Chambres de métiers (APCM), 367.

Association d'employeurs (Voir *CEEP, dialogue social, CGPME, reconnaissance mutuelle, représentativité patronale, UEAPME, UNICE, UPA*).

Autorégulation, 284.

B

Benchmarking, 100, 192.

Business Europe, (Voir *UNICE*).

C

Carence élections professionnelles, 401, 405, 406.

Centre européen de l'entreprise publique (CEEP), 5, 45, 95, 278, 280, 359, 360, 367.

Charte d'entreprise, (Voir *code de conduite*).

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, 6, 115, 121, 176.

Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne, 6.

Charte sociale européenne, 6.

Clause de non régression (Voir *prescription minimale*).

Code de conduite, 16, 280, 291, 307, 309, 319, 320 et suiv.

Comité de dialogue social sectoriel, 270, 271.

Comité de la société européenne, 295,
- acteur de la négociation, 305, 308.
- groupe spécial de négociation, 298 et suiv.

Comité de l'emploi (européen), 81, 84, 97.

Comité d'entreprise européen, 295,
- acteur de la négociation, 303, 308, 309, 329.

- groupe spécial de négociation, 298 et suiv.

Comité d'entreprise français, 393, 434,
- acteur de la négociation, 343 et suiv., 429, 436.

Comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales (CDSEI), 104, 197.

Comité économique et social (européen), 82, 83, 85.

Comité permanent pour l'emploi, (Voir *comité de l'emploi*).

Comité supérieur pour l'emploi (français), 199, 218.

Commission (de la Communauté européenne), 4, 5, 11, 20, 41, 43, 55, 59, 69, 93, 129, 237 et suiv., 242, 270, 278 et suiv., 284, 357, 360 et suiv., 368.

Commission nationale de la négociation collective, 187, 195, 199, 218.

Commission paritaire nationale de branche, 258, 346 et suiv., 429.

Compétences communautaires en droit du travail, 3, 24, 25.

Concertation (Voir *dialogue social loi de modernisation*).

Concours d'accords collectifs (Voir *accord collectif communautaire et accord collectif français : articulation*).

Conditions de travail, 113.

Confédération européenne des cadres (CEC), 360, 365.

Confédération européenne des syndicats (CES) 5, 45, 49, 73, 95, 123, 124, 200, 24, 249, 253, 263, 275, 276, 278, 280, 359, 363, 369.

Confédération européenne des syndicats indépendants (CESI), 364.

Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC), 203, 365, 388, 400, 424.

Confédération française démocratique du travail (CFDT), 203, 265, 363, 394, 399, 419, 424, 425.

Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), 203, 363, 400, 424.

Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME), 367, 376 et suiv., 424.

Confédération générale du travail (CGT), 203, 363, 394, 399, 424, 425.

Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO), 203, 363, 203, 400, 424.

Congé parental, 113, 114 et suiv.

Conseil (des ministres de la Communauté européenne), 52, 53, 56, 59, 60, 69, 247.

Conseil économique et social (français) 199, 424.

Conseil européen, 72, 76, 94, 194.

Constitution (française), 2, 10, 161 et suiv., 168, 209, 223.

Contractualisation, 163, 208.
(Voir rapport *loi/convention*).

Contrat de travail à durée déterminée,
- accord-cadre, 113, 124, 140 et suiv.
- discrimination (voir ce mot).

- information, 150, 151.

- seniors, 148 et suiv.

- successions, 153 et suiv., 157.

- (d') usage, 155 et suiv., 157.

Convention collective, (Voir *accord collectif communautaire, accord collectif français, rapport loi/convention*).

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 6, 115.

Coopération politique (Voir *politique de l'emploi*).

D

Délégué du personnel, 393, 434 et suiv.

Dialogue social,

- définition, 11.

- loi de modernisation, 8, 159, 195, 201, 216, 217 et suiv., 428.

Dialogue social communautaire,

- histoire, 4 et suiv.

- interprofessionnel, 59, 148, 241, 264, 286, 351, 363 et suiv.

- loi (Voir *rapport loi/convention*).

- sectoriel, 241, 270 et suiv., 286, 351, 368 et suiv.

Dialogue social tripartite,

- communautaire, 81, 104 et suiv., 125.

- français, 104, 159, 189 et suiv., 196 et suiv., 428, 429, 446.

Directives, 13, 19, 58, 111.

Discrimination,

- âge, 145 et suiv.

- travailleur à durée déterminée, 141 et suiv.

- travailleur à temps partiel, 128, 132 et suiv.

Droit d'opposition, (Voir *accord collectif français*).

Droit mou, (Voir *soft law*).

Droit négocié, (Voir *rapport loi/convention*).

Droit spontané, 290.

Droit souple, (voir *soft law*).

E

Effet direct, (Voir *transposition*).

Entreprise de dimension communautaire, (Voir *accord d'entreprise transnationale*).

F

Flexibilité, 116, 122 et suiv.

Flexicurité, 125.

Fonds social européen (FSE), 72, 86 et suiv.

Fonds européen de développement régional (FEDER), 87.

Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA), 87.

Force ouvrière, (Voir *CGT-FO*).

G

Globalisation, (Voir *mondialisation*).

Gouvernance, 20, 100, 101, 105, 107, 238.

Grandes orientations de politiques économiques (GOPE), 74, 93.

Groupe, (Voir *accord d'entreprise transnationale*, *accord de groupe*).

Groupe spécial de négociation, (Voir *comité d'entreprise européen*, *comité de société européenne*).

H

Harcèlement (accord-cadre), 265, 269.

L

Liberté syndicale, (Voir *syndicat*).

Ligne directrice, 13, 75, 78, 93, 97, 190.

Loi communautaire, (Voir *directive*, *rapport loi/convention*, *règlement*).

Loi française

- expérimentale, 166.

- déclin, 172.

(Voir *rapport loi/convention*).

Loi négociée, 8, 164 et suiv., 202, 222.

(voir *rapport loi/convention*).

M

Marché intérieur, 22, 65, 121, 126.

Méthode ouverte de coordination (MOC), 70, 78, 88 et suiv., 190, 194.

Mondialisation, 13, 15, 16, 447.

Monopole de présentation au premier tour des élections de représentants du personnel, 391, 423, 430.

Mouvement des entreprises de France (), 177, 16, 203, 265, 37, 376 et suiv., 419, 424.

N

Négociation (Voir *dialogue social, dialogue social communautaire, dialogue social tripartite, rapport loi/convention*).

O

Observatoire paritaire de branche, 347.

Ordre public,

- communautaire, 23.
- français, 23.

P

Parlement,

- européen, 53, 54, 247, 285.
- français, 195, 223, 224, 226.

Partenaires sociaux,

- définition, note 17, 47.
- loi communautaire, 5, 35 et suiv., 111.
- loi française, 112.
- politique de l'emploi, 80 et suiv., 104 et suiv., 112.

(Voir *CEEP, CEC, CES, CFDT, CFTC, CFE-CGC, CGT, CGT-FO, CGPME, dialogue social, dialogue social communautaire, dialogue social tripartite, reconnaissance mutuelle, représentativité, SUD, UEAPME, UNICE, UNSA, UPA*).

Plan d'action national (PAN), 75, 79, 98, 190, 193, 198.

Politique de l'emploi, 19, 70 et suiv., 102, 126, 158, 190 et suiv.

Politique sociale (Voir *accord-cadre, compétences communautaires, loi communautaire*).

Position commune, 16, 283, 291.

Prescription minimale, 127.

Primauté du droit communautaire (Voir *transposition*).

Principe majoritaire (Voir *accord collectif français*).

Programme d'action des partenaires sociaux européens, 16, 95, 279.

Progrès social, 23.

Proportionnalité (principe communautaire de), 27.

Q

Quorum (élections professionnelles), 401.

R

Rapport loi/convention,

- communautaire, 60 et suiv., 205, 209, 227, 228.
- contractualisation (voir ce mot).
- droit négocié, 67, 69, 174, 207, 293.
- exemples étrangers, 171.
- français – évolution, 160 et suiv., 169 et suiv., 202, 203 et suiv.
- loi négocié (voir ce mot).
- mise en œuvre de la loi, 167 et suiv.
- réforme française, 209 et suiv., 214 et suiv., 223, 226, 446.

Recommandation du Conseil européen, 76, 79, 190, 291.

Recommandation des partenaires sociaux européens, 280.

Recommandations patronales, 291.

Reconnaissance mutuelle, 352, 354 et suiv., 372.

Référendum, 403 et suiv.

Règlement communautaire, 57.

Régulation, 14, 65, 70.

Représentativité communautaire (Voir *reconnaissance mutuelle, représentativité cumulée suffisante*).

Représentativité cumulée suffisante, 44 et suiv., 358.

- critique, 49 et suiv., 54.

Représentativité (droit français),

- affiliation, 387 et suiv., 391 et suiv., 396, 401, 417, 418, 429, 431.
- critères, 380, 381 et suiv., 419 et suiv., 429, 431.
- critiques, 208, 211, 215, 225, 352, 374, 390 et suiv.
- définition, 352.
- historique, 375.
- patronale, 352, 374, 376 et suiv.
- présomption, 177, 386 et suiv., 416 et suiv., 422 et suiv., 424, 425, 426, 428, 431.
- preuve, 379, 429.
- réforme, 352, 414 et suiv., 445.

Responsabilité sociale de l'entreprise, 313, 319.

Restructurations, 307, 312, 321, 341.

Réseau, 13, 99, 316.

S

Salarié mandaté (Voir *accord collectif français*).

Seniors (Voir *contrat de travail à durée déterminée*).

Socialisation du contrat, 174.

(Voir *rapport loi/convention*).

Société européenne, (Voir *comité de société européenne*).

Soft law, 47, 97, 101 et suiv., 229, 277 et suiv., 446.

Sous-traitants, 317, 323.

Stratégie européenne pour l'emploi, 75 et suiv., 99, 123, 190 et suiv.

Stratégie de Lisbonne, (Voir *méthode ouverte de coordination*).

Stress (accord-cadre), 265, 267 et suiv.

Subsidiarité (principe communautaire), 26, 28 et suiv.

SUD (solidaires, unitaires et démocratiques), 424.

Syndicalisme, 392, 428, 438 et suiv.

Syndicats,

- action, 410, 414, 437.

- composition des syndicats communautaires, 363 et suiv.

- liberté, 5, 6, 8, 229.

- pluralisme, 375, 395.

(Voir *CEEP, CEC, CES, CFDT, CFTC,*

CFE-CGC, CGT, CGT-FO, CGPME,

dialogue social, dialogue social

communautaire, dialogue social tripartite,

, reconnaissance mutuelle,

représentativité, UEAPME, UNICE, UPA).

T

Télétravail (accord-cadre), 265 et suiv.

Temps partiel,

- accord-cadre, 113, 122, 123, 128 et suiv.

- définition, 130.

- discrimination (voir ce mot).

- droits des travailleurs, 134, 137 et suiv.

Temps de travail, 113, 122, 129, 158, 193, 273.

Traité d'Amsterdam, 5, 34, 75, 84, 96, 101, 140, 148, 176.

Transposition de directives, 110 et suiv.

Travail atypique (Voir *contrat de travail à durée déterminée, temps partiel*).

U

Union des confédérations de l'industrie et d'employeur d'Europe (UNICE), 5,

45, 95, 124, 158, 247, 249, 263, 276, 278, 280, 359, 360, 367, 371.

Union économique et monétaire (UEM), 73, 101.

Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises

(**UEAPME**), 45, 278, 280, 360, 367.

Union nationale des syndicats autonomes (UNSA), 363.

Union professionnelle de l'artisanat (UPA), 367, 376, 424.

V

Val Duchesse, 4.

Violence (Voir *harcèlement*).

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	6
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	12
- PARTIE I - LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE A LA PRODUCTION LÉGISLATIVE.....	27
TITRE I LA PARTICIPATION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE À LA PRODUCTION LÉGISLATIVE DE LA COMMUNAUTÉ.....	29
Chapitre I Les partenaires sociaux européens intégrés à la procédure législative	30
Section I. La loi sociale rédigée par les partenaires sociaux	30
§ I - L'action subsidiaire de la Communauté en matière sociale	30
§ II – Les modalités de l'intégration des partenaires sociaux à la procédure législative	38
A. Les règles procédurales d'intervention des partenaires sociaux	38
a) L'obligation de consultation	38
b) La négociation voulue.....	40
B. La définition pragmatique de la représentativité des partenaires sociaux	42
Section II. La loi sociale adoptée par les institutions.....	46
Section III. La particularité de la procédure législative en matière sociale	51
Chapitre II Les partenaires sociaux européens associés à la méthode ouverte de coordination.....	56
Section I. L'association progressive des partenaires sociaux aux politiques de l'emploi	57
§ I - La mise en place institutionnelle des politiques de l'emploi.....	57
A. La volonté d'instituer une politique communautaire de l'emploi	57
a) Les prémices des politiques de l'emploi	57
b) La concrétisation des politiques de l'emploi dans le traité d'Amsterdam ...	59
B. Le soutien « logistique » des politiques de l'emploi dans le traité CE.....	64
a) Les soutiens des différents Comités consultatifs	64
b) Les soutiens financiers des politiques de l'emploi	66
§ II - Une méthode originale de mise en œuvre des politiques de l'emploi.....	67

Section II. L'appréciation critique de l'association des partenaires sociaux à la méthode ouverte de coordination	71
§ I - Avantages et inconvénients	72
§ II - Prospective	77
Conclusion du Titre I.....	80
TITRE II L'INFLUENCE DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE SUR LA PRODUCTION LÉGISLATIVE FRANÇAISE	
LÉGISLATIVE FRANÇAISE	81
Chapitre I L'influence limitée sur le droit substantiel.....	84
Section I. Le droit français du congé parental conforté par le droit communautaire... 85	
§ I - Une réglementation française conforme à la directive n° 96/34/CE	85
§ II - L'évolution possible du droit français en cas de chevauchement de congés ..	87
Section II. L'infléchissement des règles françaises du travail atypique	89
§ I - La prise en compte de la flexibilité par les partenaires sociaux communautaires	90
§ II - Les ajustements nécessaires du droit français	95
A. Le temps partiel	95
a) Le changement de définition du temps partiel en droit français	97
b) Le faible impact de la directive sur le droit français quant aux droits accordés aux travailleurs à temps partiel.....	98
1. Les discriminations sanctionnées sur d'autres fondements.....	98
2. L'évolution des droits d'accès au travail à temps complet	101
B. Le contrat de travail à durée déterminée	103
a) La réglementation interne du contrat de travail à durée déterminée senior encadrée par le droit communautaire	104
1. L'absence d'effectivité des dispositions de la directive de 1999 à propos des discriminations.....	104
2. Les différences de traitement en fonction de l'âge autorisées par le droit communautaire	106
b) Les nécessaires modifications du droit français.....	110
1. L'information insuffisante des représentants du personnel en droit français	110
2. L'information insuffisante des salariés concernant les emplois à durée indéterminée vacants	111

3. La succession de contrats d'usage, contraire à l'interdiction communautaire de recours abusif au contrat à durée déterminée	112
Chapitre II L'influence espérée sur la procédure législative.....	120
Section I. De l'association informelle des partenaires sociaux.....	121
§ I - La répartition des rôles entre la loi et la convention.....	121
A. La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et la négociation collective	122
B. Les différentes formes de participation des partenaires sociaux au processus législatif.....	124
a) La participation informelle des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi	124
b) La participation informelle des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la loi.....	126
§ II - L'aménagement nécessaire des rôles de la loi et de la convention	128
Section II ... À la reconnaissance textuelle de leur rôle de rédacteurs de la loi	133
§ I - La mise en œuvre des directives par voie conventionnelle : les partenaires sociaux substitués du législateur.....	133
A. Les modalités de mise en œuvre des directives par voie conventionnelle	134
a) La détermination des acteurs de la mise en œuvre.....	134
b) Les modalités de la demande de transposition de directives par voie conventionnelle	135
c) Le contenu des accords conclus	136
B. Les insuffisances juridiques d'une transposition par voie conventionnelle ..	137
§ II - Le renouveau du dialogue social français associé à la loi.....	143
A. Le renouveau du dialogue social tripartite comme phase pré-législative	144
a) La réception des politiques européennes de l'emploi en droit français	144
b) L'exigence d'un nouveau dialogue social tripartite national.....	149
B. L'implication des partenaires sociaux dans la rédaction de la loi.....	154
a) Une longue gestation.....	154
1. L'encouragement des partenaires sociaux.....	155
2. Les débats doctrinaux.....	158
3. La question saisie par le politique	163
b) Une modernisation du dialogue social ?	165
Conclusion du Titre II	172

CONCLUSION DE LA PARTIE I	173
- PARTIE II - LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE SOCIAL COMMUNAUTAIRE A L'ELABORATION DE REGLES PROFESSIONNELLES.....	174
TITRE I L'INTERVENTION DES NIVEAUX COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS DANS L'ESPACE EUROPÉEN DE NEGOCIATION.....	176
Chapitre I La coordination des niveaux communautaire et français de négociations interprofessionnelles et sectorielles.....	178
Section I. La coordination des accords collectifs.....	178
§ I - L'interaction des niveaux communautaire et interne	179
A. La négociation de l'accord collectif communautaire	179
a) Les fondements juridiques de l'accord collectif communautaire	179
1. La négociation	179
2. La conclusion d'accords collectifs communautaires.....	181
b) La nature juridique de l'accord	186
B. La mise en œuvre de l'accord collectif communautaire.....	189
a) Les rapports de droit entre le syndicat communautaire et son adhérent national.....	190
1. La promesse de porte-fort	190
2. Le mandat.....	191
3. Les obligations statutaires	192
4. Bilan critique	193
b) La confrontation de l'accord collectif communautaire au tissu conventionnel national.....	195
1. L'articulation des différents niveaux de négociation	195
2. L'interprétation des accords communautaires.....	198
§ II - Les résultats des négociations interprofessionnelles et sectorielles.....	200
A. Le bilan mitigé du niveau interprofessionnel.....	201
B. Les résultats du niveau sectoriel.....	205
a) L'institutionnalisation du dialogue social sectoriel.....	206
b) La conclusion faible d'accords contraignants.....	207
Section II. La coordination des instruments de soft law	210
§ I - La prolifération des outils de soft law	211
A. Les différentes catégories.....	211
a) Les déclarations à visée politique	211

b) Les réglementations régissant les rapports entre organisations syndicales et organisations patronales: les programmes d'actions, les recommandations, les lignes directrices et les codes de conduite.....	212
c) Le fonctionnement des organisations syndicales européennes : les avis conjoints, les règlements intérieurs et les outils de formation	215
d) Le lien avec les institutions communautaires : l'autorégulation et les positions communes	215
B. L'importance quantitative des outils juridiques non contraignants.....	218
§ II - Les conséquences juridiques de la soft law.....	221
Chapitre II Les prémices de la négociation dans l'entreprise transnationale.....	226
Section I. L'émergence de négociations dans l'entreprise transnationale	227
§ I - La diversité des acteurs de la négociation	228
A. Le groupe spécial de négociation : acteur « légal » de la négociation transnationale	228
B. L'action des comités d'entreprise européens et des syndicats européens	232
a) L'émergence d'une négociation au sein des comités d'entreprise européens	232
b) La participation du comité d'entreprise européen et des syndicats européens	234
c) L'émergence de l'action syndicale transnationale d'entreprise	236
§ II - Les résultats de la négociation	240
A. Le contenu des accords.....	241
B. L'aléa de la mise en œuvre	243
Section II. Les perspectives de la négociation collective transnationale	246
§ I - Le projet de réglementation communautaire	246
§ II - L'articulation avec la négociation nationale	252
A. La réception de l'accord transnational par l'accord collectif de groupe français	253
B. La diversification des acteurs de la négociation collective d'entreprise	258
Conclusion du Titre I.....	267
TITRE II LA LEGITIMITE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS L'ESPACE EUROPÉEN DE NEGOCIATION	268
Chapitre I L'insuffisance de règles communautaires de représentativité	270

Section I. La libre détermination de la représentativité des acteurs : la reconnaissance mutuelle.....	270
§ I - Une liberté affirmée.....	270
§ II - Une liberté surveillée	274
Section II. La libre organisation des partenaires sociaux représentatifs	276
§ I - L'organisation du niveau interprofessionnel	277
A. Les syndicats de salariés.....	277
B. Les organisations patronales.....	280
§ II - L'organisation des secteurs	281
A. Les organisations syndicales	282
B. Les organisations patronales.....	284
Chapitre II La nécessaire réforme de la représentativité des partenaires sociaux nationaux	286
Section I. Une représentativité contestée	289
§ I - La détermination de la représentativité	289
A. La représentativité patronale	289
B. La représentativité syndicale.	292
a) La représentativité prouvée.....	292
1. L'énumération de critères légaux.....	293
2. L'aménagement des critères par la jurisprudence	293
b) La représentativité présumée.	298
§ II - Les critiques de la représentativité.....	302
Section II. Une réforme esquissée.....	306
§ I - La réforme de la légitimité de l'acte conventionnel	306
A. De la majorité d'opposition à la majorité d'engagement	307
B. Le référendum : l'approbation par la majorité des salariés	314
§ II - La réforme à poursuivre	322
A. Une réforme des règles de représentativité	323
a) Les réformes proposées.....	323
1. L'adaptation des règles existantes.....	323
α) Réformer la présomption	324
β) Réformer les critères de la représentativité.....	326
2. La refondation totale des règles de représentativité.....	329
b) La réforme souhaitée.....	333

B. L'évolution de la fonction syndicale	339
a) La prééminence de la représentation syndicale dans l'entreprise	339
b) Les évolutions souhaitables du syndicalisme français.....	342
Conclusion du Titre II	346
CONCLUSION DE LA PARTIE II	347
CONCLUSION GENERALE	348
BIBLIOGRAPHIE	351
I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS.....	352
II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES	353
III. ARTICLES	355
IV. CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS	368
V. OUVRAGES COLLECTIFS.....	370
VI. DOCUMENTS ET RAPPORTS OFFICIELS	372
VII. SITES INTERNET	375
INDEX.....	376
TABLE DES MATIÈRES	382