



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*POUR UNE RÉACTIVATION DU MANDATEMENT DANS LE SYSTÈME FRANÇAIS DE NÉGOCIATION COLLECTIVE*

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES, ISABELLE DESBARATS

Référence de publication : Droit social 2003 p.365

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## *POUR UNE RÉACTIVATION DU MANDATEMENT DANS LE SYSTÈME FRANÇAIS DE NÉGOCIATION COLLECTIVE*

Si, dans notre système juridique, les salariés sont les titulaires du droit à la négociation collective, ce sont les organisations syndicales représentatives qui en sont les agents d'exercice. Plus précisément, dans l'entreprise, c'est au délégué syndical que revient cette mission. L'article L. 132-20 du Code du travail prévoit en effet que la délégation salariale habilitée à négocier avec l'employeur comprend nécessairement le délégué syndical. La jurisprudence en déduit deux choses : d'une part, le délégué syndical dispose, en tant que représentant du syndicat auprès de l'employeur, d'un mandat général de négociation et de conclusion des accords collectifs dans l'entreprise (1) ; d'autre part, il dispose d'un monopole pour représenter le syndicat dans la négociation collective. Il en résulte que, dans notre système juridique, la négociation collective dans l'entreprise est, en principe, conditionnée par la présence d'un délégué syndical.

Sans parler des entreprises dépourvues de délégué syndical faute d'implantation syndicale, ce système conduit à exclure, en principe, du champ de la négociation collective les entreprises de moins de cinquante salariés, seuil à partir duquel la loi impose à l'employeur d'accepter la présence d'un délégué syndical. L'article L. 412-11 dernier alinéa permet, il est vrai, aux syndicats représentatifs de désigner, dans ces entreprises, un délégué du personnel comme délégué syndical. Ce texte cependant n'est que peu utilisé en pratique, sans compter qu'il n'offre aucune solution s'agissant des entreprises dépourvues de délégué du personnel.

Cette situation est à l'origine d'un écart de traitement difficilement justifiable entre les salariés des PME et ceux de plus grandes structures qui, seuls, sont en mesure de bénéficier d'une couverture conventionnelle performante (2). Certes, négocier au sein de l'entreprise peut ne pas présenter un grand intérêt lorsque l'organisation est très petite et ne dispose que d'une marge de manoeuvre réduite faute de moyens suffisants. Dans ce cas, l'exercice du droit de négociation collective passe certainement par une mutualisation des moyens et une action collective en externe. Cependant, il

en va différemment lorsque le bénéfice de dispositifs d'aides publiques est conditionné par la conclusion d'un accord, comme ce fut le cas pour le passage aux 35 heures. De plus, dès lors que l'entreprise atteint une certaine dimension, la négociation collective au sein de l'entreprise s'avère souhaitable (3).

Or, le mandatement permet de dépasser les obstacles techniques au développement de la négociation collective dans les entreprises dépourvues d'interlocuteur salarié juridiquement valable. Solution souple et respectueuse du monopole syndical en matière de négociation collective, la technique consiste, pour une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, à octroyer, à un ou plusieurs salariés de l'entreprise, un mandat spécial de négociation sur un ou plusieurs thèmes, en vue de la négociation d'un accord collectif dont la signature suppose l'octroi d'un second mandat de conclusion.

C'est la jurisprudence qui, la première, a consacré le droit pour un salarié mandaté de négocier et conclure un accord collectif au sens juridique du terme (4). Dans l'arrêt *Dame Charre* du 25 janvier 1995 (5), la chambre sociale de la Cour de cassation indiquait que « si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif ». Cet arrêt a ouvert une brèche dans notre système juridique de négociation collective dans l'entreprise en atténuant la portée du monopole des délégués syndicaux et en consacrant une solution dont la doctrine n'avait pas manqué de souligner qu'il restait à préciser les conditions au regard notamment de la protection du mandaté contre le licenciement (6).

Sur le plan juridique, la décision se justifie pleinement. En effet, l'article L. 132-2 du Code du travail, qui définit le droit commun de la négociation collective, consacre simplement le monopole des organisations syndicales représentatives, dont le représentant peut être désigné selon l'une des trois modalités prévues par l'article L. 132-3 (7). Certes, l'article L. 132-20 du Code du travail, relatif à la négociation dans l'entreprise, prévoit pour sa part que la délégation de chaque syndicat

comprend obligatoirement son délégué syndical. La jurisprudence en déduit le principe selon lequel le délégué syndical a, dans l'entreprise, le monopole de la négociation collective. Reste à préciser la portée de ce monopole. Elle peut être absolue de sorte que, quelle que soit l'hypothèse, le seul interlocuteur possible de l'employeur serait le délégué syndical, cette interprétation revenant à exclure la négociation collective de toutes les entreprises dépourvues d'une telle institution. Mais on peut tout aussi bien soutenir que le délégué syndical n'est investi d'un tel monopole que lorsqu'il a vocation à exister, ou même, lorsqu'il est présent dans l'entreprise. En revanche, dans les autres cas, il conviendrait d'en revenir aux règles générales des articles L. 132-2 et suivants autorisant le syndicat, notamment, à donner à une personne un mandat spécial de négociation collective. C'est cette approche que consacre l'arrêt *Dame Charre*. Cependant, la solution est demeurée isolée, sans doute en raison de l'existence de dispositions légales plus restrictives, manifestant la volonté du législateur d'en limiter le champ (8) ou même, plus simplement, faute de contentieux du fait d'une intervention quasi simultanée des partenaires sociaux puis du législateur.

Très vite, en effet, les partenaires sociaux, dans l'ANI du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle (9), se sont emparés de l'idée pour tenter de favoriser le développement de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de délégué du personnel faisant office de délégué syndical en application de l'article L. 412-11 *in fine*. Ce dispositif, pour entrer en application, supposait un support légal que lui a conféré la loi du 12 novembre 1996 relative notamment au développement de la négociation collective (10). Le Conseil constitutionnel a admis que le législateur puisse, comme le prévoyait le texte, renvoyer à des accords de branche la possibilité d'autoriser, à titre expérimental et pour une durée limitée, le recours à cet interlocuteur syndical d'un nouveau genre, tout en procédant cependant à d'importantes réserves d'interprétation qui posent les bases nécessaires à la consécration du mandat en tant qu'acteur de la négociation collective (11).

À leur tour, les lois dites Aubry I et II, des 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 se sont appropriées la technique, sans imposer cette fois la conclusion d'un accord de branche préalable, pour permettre la réduction négociée du temps de travail dans toutes les entreprises, y compris celles dépourvues d'interlocuteur salarié idoine. Force est de constater que, dans ce cadre légal, le mandatement a

connu un succès considérable, mettant ainsi en évidence les insuffisances de notre droit de la négociation collective et les potentialités de la technique.

Pourtant, aujourd'hui, le législateur n'ayant pas reconduit le dispositif expérimental initié par les partenaires sociaux en 1995 (12) et les lois Aubry ayant épuisé, de ce point de vue, tous leurs effets, se pose la question de l'avenir du mandatement dans notre système de négociation collective (13). Dans le silence de la loi, le juge ne sera-t-il pas tenté de renouer avec sa jurisprudence *Dame Charre* tout en s'inspirant des réserves du Conseil constitutionnel pour fixer le régime du salarié mandaté, notamment en le faisant bénéficier d'une protection contre le licenciement calquée sur celle du délégué syndical ? Il lui faudrait alors admettre qu'en dépit des différences qui les caractérisent, le salarié mandaté est une institution susceptible d'être assimilée au délégué syndical, en sorte que, bien que n'étant pas expressément visé par l'article L. 412-18 du Code du travail, il pourrait bénéficier de la protection contre le licenciement prévue par ce dernier. Cela supposerait par ailleurs qu'il adapte les dispositions légales au cas du mandaté. Ce faisant, la jurisprudence n'empiéterait-elle pas sur les compétences du législateur auquel il appartient de fixer de telles règles ? Il en résulte que la résurgence du mandatement jurisprudentiel, si elle n'est pas impossible, nous semble néanmoins aléatoire. Il n'est pas certain, par ailleurs, qu'elle soit souhaitable dans la mesure où les expériences antérieures attestent de la nécessité d'un encadrement du mandatement, tout à la fois pour préserver la sécurité juridique et renforcer la légitimité des accords conclus dans ce cadre. Surtout, une intervention prochaine du législateur semble être probable, et de nature, si elle se produisait, à réduire l'intérêt d'une renouveau du mandatement d'origine jurisprudentielle.

Le ministre du Travail a en effet manifesté sa volonté de réformer le droit de la négociation collective (14) en s'inspirant de la position commune des partenaires sociaux du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective (15). Or, dans ce texte, les partenaires sociaux proposent de reprendre le dispositif du mandatement, il est vrai, à titre subsidiaire (16), dans des conditions qui empruntent tout à la fois aux lois de 1996 et 2000. Il est donc parfaitement envisageable que le mandatement retrouve très prochainement un fondement légal, ce qui doit, nous semble-t-il, être approuvé. En effet, le mandatement apparaît bien comme un instrument permettant le développement de l'action syndicale et de la négociation collective

dans les entreprises, sans porter atteinte aux principes fondateurs de notre système (I), même si les enseignements de la pratique incitent à souhaiter la consécration de certaines règles pour permettre, dans un contexte de sécurité juridique accru, une généralisation de la technique (II).

## **I. - L'OPPORTUNITÉ D'UNE RÉACTIVATION DU MANDATEMENT**

Deux raisons, au moins, justifieraient une consécration généralisée du mandatement dans le droit de la négociation collective. Il s'agit, d'une part, d'une technique qui permet de développer la négociation collective avec l'employeur, sans remettre en question le principe essentiel que constitue le monopole syndical (A). Elle constitue, d'autre part, pour les syndicats, une nouvelle voie d'accès aux PME (B).

### ***A - La préservation des prérogatives syndicales dans la négociation collective***

Il est incontestable que le salarié mandaté doit être, juridiquement, qualifié de représentant du syndicat mandant, de sorte que le recours au mandatement syndical ne saurait être compris comme remettant en cause ce principe fondateur du droit à la négociation collective, que constitue le monopole syndical. Comme dit précédemment, la raison en est que, si le recours à la technique du mandatement peut être compris comme un tempérament au monopole des délégués syndicaux à la négociation collective d'entreprise, il s'inscrit, en revanche, parfaitement dans la logique du droit commun de la négociation collective tel qu'il résulte de l'article L. 132-2 du Code du travail. Qu'il s'agisse ainsi du mandatement jurisprudentiel issu de l'arrêt *Dame Charre*, ou bien de ceux issus, successivement, des lois du 12 novembre 1996, 13 juin 1998 et 19 janvier 2000, tous se sont inscrits dans cette même logique de préservation des possibilités d'intervention syndicale dans la négociation collective dont le respect, selon le Conseil constitutionnel, traduit celui du principe de

la liberté d'action syndicale.

Tel est d'abord le cas de la solution consacrée par l'arrêt du 25 janvier 1995, *Dame Charre*, qui reconnaît au salarié mandaté par une organisation syndicale représentative le droit de négocier et signer un accord d'entreprise, sur le seul fondement de son mandat syndical.

Il en est de même du dispositif élaboré par les partenaires sociaux dans l'ANI du 31 octobre 1995 et repris par la loi du 12 novembre 1996 qui a ouvert, à titre expérimental et pour une période transitoire, la possibilité aux branches de conclure un accord permettant que des accords d'entreprise puissent être conclus dans des entreprises dépourvues de délégués syndicaux avec, notamment, un ou plusieurs salariés mandatés par un ou plusieurs syndicats représentatifs pour une négociation déterminée. Ici encore, le mandat syndical était l'unique fondement des prérogatives du salarié.

S'inscrivent, enfin, dans cette même logique et confirment donc la dimension syndicale du salarié mandaté, les principes de solution posés par les deux lois Aubry qui, s'agissant de la seule négociation d'un accord de réduction du temps de travail remplissant les conditions d'éligibilité de l'aide, avaient ouvert une nouvelle possibilité de mandatement de salariés ordinaires par des syndicats représentatifs. C'est dire que l'émergence de ce nouvel acteur syndical en la personne du salarié mandaté constitue bien une solution *a priori* orthodoxe puisque, tout en permettant aux entreprises dépourvues de présence syndicale d'accéder à la négociation d'entreprise, elle ne déroge pas aux principes relatifs à la négociation collective. L'assertion peut se vérifier aussi bien en ce qui concerne les modalités de désignation du salarié mandaté (1.), la teneur de ses attributions (2.) ou bien encore le contenu de son statut protecteur (3.), tels que définis par les textes successifs et, plus particulièrement et en dernier lieu, par la loi du 19 janvier 2000, sans que l'on puisse, cependant, présenter le salarié mandaté comme une réplique parfaite du délégué syndical. Il semble bien, en effet, que dans le but de compenser l'absence de toute présence syndicale dans l'entreprise, cette loi, plus encore que celles qui l'ont précédée, avait entendu poser des conditions plus rigoureuses pour la négociation d'un accord par un salarié mandaté que celles à respecter en présence d'un délégué syndical. Il en résulte que l'activité de négociation du salarié mandaté était

en définitive encadrée au moins autant que celle du délégué syndical classique. Reflétant le double souci du législateur d'assurer la tutelle du syndicat sur le salarié mandaté, tout en garantissant l'indépendance de celui-ci par rapport à l'employeur, il s'agissait là de dispositions révélatrices d'une volonté certaine d'assurer les conditions d'une négociation équilibrée et de qualité.

1) Il est en premier lieu indéniable qu'en ce qui concerne les conditions de désignation d'un salarié mandaté, la loi du 19 janvier 2000 posait un certain nombre de principes de solution qui renforçaient les liens entre le salarié mandaté et son syndicat mandant.

C'est ainsi qu'au soutien de cette opinion, on peut d'abord évoquer le fait qu'aux termes de l'article 19.VI de la loi du 19 janvier 2000, l'auteur de cette désignation devait être nécessairement une organisation syndicale représentative sur le plan national (17), en l'occurrence, la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC, ce dont il résultait deux règles dont l'une au moins différait de la jurisprudence existante en matière de désignation syndicale. D'une part, en effet, cela signifiait qu'à la différence de ce qui se passe dans ce dernier cas, aucun autre syndicat que ceux cités n'était autorisé à mandater un salarié ordinaire et notamment ceux ayant fait la preuve de leur représentativité seulement au plan de l'entreprise. Cela signifiait également qu'à l'instar, cette fois, de ce qui se passe en matière de désignation syndicale, la capacité de mandater étant octroyée aux seules organisations syndicales ainsi désignées, il ne pouvait revenir à une section syndicale, le plus souvent inexistante, de pouvoir procéder à ce mandatement. On peut encore faire valoir qu'en ce qui concerne le nombre de salariés susceptibles d'être mandatés et à la différence de la situation qui prévalait sous l'empire de la loi Aubry I, le même article de la loi du 19 janvier 2000 avait posé en règle qu'une organisation syndicale ne pouvait mandater qu'un seul salarié dans une entreprise donnée, ce qui naturellement ne pouvait que contribuer à renforcer le lien entre ce salarié et le syndicat mandant (18). Dans le même esprit, on peut encore faire état d'une autre règle confirmant l'emprise du syndicat mandant sur le salarié mandaté relative, cette fois, non plus au nombre de salariés susceptibles d'être mandatés par un même syndicat, mais au nombre de syndicats en mesure de mandater un même salarié : on observera ainsi que la loi Aubry II évoquait le cas d'un seul syndicat mandant, alors que la loi Aubry I autorisait, pour sa part, le mandat d'un salarié par plusieurs syndicats ; d'une telle règle, ne pouvait résulter, ici encore, qu'un renforcement de la



relation liant le syndicat au salarié mandaté.

2) Mais si les principes de solutions qui viennent d'être rappelés illustrent le fait que le recours au mandatement n'a pas été conçu pour écorner et/ou contourner la règle du monopole syndical, mais bien au contraire - et l'évolution de la législation en témoigne - pour permettre sa mise en oeuvre grâce à l'émergence d'un nouvel acteur, d'autres principes de solution reflètent la même logique, et notamment ceux relatifs à l'encadrement des missions confiées au salarié mandaté.

S'agissant des fonctions du salarié mandaté, il est vrai qu'elles ne constituent pas l'exact reflet de celles exercées par un délégué syndical, dès lors que seul celui-ci, doté à la fois de pouvoirs propres (représentation du syndicat) et de pouvoirs d'agent de fait de la section syndicale, dispose d'une compétence générale et, notamment, est « investi de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord d'entreprise et ce quelle que soit l'importance de l'accord » (19). Il n'en demeure pas moins que, dépourvu d'une telle plénitude de compétences l'autorisant à représenter le syndicat en toutes circonstances, et ne constituant donc pas, pour cette raison, un représentant permanent du syndical dans l'entreprise, le salarié mandaté se trouve, à l'instar cette fois du délégué syndical, sous la tutelle de son syndicat mandant : la raison en est que, conformément au droit commun du contrat de mandat, les attributions du mandaté, dans leur ampleur et leur teneur, dépendent, en principe, de la seule volonté du syndicat mandant, telle que l'exprime le mandat (20). C'est confirmer le fait que, bien que titulaire d'un mandat circonscrit à une négociation déterminée et n'exerçant, pour ce motif, qu'une mission limitée à la fois dans son objet et dans le temps, le salarié mandaté n'en demeure pas moins un représentant du syndicat mandant.

3) Mais les conditions de désignation du salarié mandaté ainsi que l'étroite tutelle exercée sur les attributions de celui-ci par son syndicat mandant ne constituent pas les seuls témoignages de la dimension syndicale du mandatement : en attestent encore les modalités de protection des salariés mandatés qui, selon le Conseil constitutionnel, « touchent à l'exercice même de leur mission de négociation par ces salariés », (de sorte) que cette protection « qui n'est pas seulement mise en place dans l'intérêt de ceux-ci, mais aussi dans l'intérêt même des institutions représentatives du personnel, doit assurer la nécessaire indépendance du négociateur à l'égard de l'employeur » (21).

C'est ainsi que tenant compte de la principale réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de l'article 6 de la loi du 12 novembre 1996 (22), les lois Aubry I et II ont calqué la protection du salarié mandaté sur celle du délégué syndical telle qu'elle résulte de l'article L 412-18 du Code du travail. Cette similitude de statuts apparaît, notamment, dans la détermination de la période de protection, dès lors qu'à l'instar de ce qui se passe pour les délégués syndicaux, le point de départ de cette protection se trouve fixé, non pas à la date de notification du mandatement, mais plus tôt encore, dès que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de la désignation du salarié mandaté (23). L'assimilation, de ce point de vue, entre le salarié mandaté et le délégué syndical, n'est toutefois pas complète puisque la contestation de la désignation d'un délégué syndical relève de la compétence du TI alors que les litiges relatifs au mandatement relèvent de la compétence du TGI (24).

Outre qu'il permet aux organisations syndicales de conserver un rôle majeur en matière de négociation collective dans l'entreprise, le mandatement peut également constituer pour elles un moyen d'accéder à des entreprises où elles ne sont pas présentes, en particulier les petites et moyennes entreprises.

### ***B - Une voie d'accès aux petites et moyennes entreprises (25)***

En raison du jeu des seuils d'effectif, en raison également de l'utilisation limitée en pratique de l'article L. 412-11 dernier alinéa du Code du travail, faute d'interlocuteur salarié, la négociation collective n'a guère d'existence dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale. Le mandatement a permis de dépasser cette difficulté technique, comme en témoigne l'importance des accords de réduction du temps de travail signés par un salarié mandaté (26). Mais, au-delà de l'objectif des lois Aubry, limité à la réduction du temps de travail à 35 heures, l'ambition du législateur était plus importante : « l'idée était de créer un lien entre le collectif des salariés coupés du monde syndical et les organisations éloignées des réalités de la petite entreprise. Au-delà de

l'objectif immédiat de la réduction du temps de travail, le salarié pouvait à terme, y servir de tête de pont aux organisations syndicales dans leur stratégie de pénétration » (27).

Il faut constater, pourtant, que ce but n'a pas été atteint (28). À quelques exceptions près, très vite après la signature de l'accord de réduction du temps de travail, le mandaté a en quelque sorte rejoint les rangs, pour se fondre dans la masse du personnel. Plusieurs causes peuvent être avancées pour expliquer cet échec. En premier lieu, en dehors de la CFDT, il semble que les syndicats n'aient pas cru que le mandatement pourrait leur permettre d'investir des champs nouveaux et ont adopté un comportement, sinon attentiste, du moins de prudente réserve. En second lieu, en raison de son caractère temporaire et finalisé, le mandatement était très vite apparu, aux yeux du plus grand nombre, comme une institution éphémère, sans lendemain. Et, en effet, force est de constater l'absence de continuité du dispositif. Négociateur d'un jour, le mandaté était, du fait même de la loi, voué à disparaître une fois sa mission accomplie, sauf à réapparaître ponctuellement lorsqu'il dispose d'un mandat de suivi, de révision ou de dénonciation de l'accord. Il n'existe pas non plus de dispositions transitoires permettant d'écarter les obstacles juridiques à un glissement de ce statut provisoire vers le statut pérenne de délégué syndical ou même, pour les entreprises de moins de dix salariés, de délégué du personnel, susceptible d'être investi des fonctions de délégué syndical.

L'ensemble contribuait à donner du mandatement l'image d'un dispositif expérimental, sans grand avenir, ce qui n'avait pas incité les acteurs à anticiper et à lui conférer davantage de stabilité. Aussi, après avoir tenu quelques temps le devant de la scène, le mandatement semble être aujourd'hui relégué au rang de second rôle.

Pourtant, son succès, même dans le cadre limité de la réduction du temps de travail, révèle, nous semble-t-il, l'existence d'un besoin. En effet, au-delà de la question du passage aux 35 heures, permettre un dialogue social périodique au sein d'entreprises dont il est aujourd'hui exclu faute d'interlocuteur salarié, sur des thèmes relevant notamment du champ matériel de l'obligation annuelle de négocier, présente un intérêt certain, y compris dans les entreprises dépourvues de section syndicale, qu'elles aient ou non plus de cinquante salariés (29). Dès lors, il conviendrait

sans doute de confirmer l'institution et de permettre, dans un cadre qui reste à définir, sa généralisation. Car, s'il est vrai que le mandatement n'a pas déclenché, dans les PME, le raz de marée syndical que les plus optimistes attendaient, il a néanmoins permis des avancées, parfois une implantation syndicale, plus souvent l'établissement de relations informelles entre les syndicats et l'entreprise qui ne pourront que difficilement se perpétuer du fait de son caractère provisoire. Certes, du point de vue de l'évolution des relations sociales, les progrès sont minces, mais la souplesse de la technique la rend, nous semble-t-il, plus que d'autres, adaptée au contexte des PME. Dans ces dernières, en effet, la réserve à l'égard du fait syndical est partagée par les employeurs et leurs personnels. Les salariés de ces entreprises répugnent en effet à se voir « coller » une étiquette de syndicaliste, pas seulement par crainte de représailles de la part de l'employeur, mais aussi parce que les syndicats leur paraissent très éloignés de leurs préoccupations réelles. Or, s'il implique des liens avec le syndicat, le mandatement donne l'impression de ne pas requérir du bénéficiaire un engagement militant aussi poussé que celui d'un délégué syndical. Le mandaté apparaît davantage comme un trait d'union entre l'entreprise et le syndicat que comme une tête de pont de celui-ci, ce qui lui permet de tisser des liens, qu'il lui appartient de renforcer, avec le personnel d'entreprises desquelles il était auparavant absent.

À cet égard, on ne peut que regretter le caractère excessivement restrictif de la Position commune du 16 juillet 2001, qui n'envisage le recours au mandatement que lorsqu'un accord de branche l'autorise et, surtout, uniquement, « dans les entreprises où les élections de représentants du personnel auront conduit à un procès verbal de carence ». Cette solution revient à maintenir hors du champ de la négociation collective interne les entreprises de moins de dix salariés, dans lesquelles la loi n'impose pas l'organisation d'élections professionnelles. Elle ne nous paraît guère justifiée, alors que justement ce sont les personnels de ces entreprises qui sont les plus isolés. Dans ces conditions, il serait, nous semble-t-il, opportun que le législateur, s'il devait intervenir, s'écarte des propositions des partenaires sociaux et généralise le recours au mandatement. Bien sûr, celui-ci ne peut constituer qu'une solution subsidiaire, applicable dans les seules entreprises où les syndicats n'ont pas suffisamment de poids pour avoir une représentation « classique ». Mais, toutes les entreprises devraient être concernées, cette généralisation du mandatement devant s'accompagner du respect de certaines conditions qu'il reste à identifier.

## II. - LES CONDITIONS DE LA RÉACTIVATION DU MANDATEMENT

Le mandatement concernant des entreprises caractérisées par un déficit d'implantation syndicale, la négociation et la conclusion d'accords collectifs dans ce cadre doivent impérativement être entourées de garanties. Outre la définition d'un statut protecteur du salarié mandaté et des éléments du mandat, imposée par le Conseil constitutionnel dans ses réserves relatives à la loi de 1996, outre l'octroi d'un crédit d'heures inspiré de celui dont bénéficient les délégués syndicaux, indispensable à l'exercice du droit de la négociation collective, l'encadrement du mandatement devrait concerner d'une part, la conclusion (A), d'autre part, le devenir des accords signés (B).

### *A - La conclusion d'un accord par un salarié mandaté*

Institution représentative du syndicat, le salarié mandaté a, il est vrai, d'abord dans les faits, puis en droit, favorisé l'émergence du personnel de l'entreprise comme acteur de la négociation collective.

Que ce soit dans l'arrêt *Dame Charre* ou dans la loi de 1996, le salarié mandaté était, du seul fait de son mandat syndical de négociation, juridiquement habilité à négocier et conclure un accord collectif. La légitimité de l'accord était en conséquence purement syndicale. La loi Aubry I avait confirmé cette approche juridique. Mais, dans les faits, une étude menée par des chercheurs de l'IRES avait mis en évidence l'importance pratique du personnel de l'entreprise dans le processus d'élaboration des accords signés par un salarié mandaté (30). Il apparaissait que dans certaines entreprises, les plus nombreuses, le syndicat était en fait maintenu à l'écart de la négociation pour n'être sollicité qu'au terme du processus, par pure nécessité juridique. Il arrivait même que le vote des salariés soit organisé au stade de la désignation du salarié candidat au mandatement, celui-ci

n'étant alors envisagé que comme une simple procédure de validation de l'accord élaboré dans le cadre d'un processus de consultation directe du personnel.

Prenant acte de cette situation, la seconde loi Aubry du 19 janvier 2000 a mis en place un dispositif entérinant cette montée en puissance du personnel de l'entreprise dans la négociation collective, tout en tentant de la canaliser. Ce faisant, cette loi est à l'origine de bouleversements importants qui rejaillissent sur notre système de négociation collective tout entier et qui, loin de constituer des aménagements spécifiques, s'inscrivent dans le cadre d'une évolution plus générale et augurent de l'orientation que pourrait prendre le droit de la négociation collective dans l'entreprise. On notera à cet égard que, dans la Position commune du 16 juillet 2001, les partenaires sociaux se sont inspirés des dispositions de la loi Aubry II, particulièrement en ce qui concerne le régime du mandatement.

Plus précisément, il résulte des paragraphes I et VI de l'article 19 de la loi que l'accord de réduction du temps de travail signé par un salarié mandaté devait, notamment, être approuvé par le personnel de l'entreprise à la majorité des suffrages exprimés. Après quelques hésitations sur la portée de cette nouvelle hypothèse de référendum, il était apparu que c'était bien la validité de l'accord collectif conclu qui était soumise au vote favorable des salariés et non pas simplement l'octroi des aides. La circulaire du 3 mars 2000 avait en effet précisé que « si l'accord n'est pas approuvé par le personnel, il ne peut ouvrir droit au bénéfice de l'allègement et, par suite, ne peut être considéré comme valide ». En effet, le salarié mandaté n'était habilité, dans ce cadre, à signer qu'un accord aidé. La loi Aubry II érigeait ainsi le personnel de l'entreprise en véritable acteur de la négociation collective, contribuant par là même au renforcement de la légitimité de ces accords, assise sur un double canal électoral et syndical. C'est cette double légitimité que consacre à son tour la Position commune.

Il faut dire que, d'une manière générale, la légitimité des accords collectifs d'entreprise est aujourd'hui amoindrie d'une part, par le déficit de représentativité réelle des organisations syndicales dites représentatives et leur éloignement de la base et, d'autre part, par les orientations nouvelles de la négociation collective caractérisée par le développement des accords donnant-donnant et le recul du « principe » de faveur. Dans ces conditions, souligne M. Borenfreund, il

semble nécessaire « de rompre avec un système où la volonté de la minorité peut faire la loi » (31). Ainsi, progressivement, s'impose l'idée que la légitimité syndicale du négociateur salarié ne suffit plus, s'agissant d'accords susceptibles de bouleverser la vie personnelle des salariés et que cette légitimité doit être confortée par la consécration du principe majoritaire, seul à même de garantir l'adhésion des salariés qui sont, dans notre système, les véritables titulaires du droit à la négociation collective.

Cette évolution dépasse d'ailleurs nos frontières. Plusieurs systèmes européens ménagent en effet un rôle important au personnel de l'entreprise dans les négociations collectives avec l'employeur, sans qu'il en résulte pour autant une exclusion pure et simple des organisations syndicales (32). Ainsi, en Espagne, l'exercice du droit de la négociation collective revient soit au comité d'entreprise (ou à défaut aux délégués du personnel), soit à la section syndicale d'entreprise. Mais, si le comité d'entreprise est composé d'élus, ceux-ci sont le plus souvent syndiqués ; quant à la section syndicale, elle ne peut négocier que si elle a obtenu un vote majoritaire favorable des salariés. En Italie, la représentation syndicale unitaire, composée pour un tiers de représentants syndicaux qui peuvent être extérieurs à l'entreprise et de deux tiers d'élus, assoit les accords signés sur une double légitimité, syndicale et électorale. Même en Allemagne où la négociation collective participe du droit syndical et s'exerce à l'extérieur de l'entreprise, on assiste au développement, dans les conventions collectives, des clauses dites d'ouverture qui autorisent les conseils d'établissement à conclure des accords d'entreprise sur des questions relevant du champ de la négociation collective ; or, si le conseil d'établissement se compose d'élus, ici encore, on constate un fort taux de syndicalisation de ces derniers et une étroite collaboration avec les organisations syndicales.

Certes, l'intervention du personnel de l'entreprise n'est pas inhérente au mandatement, pas plus qu'elle ne participe de l'exercice de la négociation collective d'entreprise. Elle s'inscrit cependant dans le cadre d'une évolution en faveur du renforcement de la légitimité des accords collectifs, contre laquelle il semble difficile d'aller, spécialement lorsque ceux-ci sont signés dans des entreprises caractérisées par une faible présence syndicale.

## ***B - Le devenir des accords signés par un salarié mandaté***

Parmi les questions dont le règlement devrait s'imposer pour qu'une réactivation de la technique du mandatement soit envisageable, l'une d'elles mérite particulièrement l'attention, qui est celle des conditions auxquelles le devenir des accords conclus par un salarié mandaté devrait être subordonné. La raison en est que l'on ne saurait préconiser un développement du recours à cette technique sans s'assurer de la pertinence, non seulement, des conditions de conclusion d'un accord signé par un salarié mandaté mais encore de celles de leur suivi.

Or, loin s'en faut que les principes de solution posés par les textes successifs se soient révélés sur ce point satisfaisants. En effet, il est vrai que, de ce point de vue, la loi du 19 janvier 2000 fournissait davantage d'informations que celles qui l'ont précédée. Par exemple, si les deux lois Aubry évoquaient la possible constitution d'une instance paritaire chargée du suivi de l'accord, seule la seconde envisageait, dans son article 19 VI, le rôle susceptible d'être ici joué par le salarié mandaté (33). Il n'en demeure pas moins que, ces dispositions légales étant incomplètes et lacunaires, les questions relatives au suivi de ce type d'accords (concernant les problèmes de leur interprétation et de leur contrôle) comme celles concernant leur mise en cause, (englobant la question de leur révision et/ou de leur dénonciation), se sont révélées particulièrement confuses.

Il est vrai que, dans le silence de la loi, la solution suivante paraissait s'imposer : on pouvait en effet estimer qu'en application du principe dit du parallélisme des formes, les conditions de révision et/ou dénonciation des accords collectifs signés par des salariés mandatés devaient reposer, à l'instar des modalités de leur conclusion, sur une double légitimité, syndicale mais aussi référendaire. C'est dire que de tels accords relevant *a priori* du droit commun des conventions et accords collectifs de travail, un rôle majeur devait être attribué, en premier lieu, aux syndicats mandants et à leurs représentants, notamment, au salarié mandaté lui-même. Mais c'est dire également que, la loi Aubry II ayant consacré le recours au référendum dit décisionnel au stade de



la conclusion de l'accord, toute mise en cause de celui-ci devait être validée par les salariés.

Or, ces principes de solutions ne semblent pas avoir été entérinés par la pratique dès lors que les deux phénomènes suivants se sont développés. C'est ainsi, d'une part, que certains accords conclus sous l'empire de la Aubry II, ont choisi d'attribuer un rôle majeur aux seuls syndicats, sans cependant prévoir, au stade de leur révision et/ou de leur dénonciation, l'intervention du personnel. C'est ainsi, également, que d'autres accords, profitant du champ libre laissé par le législateur, ont, pour leur part, largement ouvert la voie à l'intervention de tiers, générant par là même incertitudes et confusions en ce qui concerne la dimension syndicale de l'accord lui-même. Ce faisant, il est incontestable qu'un tel découplage entre modalités de conclusion et de suivi des accords, ne saurait, s'il persistait, que générer l'ambiguïté autour du mandatement, et donc altérer la légitimité d'un accord signé dans de telles conditions. C'est dire la nécessité qu'il y aurait à identifier, sur la base des enseignements de la pratique, les conditions auxquelles le suivi d'accords signés par un salarié mandaté devrait être subordonné, avant d'envisager un développement de la technique du mandatement.

C'est ainsi, en premier lieu, que l'on ne saurait se satisfaire - ni envisager la pérennisation - de ces solutions admises par certains accords conclus sous l'empire de la loi Aubry II et qui traduisent une véritable mise en retrait du syndicat au profit d'un rôle déterminant confié aux salariés et/ou à leurs représentants, pourtant *a priori* incompatible avec la nature d'accord collectif d'un texte signé par un salarié mandaté. Il est en effet incontestable qu'admettre l'intervention de tiers, au stade de l'interprétation (34), de la dénonciation et/ou de la révision d'un accord signé par un salarié mandaté, altère la dimension syndicale de l'accord lui-même. Admettre que d'autres personnes (35) que les « signataires » initiaux disposent du pouvoir de dénoncer et/ou de réviser un accord signé par un salarié mandaté ne peut, plus précisément encore, que soulever la question de la valeur juridique d'un avenant de révision conclu dans de telles circonstances, comme celle de l'éventuelle conclusion d'un accord dit de « substitution » pendant le délai de survie d'un accord ainsi dénoncé. De fait, il semble bien que, dans la mesure où l'on ne saurait admettre que de tels accords aient la valeur juridique d'une convention collective de travail, il devrait s'agir, vraisemblablement, d'actes ayant la valeur d'un engagement unilatéral de l'employeur, ce dont, par conséquent, on ne saurait se

contenter dans une optique de développement de la technique du mandatement.

On ne saurait donc admettre, au nom du respect du parallélisme des formes, que le soin de veiller sur l'application d'un accord signé par un salarié mandaté soit confié à d'autres personnes que des représentants du syndicat signataire. Pour la même raison, on ne saurait accepter qu'un rôle exclusif soit attribué aux syndicats représentatifs, sauf le cas d'une désignation, par le syndicat signataire, d'un délégué syndical, postérieurement à la signature de l'accord (36). Bien que confirmant *a priori* la dimension syndicale de ce type d'accords, de telles solutions aux termes desquelles les personnes habilitées à interpréter, réviser et/ou dénoncer un accord signé par un salarié mandaté sont identiques à celles l'ayant conclu laissent en effet pendantes un certain nombre de questions : est-il acquis, en premier lieu, qu'en l'absence d'aval donné par les salariés, une dénonciation ou une révision d'un accord signé par un salarié mandaté est susceptible de déployer l'intégralité de ses effets ? Comme dit précédemment, on peut en effet estimer que le respect du parallélisme des formes est de nature à s'y opposer. Comment concevoir, par ailleurs, que des dispositions légales, telles celles issues des articles L. 132-8 ou L. 132-7 du Code du travail et qui sont censées s'appliquer en présence d'un accord conclu par cette institution pérenne qu'est le délégué syndical, puissent concerner des accords signés par un salarié mandaté, compte tenu du caractère *a priori* éphémère de cette qualité et des limites fixées à la mission de ce salarié par son mandat ? C'est rappeler, à ce stade, l'importance du contenu du mandat conféré au salarié mandaté, lequel ne saurait donc englober la seule conclusion de l'accord mais devrait, également, concerner son suivi. Plus précisément encore, il semble bien qu'une généralisation du mandatement ne saurait se concevoir sans que le législateur prévoit expressément, soit que le mandat de conclusion d'un accord signé par un salarié mandaté emporte également mandat de veiller à son devenir, soit que le suivi d'un tel accord suppose un nouveau mandat octroyé spécialement par le syndicat signataire : ce n'est qu'à cette seule condition, en effet, que des accords signés par un salarié mandaté pourraient évoluer en toute sécurité juridique, à la condition encore qu'une intervention du personnel soit également prévue à ce stade, conformément au principe du parallélisme des formes.

(1) Cass. soc. 19 janvier 1992, *Bull. civ.*, V, n° 106.

(2) Au-delà du problème de la négociation collective, l'insuffisance de la présence des syndicats dans les PME est particulièrement regrettable aujourd'hui, alors que l'on assiste au démantèlement progressif des grandes entreprises et au glissement des emplois vers celles-là. En conséquence, si les syndicats veulent garder contact avec les salariés du secteur privé, il est indispensable qu'ils parviennent à établir des relations suivies avec les personnels de ces entreprises.

(3) Le développement de la négociation collective au sein des PME apparaît aujourd'hui d'autant plus souhaitable qu'elle constitue l'un des éléments permettant d'apprécier la responsabilité sociale des entreprises telle que l'appréhende l'Europe, à l'écart de laquelle les PME ne doivent pas être tenues à l'écart. La responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable », communication de la Commission européenne, 2 juillet 2002, COM (2002) 347 final, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/dpi/cnc/doc/2002/com2002\\_034fr01.doc](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/dpi/cnc/doc/2002/com2002_034fr01.doc)

(4) Par opposition aux effets limités des accords conclus avec les représentants du personnel, qui valent comme engagements unilatéraux de l'employeur.

(5) *D* 1995 p. 274, obs. G. Borenfreund ; J. Savatier, « Accords et usages d'entreprise », *RJS* 4/95, 231.

(6) G. Borenfreund, *op. cit.*

(7) Ce texte dispose :

« Les représentants des organisations mentionnées (à l'article L. 132-2) peuvent contracter, au nom de l'organisation qu'ils représentent, en vertu :

1° soit d'une stipulation statutaire de cette organisation ;

2° soit d'une délibération spéciale de cette organisation ;

3° soit de mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation ».

(8) En ce sens, CE 1/04/1998 *RJS* 7/98 n° 888 annulant une circulaire DRT 12/11/1996.

(9) G. Coin, « L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle », *Dr. soc.* 1996, 3.

(10) Loi du 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises à dimension communautaire et au développement de la négociation collective, *JO* 13 novembre 1996, 16530.

(11) M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25.

(12) Les partenaires sociaux avaient pourtant conclu un ANI le 8 avril 1999 (*Sem. soc. Lamy*, 1999, n° 930, p. 3), en vue d'une reconduction du dispositif de 1995, mais le législateur n'a pas fourni le support légal nécessaire à sa mise en oeuvre.

(13) Pour être tout à fait exactes, il semble qu'un recours au mandatement soit envisageable s'agissant de la négociation collective d'accords en matière d'intéressement, de participation ou d'épargne salariale. Certes, cette possibilité ne résulte pas expressément des textes ; cependant, les termes compréhensifs des articles L. 441-1, L. 442-10, L. 443-1 du Code du travail permettent de l'admettre.

(14) Cf. Ph. Antonmattei, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, 87.

(15) *Dr. soc.* 2003, p. 92. La position commune a été signée, côté salarié, par la CFDT, la CFE-CGC, la CFTC et la CGT-FO et, côté patronal, par le Medef, la CGPME et l'UPA. Comme pour l'ANI du 31 octobre 1995, la CGT a refusé sa signature.

(16) Le mandatement n'est prévu qu'en cas de carence aux dernières élections professionnelles, lorsque l'accord de branche l'autorise.

(17) Ou bien départemental en ce qui concerne les départements d'outre-mer.

(18) L'hésitation était permise, sous l'empire de la loi du 13 juin 1998, en raison du libellé ambigu de son article 3, § III, al 1. Sur cette question, voir par exemple, M. Moreau, « Les incertitudes du mandatement dans la négociation sur la réduction du temps de travail », RFC 1998, 14.

(19) Soc. 19/1/1992, *op. cit.*

(20) J. Savatier, « Les accords conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », *Dr. soc.* 1998, 330.

(21) M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *op. cit.*, avec la décision en annexe.

(22) Lequel prévoyait que la protection du salarié mandaté serait déterminée par les accords de branche, ceux-ci « pouvant » prévoir qu'elle serait celle de l'article L. 412-18.

(23) Ainsi jugé, dans le cadre d'un mandatement Aubry I, que le licenciement d'une salariée, mandatée depuis moins de six mois, sans autorisation de l'inspecteur du travail, constitue un trouble manifestement illicite auquel le juge des référés doit mettre fin, dès lors que le mandatement n'a pas été annulé par le juge du fond (Soc 19 février 2002, *Liaisons sociales*, n° 758, du 4 mars 2002).

(24) En ce sens, circulaire du 3 mars 2000, relative à la loi Aubry II.

(25) La notion de petites et moyennes entreprises n'est pas une notion juridique. Il s'agit plutôt d'une notion économique qui rend compte de réalités que le droit doit prendre en compte. Si l'on privilégie une approche juridique, la notion peut être rattachée à la technique des seuils d'effectif, (cf. A. Mazeaud, « Droit du travail », Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., n° 153 et s.) Il en résulte une définition fonctionnelle de la petite et moyenne entreprise qui dépend de la règle à appliquer. Ainsi, s'agissant du passage aux 35 heures ou encore de l'élaboration du règlement intérieur, est une petite ou moyenne entreprise, celle qui emploie moins de 20 salariés. Pour la mise en place des

institutions représentatives du personnel et des syndicats, la classification est plus subtile : moins de dix salariés, de dix à 49, de 50 à 200, au-delà de 200. On pourrait ainsi considérer qu'au regard de la représentation du personnel et de la représentation syndicale, les premières sont des très petites entreprises, les secondes des petites entreprises et les troisièmes des moyennes entreprises.

(26) Si en 1998, un accord sur cinq était négocié avec des salariés mandatés, fin 2000 le rapport était de deux sur trois. J. Le Goff, « Droit du travail et société », tome II, PU Rennes, 2002, p. 379.

(27) Cf. « L'effet des lois Aubry sur la négociation d'entreprise », *BS* 8-9/01, étude pp. 403 et s.

(28) C'est le constat que font les études relatives au mandatement. Cf. C. Dufour, A. Hege, C. Vincent, M. Viprey, « Le mandatement en question », *Travail et emploi*, avril 2000, p. 31 ; Dares, 1<sup>o</sup> synthèses, *Travail et emploi*, mai 2001, n<sup>o</sup> 19-1 ; Le mandatement dans le cadre de la loi du 13 juin 1998 ; IRES, août 2000.

(29) En l'état actuel du droit, le système présente quelques imperfections. Si la jurisprudence déduit l'existence d'une section syndicale de la seule désignation d'un délégué syndical (Soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, 503 ; Soc. 14 mars 2000, *TPS* 2000, comm. 238) et impose à l'employeur, dès que cette dernière intervient, de se conformer à l'obligation annuelle résultant de l'article L. 132-27 Code du trav., en revanche, l'existence d'une section syndicale dans l'entreprise, seule condition posée par le texte, n'implique pas l'obligation de négocier en l'absence d'interlocuteur idoine. À cet égard, le mandatement permettrait de contourner la difficulté. Bien plus, dans la mesure où le mandaté est, au même titre que le délégué syndical, un représentant du syndicat, ne pourrait-on imposer l'obligation annuelle de négocier à l'employeur, dès lors bien sûr que le salarié dispose d'un mandat du syndicat en ce sens, l'existence de la section syndicale résultant de cette désignation.

(30) Rapport de l'IRES, *op. cit.*

(31) G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », Mélanges M. Despax, PU de l'université des Sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 429.

(32) Étude de législation comparée. « La négociation collective ». [http://www.senat.fr/lc/lc/lc88\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc/lc88_mono.html).

(33) « Le mandat précise également les conditions dans lesquelles le salarié mandaté participe, le cas échéant, au suivi de l'accord, dans la limite de douze mois ».

(34) Pour des exemples de ce type d'accords, cf. les enseignements tirés du contrat de recherche, mené conjointement par le Lirhe et le CERTOP (UMR 5044), sur les accords de réduction du temps de travail conclus en application de la loi du 19 janvier 2000 pour la région Midi-Pyrénées.

(35) Et notamment, comme c'est fréquemment le cas, à des représentants élus du personnel.

(36) On observera qu'une difficulté particulière peut se poser au cas où, postérieurement à la signature d'un accord par un mandaté, un délégué syndical est désigné par une autre organisation syndicale non signataire de l'accord dénoncé. Dans la mesure où l'une des conditions du mandatement est l'absence de tout délégué syndical dans l'entreprise, on est tenté de penser que le syndicat signataire de l'accord dénoncé ne devrait plus être en mesure de procéder à un nouveau mandatement ; on aboutit ainsi à cette situation paradoxale dans laquelle un syndicat signataire ne saurait participer à la renégociation d'un accord qu'il a pourtant signé.



