

COLLOQUE ANNUEL DE L'INSTITUT DU TRAVAIL
VENDREDI 2 MARS 2018

Les périmètres d'application du droit du travail

(Bibliographie indicative des conférenciers)

Valérie Cavillan

Thèmes abordés

I : L'entreprise : regroupements et démembrements

La caractérisation de l'établissement distinct (p. 9 à p. 20)

Intervenant : Cyril Wolmark

Emmanuelle Clément, « La définition légale de l'établissement distinct, périmètre de la désignation des délégués syndicaux », *Droit social*, 2014, p. 1053.

Georges Borenfreund, « L'établissement distinct : unité de représentation », *Semaine Sociale Lamy*, 20 octobre 2003, n°1140.

L'unité économique et sociale : approche conventionnelle (p. 21 à p. 28)

Intervenant : Christophe Radé

Christophe Radé, « Cession d'une entreprise appartenant à une UES et sort des salariés protégés », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 696, 27 avril 2017.

Christophe Radé, « Survie de l'accord mis en cause versus caducité : la défaite annoncée de la caducité », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n°728, 25 janvier 2018.

L'unité économique et sociale, l'approche juridictionnelle (p. 29 à p. 46)

Intervenante : Laurence Pécaut-Rivolier

Laurence Pécaut-Rivolier, « L'unité économique et sociale, quel avenir ? », *Droit social*, 2012, p. 974.

Laurence Pécaut-Rivolier, « L'UES a franchi le gué », *SSL*, 2011, p. 96.

Laurence Pécaut-Rivolier, « La notion d'établissement distinct dans le droit de représentation du personnel », *JCP S*, 2012, p. 12.

L'entreprise transnationale : quelle réalité ? (p. 47 à p. 68)

Intervenante : Fabienne Jault-Seseke

Etienne Pataut, « Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, p. 833.

Gérard Couturier, « Le droit du licenciement économique », *Droit social*, 2018, p. 17.

Gilles Auzero, « Coemploi : les juges du fond ne désarment pas ! », *Revue de droit du travail*, n°12, décembre, 2017, p. 790.

Le groupe de sociétés : quelle(s) définition(s) ? (p. 69 à p. 86)

Intervenante : Magali Gadrat

Magali Gadrat « Les périmètres du groupe en droit de licenciement pour motif économique », *Droit social*, 2017, p. 221.

Bernard Teysié, « Variations sur le groupe en droit du travail », *La semaine Juridique Social*, n°7, 12 février 2013, 1076.

II : Au-delà de l'entreprise

La branche professionnelle : naissance et devenir (p. 89 à p. 120)

Intervenant : Jérôme Porta

Christophe Frouin, « Les conditions du regroupement des branches », *SSL*, 1757, 20 février 2017, p. 9.

Sophie Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de la branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », *Droit social*, 2017, p. 652.

Sophie Nadal, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 110.

Jean Saglio, la régulation de branche dans le système français de relations professionnelles, *Travail et emploi*, (47), 1991, p.26-41.

Le territoire, un espace en quête d'identité (p. 121 à p. 139)

Intervenant : Sébastien Tournaux

Marie-Laure Morin, « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale », *Droit social*, 1999, p. 681.

Michel Troper, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctoria*, n°10, 2013.

Première partie :

L'entreprise : regroupements et démembrements

Droit social 2014 p.1053

La définition légale de l'établissement distinct, périmètre de la désignation des délégués syndicaux

Emmanuelle Clément, Doctorante en droit à l'université de Lille 2 - Membre du LEREDS et CRD&P - Juriste en droit social - Voltaire avocats

L'essentiel

La désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.

1. Périmètre privilégié de l'implantation des institutions représentatives, l'établissement distinct n'avait pourtant fait l'objet d'aucune définition par le législateur jusqu'à la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. Dans le silence de la loi, la Cour de cassation et le Conseil d'État se sont saisis de cette notion et l'ont définie à travers des critères principalement fonctionnels, variant selon la spécificité de l'institution représentative du personnel à mettre en place.

2. En modifiant l'article L. 2143-3 du code du travail, le législateur initie une nouvelle étape dans la détermination des contours de l'établissement distinct et consacre pour la première fois une définition légale du périmètre permettant la désignation des délégués syndicaux. Désormais, la désignation d'un délégué syndical « peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques ».

3. Cette intervention législative a pour objectif avoué de contrer la jurisprudence récente de la Cour de cassation (1) en consacrant un périmètre de désignation des délégués syndicaux plus restreint que celui du comité d'établissement. Plus précisément, le code du travail reprend à son compte la définition prétorienne de l'établissement distinct antérieure à l'arrêt du 18 mai 2011 qui fait ainsi l'objet d'une véritable consécration législative. Celle-ci n'emporte cependant pas pleinement la conviction.

I. - La consécration légale de la définition de l'établissement distinct antérieure à l'arrêt du 18 mai 2011

4. **Définition antérieure à l'arrêt du 18 mai 2011.** La Cour de cassation avait dès l'origine adopté une démarche pragmatique (2), admettant l'existence d'un établissement dans les cas où sa reconnaissance se révélait nécessaire pour l'accomplissement de la fonction dévolue au délégué syndical. La Haute juridiction avait dans un premier temps retenu plusieurs indices permettant de reconnaître ce périmètre. Parmi ces critères figuraient notamment l'individualisation géographique (3), la spécificité de l'établissement concerné (4) ou encore l'existence d'un représentant de l'employeur doté de certains pouvoirs (5).

5. Dans une décision du 20 mars 1991, la Cour de cassation avait, dans un second temps, consacré une définition identique à celle retenue pour l'établissement permettant l'élection des délégués du personnel qui réunissait alors deux critères : un groupe de salariés ayant des intérêts communs et travaillant sous une direction unique qualifiée pour recevoir les réclamations et transmettre celles auxquelles elle ne pourrait donner suite (6).

6. Puis la Cour de cassation avait finalement adopté dans une décision du 24 avril 2004 une définition renouée et fonctionnelle de l'établissement distinct selon laquelle l'établissement distinct se caractérise principalement par « le regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications » (7). Déterminée à faire une application spécifique de la notion d'établissement à la désignation des délégués syndicaux, la Haute juridiction avait employé le terme « revendication » en référence à la mission de cette institution (8). Elle avait en outre pris en considération la nécessité pour les délégués syndicaux d'être proches des salariés dont ils expriment les revendications auprès du représentant de l'employeur.

7. **Définition consacrée par l'arrêt du 18 mai 2011.** Sous l'influence des nouvelles règles issues de la loi du 20 août 2008 (9), la Cour de cassation a infléchi sa jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 18 mai 2011 (10), la Haute juridiction a ainsi jugé que, « sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement ».

8. Par cette décision, la Cour de cassation a consacré l'identité du périmètre de la désignation des délégués syndicaux et de l'appréciation de la représentativité syndicale, c'est-à-dire l'établissement permettant la mise en place d'un comité éponyme. En d'autres termes, dès lors que l'entreprise est composée d'établissements distincts permettant la mise en place d'un comité, la désignation des délégués syndicaux ne peut pas s'opérer dans un périmètre plus restreint, sauf accord collectif en disposant autrement. En matière de comités d'établissement, la jurisprudence exige en principe la réunion des critères d'implantation géographique distincte, de stabilité et d'autonomie de gestion suffisante tant pour l'exécution du service que pour la gestion du personnel (11).

9. La Cour de cassation a envisagé une possibilité de déroger à cette unification des périmètres par accord collectif. À cet égard, la Haute juridiction a rappelé dans une décision du 14 novembre 2012 qu'une convention collective peut « autoriser la désignation de délégués syndicaux sur un périmètre plus restreint que celui du comité d'établissement ou d'entreprise ». Et d'ajouter que, à défaut de précision de l'accord sur le périmètre à retenir, la désignation d'un délégué syndical doit intervenir dans un établissement constituant « un regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur d'une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications » (12).

10. Avec la loi du 5 mars 2014, le législateur franchit une étape supplémentaire dans la modulation de la définition du périmètre de désignation des délégués syndicaux.

11. Définition consacrée par la loi du 5 mars 2014. Il résulte de l'article L. 2143-3 du code du travail qu'un établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical peut se déduire de l'existence d'une communauté de salariés ayant des intérêts propres, générateurs de revendications communes et spécifiques. Le législateur réhabilite ainsi la définition prétorienne de l'établissement distinct consacrée par la Cour de cassation avant l'arrêt du 18 mai 2011.

12. Les dispositions légales s'avèrent toutefois un peu lacunaires. En effet, la locution « peut intervenir » semble se comprendre à l'évidence comme posant une alternative. Ainsi que le précise d'ailleurs l'étude d'impact du projet de loi relatif à formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, le législateur ouvre la « possibilité » de désigner des délégués syndicaux au niveau de la mise en place des délégués du personnel. Il convient d'en conclure qu'une désignation dans un périmètre plus restreint que celui du comité d'établissement est donc envisageable mais ne se présente pas comme un impératif. En revanche, est-il permis d'en déduire que la reconnaissance d'un établissement distinct répondant aux critères légaux n'est plus subordonnée à la conclusion d'un accord entre les partenaires sociaux (13) ?

II. - L'impact de la définition légale de l'établissement distinct périmètre de désignation du délégué syndical

13. L'ancrage du délégué syndical au coeur de la communauté de travail. La réhabilitation de la définition de l'établissement distinct antérieure à la loi du 20 août 2008 répond à une demande exprimée par les organisations syndicales membres du Haut conseil du dialogue social et en particulier par la CGT, la CFDT, la CGT-FO et la CFE-CGC (14). Cette mesure participe notamment d'une volonté de consacrer un périmètre de désignation des délégués syndicaux qui soit, aux termes de l'étude d'impact de la loi, « au plus proche des salariés ».

14. L'augmentation du nombre des délégués syndicaux. La désignation des délégués syndicaux dans un périmètre plus restreint que celui du comité d'établissement est de nature à générer une augmentation du nombre des délégués syndicaux (en fonction toutefois de l'effectif de l'établissement).

15. L'inobservation de la règle de concordance. En dépit de ces considérations non dénuées d'un certain pragmatisme, il convient de s'interroger sur la pertinence de cette évolution au regard de l'esprit de la loi du 20 août 2008. Ainsi que rappelé précédemment, les élections visées pour apprécier si le syndicat a atteint le seuil nécessaire à l'acquisition de la représentativité, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, sont celles des membres titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut seulement, des délégués du personnel (15). À cet égard, la Cour de cassation a jugé que ni un accord collectif ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent avoir pour effet de modifier ce périmètre légal d'appréciation de la représentativité syndicale (16). Or, permettre que le périmètre de la désignation des délégués syndicaux soit plus restreint que celui au sein duquel est mis en place le comité d'établissement conduit à admettre que la représentativité des organisations syndicales et des délégués syndicaux à ce niveau découle de l'audience électorale mesurée dans un périmètre plus large.

16. Cette déconnexion des périmètres d'appréciation de la représentativité des syndicats et donc des délégués syndicaux et de leur désignation va à l'encontre du principe de concordance. Selon cette règle, « la représentativité d'un syndicat s'apprécie dans le cadre et au niveau où s'exerce la prérogative pour laquelle elle est exigée » (17). Comment, en effet, garantir que, dans un périmètre plus restreint que celui au sein duquel sont organisées les élections des membres du comité d'établissement, l'organisation syndicale ayant désigné le délégué syndical jouisse effectivement d'une audience de 10 %, si sont pris en compte les résultats obtenus dans un périmètre plus large ? Le principe de concordance commande que coïncident le périmètre dans lequel s'apprécie la légitimité des syndicats, assise très largement sur les scores obtenus lors des élections professionnelles, et le périmètre dans lequel s'exercent les prérogatives syndicales (18). La définition légale ne permet plus de s'assurer de la réelle légitimité des délégués syndicaux dans le périmètre de négociation. Le législateur restaure de fait une représentativité descendante...

17. Une solution aurait peut-être été d'accompagner cette évolution d'un ajustement des critères de la représentativité syndicale. Il était envisageable de permettre une mesure de l'audience électorale dans un périmètre plus proche de celui servant de cadre à l'exercice des mandats des délégués syndicaux, en érigeant, par exemple, les élections des délégués du personnel en scrutin de référence. Cette option de rénovation des critères de la représentativité a toutefois été jugée « non consensuelle » et rejetée dans le cadre des discussions au sein du Haut conseil du dialogue social.

18. L'absence d'interlocuteur habilité à négocier ? La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 18 mai 2011 précisait qu'il importait peu que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur les revendications de la communauté de travail (19). L'absence de précision de la loi du 5 mars 2014 sur l'étendue des pouvoirs du représentant de l'employeur laisse dubitatif. Faut-il comprendre cette omission comme la volonté du législateur d'exiger que le représentant jouisse d'un certain pouvoir l'habilitant à se prononcer sur les revendications ? Convient-il au contraire de considérer que la solution retenue sur ce point par la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 18 mai 2011 s'applique à nouveau ? Sans plus de précision, cette dernière solution semble la position la plus convaincante, à savoir qu'il importe peu que le représentant de l'employeur jouisse d'une autonomie absolue de direction.

19. En toute hypothèse, la solution qui consisterait à exiger que l'employeur délègue une fraction de ses pouvoirs à son représentant pour guider la reconnaissance d'un établissement distinct en matière de délégués syndicaux semble devoir être écartée. L'existence d'un établissement distinct, cadre de la désignation des délégués syndicaux, ne dépendrait pas de la décision de l'employeur de doter ou non les structures de l'entreprise d'un représentant ayant des pouvoirs plus ou moins étendus (20).

20. Pour autant, ne pas exiger que le représentant de l'employeur puisse se prononcer sur les revendications présente un inconvénient. Cette solution s'accorde mal avec la fonction de négociateur inhérente aux délégués syndicaux dont il importe de relever qu'elle fonde la spécificité de cette institution depuis la loi du 13 novembre 1982 (21). L'effectivité de l'exercice de la mission des délégués syndicaux ne commanderait-elle pas que le périmètre de désignation permette que soient mis en présence des acteurs du dialogue social habilités à négocier (22) ?

21. Le devenir des mandats en cours. La consécration d'une définition légale de l'établissement distinct suscite naturellement la question du devenir des mandats en cours des délégués syndicaux désignés dans des périmètres

différents. Une organisation syndicale ayant désigné un délégué au niveau du comité d'établissement ne peut évidemment prétendre désigner un autre délégué au niveau d'un établissement répondant aux critères définis par la loi. Le syndicat doit préalablement révoquer le délégué déjà désigné dans le cadre ancien ou modifier le périmètre de désignation (23).

22. La fin de l'unicité des périmètres syndicaux. Le législateur semble conférer au syndicat représentatif la possibilité de désigner un délégué syndical soit au niveau du périmètre du comité d'établissement, soit au niveau du cadre défini par l'article L. 2143-3. En pratique, l'employeur risque d'être confronté à deux niveaux de désignation syndicale dans la mesure où rien ne semble contraindre les syndicats d'une même entreprise à désigner leur délégué dans le même périmètre.

23. Il est donc probable qu'un syndicat représentatif décidera de désigner un délégué syndical au niveau du comité d'établissement et qu'un autre syndicat représentatif choisira pour sa part de désigner un délégué syndical dans un périmètre plus restreint répondant à la définition légale. La première question se pose alors de déterminer le niveau où aura lieu la négociation collective. En d'autres termes, quel périmètre retenir ? Celui de la définition légale de l'établissement permettant la désignation des délégués syndicaux ou celui du comité d'établissement ? Rien ne permet *a priori* de considérer qu'il soit impossible de négocier dans l'un des deux périmètres. La seconde question réside dans le fait de savoir si l'employeur est tenu d'inviter tous les syndicats représentatifs à la négociation...

24. En toute hypothèse, quelle que soit la solution retenue, la possibilité de désigner des délégués syndicaux dans deux périmètres différents risque de leur permettre de négocier dans un périmètre autre que celui de leur désignation. L'intervention du législateur a peut-être entraîné la déconnexion des périmètres de désignation de celui de la négociation. Une fois de plus, l'évolution législative ne s'accorde pas avec l'approche de la Cour de cassation visant à rationaliser les périmètres.

25. Conclusion. La position sibylline du législateur contraste avec la clarté des solutions retenues par la Cour de cassation. La portée de la réhabilitation légale de la définition de l'établissement distinct antérieure à la loi du 20 août 2008 s'avère malaisée à appréhender, ce qui emporte un sentiment d'insécurité juridique. On ne peut que regretter la complication accrue de la notion d'établissement distinct apportée par ce nouveau dispositif légal. La Cour de cassation a-t-elle dit son dernier mot ?

Mots clés :

SYNDICAT PROFESSIONNEL * Délégué syndical * Désignation * Périmètre de désignation * Etablissement distinct * Définition

(1) Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383, Bull. civ. V, n° 120 ; D. 2011. 1491 ; *ibid.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2011. 1005, obs. F. Petit ; RDT 2011. 419, étude G. Borenfreund ; Dr. ouvrier 2011. 577-583, note P. Rennes ; LPA 26 juill. 2012. 5-22, obs. P. Adam ; JCP 2011. 1155-1155, note G. Dedessus-Le-Moustier ; JCP S 28 juin 2011. 44-45, note L. Dauxerre ; JCP S 14 nov. 2011. 10-19, étude F. Laronze ; JCP S 2011. Actu. 240, obs. S. Miara ; RJS 2011. 567-568 ; Sem. soc. Lamy 6 juin 2011. 5-8, note L. Pécaut-Rivolier ; Sem. soc. Lamy 12 sept. 2011. 87-91, note L. Pécaut-Rivolier - Cet arrêt s'inscrit dans le sillage d'une décision rendue le 10 novembre 2010 aux termes de laquelle « la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre » : Soc., 10 nov. 2010, n° 09-60.451, Bull. civ. V, n° 256 ; D. 2010. 2779 ; Dr. soc. 2011. 414, note F. Petit ; RDT 2011. 24, étude G. Borenfreund ; CSB 1^{er} janv. 2011. 22-23, note F.-J. Pansier ; Dr. ouvrier 2011. 197-203, note C. Ménard ; JCP S 21 déc. 2010. 32-34, note E. Jeansen.

(2) A. Arseguel, L'incidence, pour la définition de l'établissement, de la décision ayant procédé au découpage de l'entreprise ainsi que de la nature de l'institution à mettre en place, D. 2000. 91.

(3) Soc., 28 févr. 1989, n° 88-60.146, Bull. civ. V, n° 151.

(4) Soc., 23 avr. 1986, n° 85-60.723, Bull. civ. V, n° 170.

(5) Soc., 16 janv. 1985, n° 84-60.384, Bull. civ. V, n° 39.

(6) Soc., 20 mars 1991, n° 90-60.386, Bull. civ. V, n° 149 ; D. 1993. 261, obs. J. Frossard ; Dr. soc. 1991. 696, note J. Savatier.

(7) Soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876, Bull. civ. V, n° 141 ; D. 2004. 99, et les obs., obs. I. Desbarats ; Dr. soc. 2003. 780, obs. J. Savatier ; BMIS 2003. 780-783, note B. Saintourens ; JS Lamy 27 mai 2003. 12-13, note J.-E. Tourreil ; Lexbase hebdo, éd. soc., 1^{er} mai 2003, n° N7092AAW, note S. Martin-Cuenot ; LPA 2 janv. 2004. 8-12, obs. S. Menegakis.

(8) Cette distinction fut reprise par le ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement dans les termes suivants : « La définition de l'établissement distinct pour les délégués du personnel et les délégués syndicaux a été unifiée par deux arrêts de la Cour de cassation. Un établissement distinct se caractérise à la fois par : un regroupement de salariés (11 ou 50 selon l'institution représentative) constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres ; susceptibles de générer des réclamations (ou des revendications pour l'institution de délégué syndical) communes et spécifiques ; et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations (ou revendications) » : Circ. DRT n° 2006-04, 20 mars 2006, relative à l'application de l'ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} déc. 2005, texte non paru au Journal officiel.

(9) La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

fait désormais dépendre la désignation d'un délégué syndical de ses résultats et de ceux de son syndicat au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise. Elle renforce en outre le principe de concordance.

(10) Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383, préc.

(11) CE, 1^{er} juin 1979, n° 10777, *Société Siemens*, au Lebon .

(12) Soc., 14 nov. 2012, n° 11-25.433, Bull. civ. V, n° 290 ; D. 2013. 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2013. 71, obs. F. Petit  ; CSB 2012. 388-388, note F.-J. Pansier ; JCP S 18 déc. 2012. 24-27, note E. Jeansen - Soc., 27 févr. 2013, n° 12-14.228, NP.

(13) En ce sens, B. Gauriau, comm. sous Soc., 9 avr. 2014, JCP S 29 juill. 2014. 38.

(14) Étude d'impact du projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. Disponible à l'URL suivante :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000028505680>

(15) C. trav., art. L. 2122-1 : « Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ».

(16) Soc., 6 janv. 2011, n° 10-18.205, Bull. civ. V, n° 9 ; D. 2011. 245  ; *ibid.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2011. 414, note F. Petit  ; RDT 2011. 255, obs. I. Odoul-Asorey  ; CSB 2011. 97-97, note F.-J. Pansier ; JCP S 15 mars 2011. 12-17, étude B. Gauriau ; JCP 24 janv. 2011. 173-173, note N. Dedessus-Le-Moustier ; Lexbase hebdo, éd. soc., 20 janv. 2011, n° A7521GNU, note S. Tournaux.

(17) G. Borenfreund, note sous Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383, préc. ; RDT 2011. 421  - V. égal. J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Dalloz, 1987, vol. 1, n° 173, qui envisage le principe de concordance dans les termes suivants : « D'une manière générale les critères et conditions de représentativité doivent être appliqués et appréciés dans le champ territorial et professionnel qui est celui de la question pour laquelle la représentativité est requise ».

(18) L. Pécaut-Rivolier, La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel, JCP S 10 juill. 2012. 13, n° 3.

(19) Soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876, préc.

(20) G. Borenfreund, La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins, RDT 2011. 29 .

(21) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO 14 nov., p. 3414. Aujourd'hui, le code du travail prévoit que la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les syndicats représentatifs de l'entreprise. Ainsi aux termes de l'art. L. 2231-1 C. trav., « la convention ou l'accord est conclu entre d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ; d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement ». L'art. L. 2232-17 C. trav. dispose pour sa part que « la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux ».

(22) G. Belier, Le dialogue social dans l'entreprise, Sem. soc. Lamy 2003, n° 1140, p. 23.

(23) Soc., 12 juin 2002, n° 01-60.624, Bull. civ. V, n° 207 ; D. 2002. 2174  ; Dr. soc. 2002. 915, obs. J. Savatier  - Soc., 17 sept. 2003, n° 01-60.874, Bull. civ. V, n° 237.

L'établissement distinct : unité de représentation

Par *Georges Borenfreund*, Professeur à l'Université de Paris X Nanterre

Même si la référence à l'entreprise y est parfois présente, les textes invitent à voir dans l'établissement distinct, envisagé comme un démembrement de l'entreprise, le périmètre premier d'implantation tant des institutions élues du personnel que des délégués syndicaux et du CHSCT. Alors que cette unité de représentation occupe une place cardinale, le législateur s'est bien gardé de définir la notion d'établissement distinct, libérant ainsi un espace de choix pour l'autonomie collective. Un tel mutisme peut se comprendre, tant il est vrai que le caractère insaisissable prêté souvent à l'entreprise sied bien également à l'établissement. La tâche impartie alors à la jurisprudence allait être d'autant plus décisive que l'assise des représentants détermine pour une grande part leur mode comme leur capacité d'intervention, et joue un rôle clef dans la manière dont se structure tout système de représentation du personnel. Aussi, l'abondance et la richesse du contentieux en cette matière ne sont-elles guère surprenantes, et on ne saurait davantage s'étonner que la jurisprudence ait été traversée, depuis plus de trente ans, par des courants contraires. Le partage des compétences entre le tribunal d'instance et la Direction départementale du travail et de l'emploi n'est sans doute pas étranger aux incertitudes qui entourent la notion. Le Conseil d'État ayant fait preuve néanmoins d'une constance assez remarquable, ces incertitudes sont à mettre avant tout sur le compte des fluctuations qu'on observe dans la démarche suivie par la Cour de cassation. Peu aisée à qualifier, l'approche de la chambre sociale imprime en quelque sorte sur la notion d'établissement distinct sa propre fragilité et instabilité. Dès lors, en vue d'éclairer l'état présent de la jurisprudence, c'est sur l'œuvre accomplie par le juge judiciaire qu'il convient de porter prioritairement l'attention et sur le cours hésitant de son cheminement.

Dans cette perspective, trois grandes périodes peuvent être distinguées qui constitueront la trame de l'analyse et permettront, chemin faisant, de pointer quelques difficultés récurrentes. C'est dire qu'à nos yeux, une étude exclusivement centrée sur l'actualité de la notion d'établissement distinct se verrait privée de toute pertinence.

Pendant longtemps, une philosophie dite fonctionnelle de l'établissement semble avoir prévalu, d'où le caractère relatif de la notion, laquelle res-

tait réfractaire à toute définition. Cour de cassation et Conseil d'État ont alors marché de concert pour que s'affirme, à des degrés divers, ce relativisme (I). La chambre sociale s'est attachée ensuite à prendre clairement ses distances vis-à-vis d'une telle philosophie. Ce tournant assez radical l'a conduite à retenir, pour la première fois, une définition de l'établissement distinct similaire pour les délégués du personnel et les délégués syndicaux, non sans valoriser conjointement les choix effectués par l'employeur. Au fil des années, cette nouvelle orientation a fait néanmoins l'objet de certains infléchissements qui ont pu donner le sentiment d'une réapparition de l'approche fonctionnelle (II). Récemment, une nouvelle étape semble avoir été franchie, à travers laquelle la marge de liberté offerte à l'employeur connaît un coup d'arrêt remarquable, en même temps qu'on assiste à un réel regain de vitalité du fonctionnalisme, sans que soit levée pour autant une ambiguïté de fond tenant à la démarche fonctionnelle elle-même (III).

I. Une notion relative d'inspiration fonctionnelle

L'originalité d'une telle inspiration, maintes fois soulignée par la doctrine, tient au fait que la division ou non de l'entreprise en établissements distincts, unités dépourvues de la personnalité juridique, est dictée par la finalité propre à chaque institution, par ses caractéristiques propres. Lorsqu'il se prononce sur l'opportunité d'un découpage de l'entreprise, le juge apparaît alors tout entier guidé par la nécessité de retenir le cadre le plus adéquat au plein exercice de sa mission par l'institution dont la mise en place est en cause.

Il est communément admis que cette démarche aboutit à imprimer un caractère relatif à la notion d'établissement distinct. Toutefois, au cours de la première période de la construction jurisprudentielle, ce relativisme était surtout frappant au regard des périmètres respectifs d'implantation des comités d'établissement d'une part, des délégués du personnel et des délégués syndicaux d'autre part. Dans de nombreux arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation retenait, en effet, des critères de l'établissement distinct similaires pour ces deux dernières institutions, même si aucun n'apparaissait véritablement déterminant. Individualisation géographique et stabilité du groupe de

salariés considéré étaient le plus souvent mis en avant. En revanche, l'absence d'autonomie réelle de direction au sein de l'unité visée ne faisait guère obstacle à la reconnaissance d'un établissement distinct. Un flottement était néanmoins perceptible quant au degré de responsabilités censées peser sur le représentant de l'employeur, celui-ci devant tantôt disposer d'une autonomie suffisante et d'un certain pouvoir de décision pour être l'interlocuteur des délégués tantôt, plus modestement, être simplement en mesure de recevoir les réclamations ou revendications et de les transmettre à un niveau supérieur. Par-delà ces légères discordances, les critères valorisés pour les délégués du personnel comme pour les délégués syndicaux reflétaient une tendance très prononcée du juge judiciaire à vouloir rapprocher ces représentants des collectivités de travailleurs, quitte à admettre une distanciation avec l'interlocuteur patronal.

Quelques formules témoignaient pourtant de l'importance toute particulière accordée à l'exigence de proximité s'agissant des délégués du personnel, certains arrêts allant même jusqu'à souligner la nécessité pour ces derniers « *d'être aussi proches que possible* » de leurs mandants. Plus encore, il est arrivé à la chambre sociale de préciser que l'existence d'un établissement distinct pour la désignation d'un délégué syndical ne peut se déduire de l'organisation des élections des délégués du personnel dans le même cadre, les critères n'étant pas nécessairement les mêmes. Reste que, dans les décisions assez peu nombreuses qui entendaient ainsi établir une distinction entre les deux institutions, la Haute juridiction se gardait bien généralement de justifier cette solution par une allusion précise à tel ou tel aspect de la mission de l'un ou l'autre de ces organismes (on songe en particulier au rôle du délégué syndical en matière de négociation collective). Aussi, ne pouvait-on se défendre d'un certain sentiment de malaise voire d'incrédulité face à un relativisme proclamé, mais mal arrimé à une démarche fonctionnelle parfaitement intelligible et transparente.

Une chose est sûre en tout cas : le regard porté par la chambre sociale sur la finalité des délégués du personnel et des délégués syndicaux la conduisait le plus souvent à admettre que ces deux institutions devaient prendre racine dans des unités très décentralisées.

À la même époque, le Conseil d'État, séduit par la philosophie fonctionnelle qui inspirait la Cour de cassation, s'attachait lui aussi à faire dépendre le découpage de l'entreprise, pour la mise en place de comités d'établissement, de la mission confiée à l'organisme né en 1945. Le rôle du comité dans le domaine économique, qu'on l'envisage dans un esprit de coopération ou, comme y invite la loi du 28 octobre 1982 et les textes relatifs au licenciement pour motif économique, en vue de permettre un contrôle sur la marche générale de l'entreprise, exige que l'unité où cette institution sera implantée possède un degré certain d'autonomie, tant en ce qui concerne la gestion du personnel que l'exécution du service. Ce critère, auquel vient s'adjoindre une exigence d'implantation géographique distincte et de stabilité du dé-

membrement considéré, se révèle ici décisif. Les représentants de l'employeur devront donc disposer de réels pouvoirs concernant notamment l'embauche, la détermination des effectifs, le licenciement, la promotion et les sanctions disciplinaires, voire être en mesure de passer des marchés jusqu'à un certain montant, ce qui suppose un début d'autonomie budgétaire. Le tracé des contours de l'établissement distinct, cadre de mise en place du comité d'établissement, obéissait ainsi à des conditions nettement plus strictes que pour l'élection des délégués du personnel et la désignation des délégués syndicaux. Mais la démarcation doit être comprise comme la résultante d'une même démarche fonctionnelle.

Quand bien même le fonctionnalisme n'impliquait pas nécessairement des contours variables de l'établissement distinct au regard des périmètres d'implantation respectifs des délégués du personnel et des délégués syndicaux, c'est d'une telle philosophie que la Cour de cassation a entendu clairement se démarquer à travers deux arrêts rendus le 10 octobre 1990 (*Cass. soc.*, 10 oct. 1990, n° 90-60.014, *Dr. soc.* 1991, p. 43 obs. J. Savatier) et le 20 mars 1991 (*Cass. soc.*, 20 mars 1991, n° 90-60.386, *D.* 1993 *Somm. Comm.* 261 obs. J. Frossard, *Dr. soc.* 1991, p. 700, obs. J. Savatier).

II. Une définition de l'établissement distinct commune aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux

Plusieurs raisons, assez étroitement imbriquées, autorisent à voir dans les décisions précitées un authentique tournant.

D'une part, la notion d'établissement distinct est saisie à travers une véritable définition destinée à s'imposer aux juges du fond. L'établissement dans le cadre duquel est organisée l'élection des délégués du personnel ou effectuée la désignation du délégué syndical « *se définit comme un groupe de salariés ayant des intérêts communs et travaillant sous une direction unique, peu important que la gestion soit centralisée à un autre niveau dès lors qu'il existe sur place un représentant de l'employeur qualifié pour recevoir les réclamations et transmettre celles auxquelles il ne pourrait donner suite* ».

D'autre part, les arrêts du 10 octobre 1990 et du 20 mars 1991 témoignent d'un mouvement d'objectivation de la notion d'établissement distinct, visant à lui conférer un caractère organique. Non seulement, en effet, la définition que livre la Cour de cassation est identique pour les délégués du personnel et les délégués syndicaux, ce qui n'exclut pas des périmètres d'implantation distincts en raison des différences tenant aux seuils d'effectifs, mais encore et surtout elle ne contient expressément aucune référence à la finalité de ces institutions et au cadre le plus propice à l'exercice efficace de leur mission. Définition uniforme et abandon de toute inspiration fonctionnelle vont ainsi de pair, alors qu'il n'existe pas, à y regarder de près, de lien mécanique entre les deux proposi-

tions. Une définition ou, à tout le moins, une caractérisation uniforme n'interdit pas de faire la part belle à la philosophie fonctionnelle, dès l'instant où l'attention se porte sur les traits communs aux institutions visées, tandis qu'à l'inverse le fonctionnalisme supposé sous-tendre deux caractérisations différentes ne sera pas toujours dénué d'artifice (cf. *infra*. III).

Enfin, la césure qui s'opère à travers les arrêts du 10 octobre 1990 et du 20 mars 1991 tient aux éléments même de la définition. Il est vrai qu'en ne tenant pas compte du degré de décentralisation de la gestion du personnel dans l'entreprise, cette définition s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure. Ce faisant, elle ne sonne pas le glas du relativisme de la notion d'établissement. En effet, le Conseil d'État, toujours guidé quant à lui par la finalité propre au comité, a maintenu la ligne arrêtée jusqu'alors, en continuant de requérir un degré d'autonomie suffisant du démembrement concerné et sans plus subordonner la reconnaissance d'un établissement distinct à un effectif minimum de cinquante salariés. Il est vrai également que la « communauté d'intérêts entre les salariés » de l'unité considérée peut apparaître comme le simple corollaire de l'existence d'un groupe stable de salariés, critère auquel la chambre sociale accordait déjà une place de choix au cours de la première période (cf. *supra*). Mais la définition qui voit le jour le 10 octobre 1990 marque, sur un autre plan, une évolution de taille. En effet, l'accent est mis bien davantage qu'auparavant sur le pouvoir de décision dont dispose le représentant de l'employeur, à la tête du démembrement de l'entreprise. Désormais, l'habilitation d'un tel représentant, qui plus est unique, à trancher au moins certaines réclamations, sans qu'il soit besoin de toutes les transmettre à un niveau supérieur, fait figure d'impératif catégorique (v. notamment *Cass. soc.*, 12 févr. 1992, n° 91-60.155, *Semaine sociale Lamy*, n° 591). Même si l'on conçoit que la confrontation avec l'autorité détentrice du pouvoir de décision participe du plein exercice de leur mission par les délégués, la nouvelle ligne jurisprudentielle ne pouvait manquer de susciter une objection majeure. Malgré l'existence d'un groupe de salariés ayant sans conteste des intérêts communs à défendre, il suffira à l'employeur de ne pas doter son représentant des pouvoirs lui permettant de donner suite ne serait-ce qu'à quelques réclamations pour faire échec à la reconnaissance d'un établissement distinct, d'où la possible réduction du nombre d'établissements et, partant, du nombre de délégués. Si décisive soit la critique, plus de dix années ont dû s'écouler pour que la Cour de cassation décide de changer radicalement de cap (cf. *infra* III).

Quelque temps auparavant, des flottements s'étaient toutefois manifestés sur un registre différent, qui attestent que la Cour de cassation commençait à dévier de la voie tracée dans l'arrêt du 10 octobre 1990. Certains arrêts ont retenu l'attention en ce qu'ils révélaient comme un désir de la Cour de renouer avec une référence à la finalité de

l'institution. Dans une décision du 26 mai 1999 (*Cass. soc.*, 26 mai 1999, n° 98-60.156, *D.* 2000 J. 91, note A. Arseguet, *RJS* 7.99, n° 940), la chambre sociale allait ainsi jusqu'à qualifier la notion d'établissement distinct de « notion fonctionnelle qui dépend de la nature de l'institution ». La radicalité d'une telle formulation n'était pas sans brouiller à nouveau la perception de l'approche suivie par les magistrats. Le sentiment d'incertitude s'accroissait encore à la lecture d'une décision rendue le 18 décembre 2000 (*Cass. soc.*, 18 déc. 2000, n° 99-60.504, *RJS* 3.01, n° 314) dans laquelle la Cour indiquait que « la reconnaissance par l'employeur d'un établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel n'implique pas que la désignation de délégués syndicaux puisse être effectuée dans le même cadre, la finalité des institutions étant différente ». Enfin, situation certes particulière, la chambre sociale a estimé, en présence d'une société étrangère qui dispose d'une antenne sur le territoire français, que cette dernière constitue « nécessairement » un établissement distinct pour la mise en place des délégués du personnel comme des délégués syndicaux, voire des comités d'établissement, « peu important la manière dont la société [...] entend la diriger » (*Cass. soc.*, 14 févr. 2001, n° 99-60.355, *Dr. soc.* 2001, p. 643 avec l'étude de M.-A. Moreau, *Semaine sociale Lamy*, n° 1018, obs. A. Méjias De Haro).

Assurément, une clarification s'imposait, tant l'idée était à nouveau agitée d'une réactivation de la démarche fonctionnelle, sans que la Cour tourne franchement le dos à la définition issue de l'arrêt du 10 octobre 1990, sauf dans l'hypothèse particulière évoquée plus haut. Le pas allait être vraiment franchi à travers une décision fondamentale du 2 octobre 2001 (*Cass. soc.*, 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *Dr. soc.* 2001, p. 1129, obs. J. Sava-tier, *D* 2002 somm. comm. 774, obs. C. Wolmark ; *Semaine sociale Lamy*, n° 1046, p. 16 ; *Liaisons soc.* n° 737), dans la foulée de laquelle quelques arrêts laissent à penser que le découpage de l'entreprise pour l'implantation des délégués du personnel et des délégués syndicaux est à nouveau dicté aujourd'hui par la finalité de ces institutions. Mais, contrairement à ce qu'on pouvait généralement observer au cours de la première période, ce retour en force de la démarche fonctionnelle se traduit, au moins en apparence, par une caractérisation de l'établissement distinct sensiblement différente selon l'institution visée et soulève, ce faisant, de nouvelles difficultés. Aussi, en vient-on à se demander si de telles fluctuations ne sont pas le signe d'une ambiguïté de fond touchant au sens même de la démarche fonctionnelle, plus précisément à son mode de déclinaison.

III. Le retour à la démarche fonctionnelle et la persistance d'une ambiguïté

« Caractérise un établissement distinct permettant la désignation des délégués syndicaux, le regroupement d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des

intérêts propres et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur ». Cette manière qu'a l'arrêt du 2 octobre 2001 d'identifier l'établissement distinct, cadre de mise en place des délégués syndicaux, tranche avec la définition retenue au cours de la période précédente. Désormais, il n'est plus requis que le représentant de l'employeur soit qualifié pour recevoir les réclamations (ou revendications) et transmettre celles auxquelles il ne pourrait donner suite. Nouvelle évolution capitale, la Cour de cassation se contente d'exiger la présence d'un représentant de l'employeur appelé simplement, de par son degré de qualification, à organiser le travail d'un groupe d'au moins cinquante salariés. Devient donc indifférente l'étendue de la délégation de pouvoir dont bénéficie ce représentant dans le cadre de ses relations avec les délégués syndicaux. La reconnaissance de l'établissement distinct s'en voit naturellement facilitée. Plus fondamentalement, certains ont vu à juste titre dans cette caractérisation très ouverte l'ombre portée du principe de participation inscrit à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 (v. J. Savatier, *obs. préc.*). Un tel principe est indissociable, en effet, du droit de tout travailleur à être représenté. Or, ce droit, pour s'exercer de manière effective, ne saurait être conditionné à l'étendue de la délégation de pouvoir accordée par l'employeur à son représentant (plus généralement, sur le guide que constitue « le droit pour les salariés d'être représentés » dans l'identification de l'établissement distinct cf. B. Desjardins, *La notion d'établissement en droit du travail*, RJS 4/93, p. 215 et s.).

Mais un autre enseignement précieux peut être tiré de l'arrêt du 2 octobre 2001. Alors que l'ancienne définition visait « un groupe de salariés ayant des intérêts communs », la chambre sociale s'attache aujourd'hui à l'existence d'une « communauté de travail ayant des intérêts propres » (v. déjà Cass. soc., 24 juin 1982, n° 81-60.914, *Bull. civ. V n° 420*). Simple changement de vocabulaire ? Il y a là davantage. La nouvelle formulation, moins lâche, autorise à considérer que l'homogénéité ainsi que la spécificité des intérêts en présence dans l'unité considérée revêtent dorénavant une importance décisive. En d'autres termes, la chambre sociale s'attache à saisir l'établissement distinct dans « sa dimension sociologique » (A. Cœuret et F. Duquesne, *Droit électoral, une année d'évolution jurisprudentielle, Semaine sociale Lamy*, n° 1110). À travers un faisceau d'indices, tels que les particularités de l'activité poursuivie, des conditions de travail et des contraintes techniques, ou encore l'autonomie géographique, il appartiendra au juge du fond, qui devrait disposer d'une liberté d'appréciation renforcée, d'identifier l'existence ou non d'un authentique collectif de salariés unis par un lien de solidarité objectif.

Il est vrai qu'une telle directive peut ne pas être conciliable avec un autre impératif, depuis longtemps affirmé par la Cour de cassation, tant pour les délégués du personnel que pour les délégués syndicaux : le découpage de l'entreprise en établissements distincts ne saurait avoir pour ef-

fet de laisser, au sein de l'entreprise, un centre d'activité de moins de cinquante ou de moins de onze salariés, dépourvu de représentant syndical ou de délégués du personnel. Il s'avère donc nécessaire, aux yeux du juge, soit de rattacher un tel centre d'activité à un établissement ayant déjà atteint le seuil requis, soit de regrouper plusieurs centres d'activité si le juge constate que cet ensemble remplit les conditions de l'établissement distinct (cf. notamment Cass. soc., 30 mai 2001, n° 00-60.006, *Dr. soc.* 2002, p. 126, *obs. M. Cohen*). La première branche de l'alternative (le rattachement), plus encore que la seconde (le regroupement), ne paraît guère de nature à permettre l'identification d'une communauté de travail ayant des intérêts propres. Mais, on l'admettra sans peine, c'est au prix d'une telle distorsion que les salariés des centres d'activité à faible effectif pourront bénéficier de délégués.

Aussi, malgré ce léger *hiatus*, le tournant radical marqué par l'arrêt du 2 octobre 2001 mérite d'être salué. La logique qui sous-tend cette décision apparaît toute entière orientée vers la nécessité de favoriser des liens étroits entre les salariés et les délégués syndicaux. Dans cette perspective, il importe que soit prise en compte la diversité des intérêts susceptibles de se faire jour au sein de la collectivité du personnel, lorsque cette dernière se décompose en plusieurs « communautés de travail », ce qui n'exclut pas l'existence d'une confrontation avec la direction de l'entreprise, spécialement via l'intervention du délégué syndical central (plus généralement, sur le souci du législateur de concilier, en matière de représentation du personnel, « la reconnaissance de la spécificité de chaque établissement et le maintien de la cohésion de l'entreprise » ; v. I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ 1996, p. 231 et s.). Si la voie tracée par la chambre sociale se veut garante d'une grande proximité entre le personnel et les délégués syndicaux, cette proximité ne constitue pas un objectif en soi mais se justifie par les intérêts propres du groupe de travailleurs visé.

Cette orientation apparaît d'autant plus remarquable qu'elle n'équivaut pas à renouer purement et simplement avec la philosophie dominante au cours de la première période de cette longue évolution jurisprudentielle (cf. *supra* I). D'une part, en effet, les hésitations ayant trait à l'étendue exacte des responsabilités pesant sur le représentant de l'employeur sont désormais levées ; à telle enseigne que le juge d'instance semble disposer d'une très grande latitude pour ériger en représentant de l'employeur un salarié dont la qualification supérieure le prédisposerait simplement à exercer de plus grandes responsabilités que ses collègues de travail. D'autre part, la Cour se soucie davantage qu'à l'origine d'identifier l'établissement distinct, voire de définir cette notion. Il reste qu'un tel dessein se réalise à travers une approche qui tient compte, au premier chef, du cadre le plus efficace à l'accomplissement du mandat. Aussi, la tentation est-elle forte de considérer que l'arrêt du 2 octobre 2001 donne

naissance à une « définition fonctionnelle » de l'établissement distinct.

Comme cela était prévisible, la Cour de cassation a eu l'occasion de mettre sa nouvelle ligne à l'épreuve du découpage de l'entreprise en établissements distincts pour la mise en place des délégués du personnel (cf. *Cass. soc.*, 29 janv. 2003, n° 01-60.628, *Dr. soc.* 2003, p. 453, obs. J. Savatier, *JCP* 2003 E, p. 768, note F. Duquesne, *RJS* 4.03, n° 479, *Liaisons soc.*, n° 802). La caractérisation retenue fait écho à celle admise pour l'implantation des délégués syndicaux. C'est ainsi qu'il est énoncé avec force que l'étendue de la délégation de pouvoir opérée par l'employeur ne saurait « à elle seule faire échec à l'existence d'établissements distincts » et que ces derniers se caractérisent par « le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres [...] et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur ». Mais la chambre sociale ne s'en tient pas à cette simple transposition. Elle indique, de surcroît, que la communauté de travail identifiée doit être « susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques [...] peu important que [le représentant de l'employeur] ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations ». La précision ainsi apportée, s'agissant du cadre de mise en place des délégués du personnel, allait conduire par la suite la Haute juridiction à affiner également sa caractérisation de l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux, comme en témoigne un arrêt du 24 avril 2003 (*Cass. soc.*, 24 avr. 2003, n° 01-60.876, *Dr. soc.* 2003, p. 780, obs. J. Savatier, *Semaine sociale Lamy*, n° 1121, p. 14, *Liaisons soc.* n° 814). Non sans avoir réaffirmé que l'étendue de la délégation de pouvoir dont bénéficie le représentant de l'employeur est indifférente à la recherche de l'établissement distinct, la chambre sociale énonce que la communauté de travail ayant des intérêts propres doit être susceptible de générer des « revendications » communes et spécifiques.

Ces décisions témoignent de la subtilité et de la finesse de la démarche qui guide aujourd'hui la Cour de cassation. Elles suscitent néanmoins un sentiment mitigé.

On l'a dit, la fermeté affichée pour que le découpage de l'entreprise échappe à la volonté de l'employeur emporte pleinement l'approbation. Encore convient-il de noter qu'un léger doute subsiste sur le point de savoir si le représentant patronal doit être au moins en mesure de recevoir les réclamations ou revendications, sans avoir nécessairement le pouvoir d'y répondre, ou si cette faculté de réception devient, elle aussi, purement indifférente. À la vérité, on sera enclin à soutenir qu'en présence d'une véritable communauté de travail, l'employeur pourrait bien se voir contraint d'habiliter son représentant à recevoir les réclamations ou revendications, sous peine de porter atteinte à l'exercice des fonctions des délégués. Cette exigence, loin de s'apparenter à un renversement de perspective, s'inscrirait, selon nous, dans la logique de fond qui supporte l'orientation retenue aujourd'hui par la Cour de cassation.

En revanche, comment ne pas éprouver un grand scepticisme face à l'évocation distincte des réclamations et des revendications, déjà apparue peu de temps avant le virage opéré à travers l'arrêt du 2 octobre 2001 ? Celle-ci semble, en effet, fort peu propice à une réactivation authentique de l'approche fonctionnelle. Tout d'abord, la pertinence de la distinction, prise en elle-même, prête pour le moins à discussion. Introduite par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt célèbre du 24 mai 1973 (*Cass. soc.*, 24 mai 1973, n° 71-93.051, *D.* 1973, J. 599, note J. Savatier, *JCP* 1974 II 17651, note N. Catala), reprise sous une forme sensiblement différente dans une décision du 26 janvier 1993 (*Cass. soc.*, 26 janv. 1993, n° 89-85.389, *Dr. soc.* 1993, p. 746, note J. Savatier), elle conduit à tracer une frontière bien artificielle entre conflit de droit et conflit d'intérêts, en même temps qu'elle instaure une inégalité entre les deux institutions davantage qu'une répartition effective des attributions. Nul ne saurait contester, en effet, l'aptitude des délégués syndicaux à présenter aussi bien les réclamations que les revendications, la chambre criminelle n'ayant pas écarté, à l'inverse, la faculté pour les délégués du personnel, en l'absence de délégués syndicaux, de présenter tant les revendications que les réclamations. Ensuite, on conçoit difficilement que la distinction aujourd'hui mise en avant par la chambre sociale puisse être sérieusement de nature à déterminer des contours de l'établissement différents pour la mise en place des délégués du personnel et des délégués syndicaux. Dès l'instant où, en ce qui concerne la délégation de pouvoir du représentant de l'employeur, la Cour se fait aussi peu exigeante pour l'institution élue que pour l'institution désignée, il est douteux que la démarcation entre réclamations et revendications soit en mesure, à elle seule, de produire des effets sur les périmètres respectifs d'installation de ces institutions. Certes, un lien pourrait être suggéré entre le degré d'homogénéité des intérêts propres à la communauté de travail visée et sa propension à « générer » soit des revendications soit de simples réclamations, les premières exigeant un degré encore plus élevé d'homogénéité (en ce sens A. Cœuret et F. Duquesne, *art. préc.*), alors même que les secondes ne revêtent pas seulement un caractère individuel. Mais l'évaluation à laquelle devrait ainsi se livrer le juge d'instance apparaît comme marquée du sceau de l'impressionnisme et particulièrement lourde d'incertitudes.

Franchissant un palier supplémentaire dans l'analyse, la tentation est grande alors de voir dans l'artifice qui entache la mobilisation de la distinction entre les réclamations et les revendications, un révélateur de l'ambiguïté de fond qui pèse sur la démarche fonctionnelle lorsque celle-ci s'arrime à la notion d'établissement distinct.

À bien y regarder, une telle démarche se prête à deux modes de déclinaison entre lesquels il serait réducteur de tracer un strict trait d'identité.

On peut l'entendre, en premier lieu, comme visant à faire dépendre le découpage ou non de l'entreprise des attributions confiées à l'institution dont

l'implantation est en cause (*rappr. B. Desjardins, art. préc., RJS 4/93, p. 215, 219, 220 ; J. Savatier, obs. sous soc. 5 déc. 1973, Dr. soc. 1974, p. 332*). Dans cette optique, c'est l'exercice efficace par chaque type de représentant de ses attributions propres qui commande l'identification d'un établissement distinct. Cette orientation se révèle assez fragile, tant il est vrai qu'elle peut inciter la Cour de cassation à opérer des différenciations fuyantes, sinon byzantines, entre les prérogatives respectives des délégués du personnel et des délégués syndicaux ou entre leurs moyens d'action. Nul n'ignore que notre système de représentation, qui s'est constitué par couches successives, a suscité depuis l'adoption de la loi du 27 décembre 1968 des interrogations récurrentes sur sa capacité à garantir des sphères de compétence spécifiques à chaque institution. La distinction entre les réclamations et les revendications illustre, de manière particulièrement criante, les écueils auxquels est susceptible de conduire la recherche forcenée par le juge d'une division du travail, d'un cloisonnement, entre les différents mandats. Pour autant, l'approche fonctionnelle axée sur les attributions respectives des divers types de représentants ne saurait susciter une condamnation sans appel. Il serait envisageable, en effet, que le juge contienne ses ardeurs et prenne soin de ne s'arrêter qu'à des distinctions fortes entre les prérogatives, directement dictées par le corpus législatif existant. Dès lors, comme le suggère la chambre criminelle dans l'arrêt du 31 janvier 1993 (*ref. préc.*), c'est l'aptitude ou non à négocier et conclure des accords collectifs de travail qui devrait constituer la clef d'une répartition solide entre les attributions des délégués du personnel et des délégués syndicaux, du moins lorsque la seconde institution est présente dans l'entreprise. Reste que l'accent mis sur la fonction de négociation, telle qu'elle est confiée en principe au seul délégué syndical, entraînerait sans doute un nouveau basculement de l'analyse vers les pouvoirs dont doit être doté le représentant de l'employeur à la tête de l'unité considérée. Sauf à dissocier radicalement le périmètre de l'attribution, allant ainsi à rebours de ce premier mode de déclinaison du fonctionnalisme, la reconnaissance d'un établissement distinct pour la désignation des délégués syndicaux n'exigerait-elle pas que le représentant de l'employeur soit apte à ouvrir une négociation sinon à conclure un accord collectif avec ces délégués ? En d'autres termes, serait-il convaincant de mettre en exergue la fonction de négociation, tout en renvoyant l'accomplissement même de cette fonction à un face à face obligé avec la direction, dans le cadre de l'entreprise toute entière ? Si l'on entend éviter cette distorsion, le risque alors existe de donner à l'employeur plus de poids encore qu'il n'en avait, à travers les arrêts du 10 octobre 1990 et du 20 mars 1991, dans la détermination du cadre de mise en place des délégués syndicaux. Consécutivement, on ne saurait exclure que se dessine un rapprochement avec l'établissement distinct au sens des comités d'établissement, une autonomie de gestion au moins relative devant être caractérisée pour retenir l'existence d'un tel démembrement s'agissant des délégués syndicaux.

Ce brouillage dans l'analyse pourrait être dissipé en tournant le regard vers le second mode de déclinaison auquel se prête la démarche fonctionnelle. Plus fécond à nos yeux, celui-ci consiste à porter prioritairement l'attention non pas sur les attributions au sens strict, mais sur la relation censée unir telle institution aux salariés dont elle a vocation à défendre les intérêts. La nature de la relation qui sous-tend le mandat représentatif est certes suggérée par les prérogatives même confiées à chaque organisme dont l'installation est en cause. Mais, à travers cette seconde manière de décliner l'approche fonctionnelle, les différences qui existent entre les attributions respectives des représentants sont appelées à connaître une forme de dépassement. Dès lors, rien n'interdit de retenir des périmètres d'implantation semblables pour des institutions dont les attributions ne se confondent pas.

Ainsi, conviendra-t-on que la présentation des réclamations tant individuelles que collectives, comme le rôle de gardien des droits des personnes et des libertés individuelles, confiés aux délégués du personnel, prédisposent ces derniers à nouer des contacts très étroits et réguliers avec leurs mandants. D'où l'importance accordée à l'existence d'une « communauté de travail ayant des intérêts propres » dans la reconnaissance de l'établissement distinct et le regain d'intérêt que pourrait susciter le critère de l'individualisation géographique, tel qu'il permet de saisir la pluralité des « territoires » où se déploie l'entreprise. Adoptant une même approche, on sera porté également à considérer que les problèmes liés à la santé, à l'hygiène et aux conditions de travail ne sauraient être efficacement pris en charge par le CHSCT sans que l'exigence de proximité soit au cœur de la reconnaissance de l'établissement distinct au sens de cet organisme. Il ressort pourtant d'un arrêt rendu récemment par la Cour de cassation (*Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.802, Dr. soc. 2003, p. 451, obs. J. Savatier*) que l'établissement, cadre d'installation du CHSCT, doit s'entendre de l'établissement au sens du comité d'établissement. Le support textuel de cette solution paraît assez fragile (v. l'article L. 236-6). On peut craindre surtout, dans l'hypothèse où les CHSCT seraient mis en place par établissements et non par secteurs d'activités distinctes (v. l'article ci-dessus), que les membres de cet organisme ne soient plus directement en prise avec les risques particuliers auxquels est confrontée telle ou telle « communauté de travail ». La perspective de rapprocher la collectivité du personnel de ses représentants se justifie tout autant s'agissant du délégué syndical, à supposer même que la négociation obligatoire continue de s'engager en principe au niveau de l'entreprise toute entière. Que l'on voie d'abord en l'institution née en 1968 la cheville ouvrière de la section syndicale, avec toutes les prérogatives qui en découlent (cf. en ce sens l'arrêt *Citroën du 15 janvier 1970, JCP 1970 II 16315, note G. Lyon-Caen*), ou le maître d'œuvre de la fonction de négociation, le délégué syndical n'est-il pas appelé, lui aussi, à agir au plus près des salariés et à être à l'écoute attentive de leurs aspirations ? Plus encore, cette inclinai-

son ne fait-elle pas figure de nécessité à l'heure où le syndicalisme s'efforce de revitaliser ses rapports avec les collectivités de travailleurs et où la négociation d'entreprise suit le plus souvent un cours dérogatoire et donnant-donnant ?

En revanche, on comprend aisément, dans l'optique adoptée, que les rapports entre les salariés et les membres du comité ne soient pas marqués par une même exigence de proximité. L'information et la consultation dans l'ordre économique ne trouveraient guère, en effet, « d'aliment » si cette institution intervenait dans un cadre où ne s'exerce pas un réel pouvoir de gestion et de décision (v. M. Despax et J. Pelissier, *La gestion du personnel*, T. III, éd. Cujas, 1974, p. 19). Pour autant, on ne saurait se faire trop exigeant sur le degré d'autonomie nécessaire des démembrements de l'entreprise, sous peine d'accorder un poids excessif à « des éléments de mesure retenus prioritairement par l'employeur » (B. Desjardins, *ref. préc.* p. 217). Cette appréciation trouve un renfort dans certaines dispositions légales elles-mêmes. Il ressort, en effet, des articles L. 435-2 et L. 321-2, al. 2, que les pouvoirs confiés au chef d'établissement sont enfermés dans des limites au-delà desquelles les mesures envisagées justifient l'entrée en scène du comité central d'entreprise (v. I. Desbarats, *ouvrage préc.*, p. 251 et s.).

On le voit, selon que la démarche fonctionnelle se rapporte directement aux attributions respecti-

ves des représentants ou à la nature des liens supposés unir ces derniers à la collectivité du personnel, le tracé des périmètres de l'établissement distinct n'obéit pas à une logique strictement identique. Aujourd'hui, la Cour de cassation n'opère pas un choix clair entre ces deux types de déclinaison. Il est vrai que dans les motivations des dernières décisions, le fonctionnalisme se traduit d'abord par la nécessité pour les délégués du personnel comme pour les délégués syndicaux de saisir au plus près la diversité des intérêts susceptibles de se faire jour au sein de la collectivité de travail, l'employeur ne devant plus peser sur le découpage de l'entreprise. Mais la démarche fonctionnelle emprunte également la voie d'une référence peu convaincante à certaines attributions prétendues spécifiques à chaque institution. On peut regretter le panachage que la Cour de cassation s'attache ainsi à réaliser entre les deux modes de déclinaison. Sa fragilité n'est-elle pas déjà annonciatrice de nouvelles fluctuations, alors que le besoin se fait pressant de stabiliser sur des lignes claires, au moins pendant un temps, la jurisprudence de la chambre sociale ? Sans cette pause, il est à craindre que les tiraillements qui pourraient encore se manifester freinent toute réflexion de fond sur les « lieux » pertinents d'implantation des représentants des salariés et, partant, sur la manière dont ces « lieux » influencent la structuration de notre système de représentation du personnel. ■

Pour aller plus loin

- P. Bouaziz, *Unité de travail et établissements distincts*, Dr. ouvr. 1986, p. 183.
- Y. Chalaron, *Réflexions critiques sur la vision judiciaire de l'établissement*, Dr. soc. 1982, p. 209.
- D. Chelle et X. Prétot, chr. RJS 10-91, p. 553.
- A. Cœuret, *Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel*, Dr. soc. 2001, p. 487.
- A. Cœuret et F. Duquesne, *Droit électoral, une année d'évolution jurisprudentielle*, Semaine sociale Lamy, n° 1110.
- M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 7^e édition, LGDJ.
- I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1996.
- B. Desjardins, *La notion d'établissement en droit du travail*, RJS 4.93, p. 215.
- M. Despax et J. Pelissier, *La gestion du personnel*, T. III, éd. Cujas, 1974.
- F. Gaudu, *Entreprise et établissement*, *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 47.
- M.-D. Hagelsteen, Dr. soc. 1979, p. 369, *Concls. Cons. Ét.* 1^{er} juin 1979.
- G. Lyon-Caen, note sous Cass. soc., 15 janvier 1970, JCP 1970 II 16315.
- C. Maugué, Dr. soc. 1996, p. 942 *Concls. Cons. Ét.* 17 mars 1996.
- M.-A. Moreau, *La représentation des salariés travaillant en France pour le compte d'une société établie à l'étranger*, Dr. soc. 2001, p. 639.
- P. Rémy, *Le groupe, l'entreprise et l'établissement : une approche de droit comparé*, Dr. soc. 2001, p. 505.
- L. Rozes, *Etablissement*, *Encyclopédie Dalloz travail*.
- J. Savatier : *Les délégués syndicaux dans les entreprises à établissements multiples*, Dr. soc. 1985, p. 747 ; *La définition de l'établissement distinct par l'élection des délégués du personnel*, Dr. soc. 1991, p. 40 ; *Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : établissement ou entreprise ?*, Dr. soc. 1991, p. 696 ; *Établissement ou entreprise, quel cadre pour les relations de travail ? Mélanges dédiés au Président M. Despax*, p. 61 et s.
- J.-M. Verdier, *Traité de droit du travail, Syndicats*, Dalloz, 1984.



Lexbase Hebdo édition sociale n°696 du 27 avril 2017

[Contrat de travail] Jurisprudence

Cession d'une entreprise appartenant à une UES et sort des salariés protégés

N° Lexbase : N7782BW7



par *Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directeur scientifique de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Réf. : *Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-24.005, FS-P+B (N° Lexbase : A7695ULL)*

L'application de la règle du maintien des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur est susceptible de faire difficulté lorsque l'entité transférée peut ne pas constituer une "entreprise" ou un "établissement distinct" au sens où l'entend le Code du travail. Cette difficulté peut être d'autant plus importante, lorsque la cession porte sur une société comprise dans le champ d'une unité économique et sociale (UES), au sein de laquelle a été mis en place un comité d'entreprise, car l'on peut hésiter sur la qualification de la cession (totale ou partielle) et donc sur le traitement du transfert du contrat de travail des salariés protégés (autorisation administrative préalable, ou pas). Dans un arrêt, en date du 23 mars 2017, qui confirme les termes d'une précédente décision demeurée non publiée, la Chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-24.005, FS-P+B N° Lexbase : A7695ULL) soumet le transfert du contrat du salarié protégé à autorisation administrative préalable (I) et valide l'accord d'entreprise qui imposait au cédant de proposer, avant transfert, un emploi disponible dans une autre entreprise de l'UES (II).

Résumé

La cession d'une société appartenant à une UES, au niveau de laquelle a été mis en place un comité d'entreprise, doit être regardée comme un transfert partiel d'activité, de sorte que le transfert du contrat de travail d'un salarié titulaire d'un mandat de délégué syn

dical et membre du comité d'entreprise, est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

Les dispositions conventionnelles qui prévoient qu'en cas de cession de l'une des sociétés composant l'UES, la proposition de transfert dans une autre entité de l'UES, pour permettre la poursuite du contrat de travail des salariés protégés au sein de cette UES, devait intervenir antérieurement à la prise d'effet de la cession, ne constituent pas une dérogation illicite aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0840HgY).

I — Cession d'une entreprise appartenant à une UES et effet sur le contrat de travail des salariés protégés

Contexte. Lorsqu'une entreprise est cédée dans sa totalité, les institutions qui la composent et les salariés qui sont investis de mandats syndicaux ou électifs voient leurs contrats, ainsi que leurs mandats, cédés avec l'entreprise (1). Mais, en cas de transfert partiel d'activité entraînant l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et donc le transfert des contrats de travail qui y sont affectés, l'article L. 2414-1 du Code du travail (N° Lexbase : L5976KGG) impose une autorisation administrative préalable : *"le transfert d'un salarié (protégé) compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement par application de l'article L. 1224-1 ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail"*.

Reste à déterminer comment appliquer ces principes lorsque la cession porte, non pas sur une partie d'établissement, mais sur une société appartenant à une UES : doit-on considérer qu'il s'agit d'une cession d'entreprise, ce qui entraîne de plein droit cession des institutions, des contrats et mandats des salariés protégés, ou faut-il imposer une autorisation préalable comme s'il s'agissait d'une cession partielle ? C'est cette seconde solution qui prévaut ici.

L'affaire. Des sociétés, exploitant en location-gérance des restaurants de l'enseigne McDonald's à Marseille, ont été placées par accord collectif au sein d'une même UES dirigée par une société *holding*. Un avenant à cet accord avait été conclu ultérieurement pour prévoir qu'en cas de cession d'une société ou de cessation d'activité d'un établissement faisant partie de l'UES, les mandats en cours se poursuivraient et qu'une proposition de transfert serait faite aux salariés titulaires des mandats désignés dans l'une des sociétés continuant à appartenir à l'UES.

Un salarié avait été engagé dans l'une des sociétés appartenant à cette UES et son contrat avait été transféré à plusieurs reprises dans les différentes autres sociétés de l'UES. Il avait été désigné comme délégué syndical au niveau de l'UES, puis avait été élu au comité d'entreprise de cette même UES, puis comme conseiller prud'homme.

Un sinistre ayant affecté l'immeuble mitoyen du restaurant exploité par sa société et interdisant temporairement son exploitation, il avait été, ainsi que les autres salariés, détachés au sein d'un autre restaurant McDonald's mais exploité par une autre société n'appartenant pas à l'UES. C'est cette même société qui devait reprendre l'exploitation du magasin, après cession de l'entreprise, une fois le restaurant remis en état, et qui avait donc hérité de son personnel. Trois mois plus tard, le salarié protégé a pris acte de la rupture de son contrat de travail, reprochant à la société qui l'employait depuis le sinistre, et avant son retour dans l'immeuble réhabilité, de ne plus lui avoir versé de salaire depuis ce retour. Par la suite, il a également mis en cause la société qui l'employait jusqu'au sinistre. Il a, par ailleurs, demandé au conseil de prud'hommes la requalification de sa prise d'acte en licenciement nul et différentes indemnités au titre de la rupture et de la violation du statut protecteur.

La cour d'appel a donné raison au salarié et considéré que la prise d'acte était justifiée, et devait produire les effets d'un licenciement nul dès lors que la cession du contrat de travail du salarié n'avait pas été préalablement autorisée par l'inspection du travail, ce que discutait le cédant dans le cadre de son pourvoi. Pour ce dernier, en effet, la cession de la société gérant le restaurant détruit avait entraîné transfert de plein droit des contrats de travail, et non cession partielle d'activité, ce qui dispensait légalement l'entreprise de toute demande d'autorisation préalable au transfert. Telle n'est pas l'opinion de la Cour de cassation qui rejette ici le pourvoi et confirme l'analyse de la situation faite par la cour d'appel. Pour la Haute juridiction, en effet, *"le transfert de la totalité des salariés employés dans une entité économique doit être regardé comme un transfert partiel au sens de l'article L. 2412-1 [ndlr : lire en réalité L. 2414-1] du Code du travail imposant l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour le transfert d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif dès lors que l'entité transférée ne constitue pas un établissement au sein duquel a été mis en place un comité d'établissement"*.

Une solution justifiée. Cette solution nous semble parfaitement justifiée, tant au regard des exigences de l'article L. 2414-1 du Code du travail qu'au regard des règles qui régissent les UES (2).

L'article L. 2414-1 du Code du travail impose, en effet, la délivrance d'une autorisation administrative de licenciement avant le *"transfert d'un salarié compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement"*, par application de

l'article L. 1224-1 du Code du travail. La loi ne prévoit donc pas l'hypothèse particulière de l'UES, qui nous intéressait ici, mais il est possible de raisonner par analogie. La notion d'entreprise ou d'établissement doit s'entendre ici sur le plan social, c'est-à-dire dans le cadre de la mise en place du comité d'entreprise, ou d'établissement ; il n'y a donc pas transfert total, mais transfert partiel, lorsque l'employeur transfère un secteur d'activité de l'entreprise qui n'est pas le cadre de mise en place d'un comité d'établissement (3). La solution est logique car l'exigence d'une autorisation administrative préalable vise à vérifier que le choix du secteur transféré n'est pas dicté par de "mauvaises raisons" liées à la volonté de se débarrasser ainsi d'un salarié protégé particulièrement encombrant. Lorsqu'un établissement distinct est cédé, la question ne se pose pas dans la mesure où toutes les institutions et tous les mandats sont cédés, ce qui écarte nécessairement l'hypothèse d'une discrimination. Le choix fait par la Cour de cassation d'entendre par "établissement" l'établissement "distinct", qui sert de cadre de mise en place au comité d'établissement (et en principe du délégué syndical), est donc logique au regard des finalités mêmes du texte.

La solution est également logique au regard des règles qui gouvernent les UES. L'article L. 2322-4 du Code du travail (N° Lexbase : L6227ISG) impose, en effet, la mise en place d'un "comité d'entreprise commun", "lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises distinctes". L'UES devient donc ici, au regard des règles qui gouvernent la mise en place du comité d'entreprise, une quasi entreprise, et les entreprises juridiquement distinctes qui la composent, des quasi établissements. Dès lors, il est logique de considérer que si l'une de ces entreprises subit une modification dans sa situation juridique, elle soit traitée comme telle, c'est-à-dire qu'elle emporte cession totale des contrats, institutions et mandats en cas de transfert global, mais uniquement des actifs cédés en cas de transfert partiel, le sort des contrats des salariés protégés étant alors réglé par l'autorité administrative. C'est la solution qui avait d'ailleurs déjà été retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2005 dans une décision demeurée inédite (4).

II – Aménagements conventionnels des droits des salariés

Contexte. Le principe du maintien des contrats de travail en cas de cession de l'entreprise n'interdit pas d'accorder aux salariés concernés des droits supplémentaires, notamment le droit de se faire réembaucher par le cédant. Ces droits doivent bien s'ajouter aux dispositions légales et ne peuvent donc pas faire obstacle au transfert qui opère de plein droit, par l'effet de la loi.

L'espèce. Dans cette affaire, l'accord regroupant l'ensemble des sociétés exploitant les restaurants McDonald's au sein de la même UES avait prévu, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, l'obligation pour l'employeur cédant de proposer aux salariés protégés concernés par le transfert la poursuite de leur contrat de travail dans une société de l'UES autre que le cessionnaire et ce, afin de permettre aux salariés de demeurer au sein de l'UES en cas de transfert au bénéfice d'une société tierce. Le salarié protégé, dont le contrat avait été cédé (sans autorisation administrative préalable), réclamait ici réparation du préjudice que lui avait causé le non-respect, par son ancien employeur, de cette obligation conventionnelle, et avait également obtenu gain de cause sur ce point en appel. Dans son pourvoi, la société condamnée prétendait que ces dispositions portaient atteinte aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Le rejet du moyen. Logiquement, le moyen est rejeté dans la mesure où, comme le relève la Haute juridiction, "ces dispositions conventionnelles ne constituaient pas une dérogation illicite aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail".

Une solution logique. Certains accords de branche, dans des secteurs d'activité fortement concernés par les hypothèses de pertes de marchés (sécurité, restauration collective, entretien) ont prévu des dispositifs conventionnels accordant des droits supplémentaires aux salariés, soit pour obliger le nouveau titulaire du marché à reprendre les salariés qui y sont affectés en cas d'inapplication de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et avec leur accord, soit pour permettre, au contraire, aux salariés dont le contrat serait légalement transféré, de bénéficier de droits supplémentaires leur permettant de démissionner de leur contrat, après transfert, et de se faire réembaucher par le cédant, en conservant leurs avantages individuels (5). Même si les textes ne le prévoient pas explicitement, le caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail oblige le juge à interpréter ces dispositions, non pas comme des "dérogations" aux dispositions légales, mais bien comme accordant des prérogatives nouvelles n'entrant donc pas en concurrence avec les dispositions légales.

(1) S'agissant du comité d'entreprise, v. C. trav., art. L. 2324-26 (N° Lexbase : L9783H8T).

(2) Sur lesquelles lire A. Cécé, "L'unité économique et sociale en droit du travail", Université de Bordeaux, 2016.

(3) Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-15.294, FS-P+B (N° Lexbase : A9354HZH) ; obs. J. Siro, D., 6 décembre 2011 ; obs. A. Mazeaud, Dr. soc., 2012, p. 304 ; obs. J. — Y. Kerbouc'h, JCP éd S., 2012, p. 1182.

(4) Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 14-17.137, F-D (N° Lexbase : A0201NWD).

(5) Convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983, avenant n° 3 du 26 février 1986, relatif au changement de prestataires de services, art. 3 (N° Lexbase : E3222ENN).

Décision :

Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-24.005, FS-P+B (N° Lexbase : A7695ULL)

Rejet (CA Aix-en-Provence, 19 juin 2015, n° 13/02 549 N° Lexbase : A4463NLU)

Textes : C. trav., art. L. 2414-1 (N° Lexbase : L5976KGG) et L. 1224-1 (N° Lexbase : L0840HgY).

Mots clefs : transfert d'entreprise ; unité économique et sociale (UES) ; salariés protégés.

Lien base : (N° Lexbase : E8871ESD).



Hebdo édition sociale n°728 du 25 janvier 2018

[Rel. collectives de travail] Jurisprudence

Survie de l'accord mis en cause *versus* caducité : la défaite annoncée de la caducité

N° Lexbase : N2402BXA



par Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directeur scientifique de Lexbase Hebdo — édition sociale

Réf. : Cass. soc., 13 décembre 2017, n° 16-26.553, FS-P+B (N° Lexbase : A1311W83)

Les juristes du travail le savent bien : il n'est pas toujours facile de faire simple lorsque la réalité de l'entreprise est complexe ! Et rien n'est plus complexe qu'une opération de fusion qui met en jeu non seulement les contrats de travail des salariés, mais également les normes collectives applicables et les institutions présentes dans les différentes entités. Dans cet arrêt en date du 13 décembre 2017, la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme que le régime de la mise en cause des accords collectifs après une fusion ne saurait être mise à l'écart au motif d'une prétendue caducité (I), mais que leur application effective doit être réalisée en tenant compte de la compatibilité des règles mises en cause avec la nouvelle entreprise, ce qui était le cas dans cette affaire qui concernait le nombre de délégués syndicaux que pouvaient désigner les syndicats représentatifs (II).

Résumé

Ne peut être invoquée la caducité d'un accord d'entreprise lorsqu'elle fusionne, l'accord en vigueur ayant vocation à s'appliquer pendant une durée de quinze mois suivant l'absorption de la société et ce délai ayant pour but de permettre l'organisation de négociations afin d'adapter l'accord à la nouvelle structure de l'entreprise ou de définir de nouvelles dispositions.

I — La survie des règles de survie

Cadre juridique. Les transformations du cadre juridique de l'entreprise sont fréquentes, singulièrement lorsqu'une

grande entreprise est dans une stratégie de croissance externe et qu'elle rachète des concurrents (1). Le recours à l'UES permet alors la mise en place d'institutions représentatives du personnel communes, sans attendre la fusion des sociétés (2). Lorsque celle-ci finit par intervenir, l'ancienne UES se trouve alors dissoute et se pose la question du sort des accords collectifs qui s'y appliquaient, à commencer par l'accord constitutif de l'ancienne UES.

C'est pour régler ce genre de situations que le Code du travail a consacré l'hypothèse de la mise en cause de l'accord collectif (C. trav., art. L. 2261-14 N° [Lexbase : L7179K9R](#)) lorsque surviennent des modifications dans la forme juridique de l'entreprise, et singulièrement une fusion (hypothèse expressément visée par le texte) qui ne permettent plus d'appliquer les accords collectifs.

La mise en cause produit alors les effets d'une dénonciation ; à la date de la modification juridique des structures, commence alors à courir le préavis de mise en cause qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, sera d'un délai de trois mois pendant lequel devront s'engager, à la demande de l'une des parties, les négociations de l'accord d'adaptation/substitution. Les partenaires sociaux auront alors un an pour conclure un nouvel accord qui se substituera aux anciens, faute de quoi les salariés issus de la fusion conserveront, à titre individuel, la rémunération qu'ils percevaient antérieurement (3).

Depuis 2016 (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels N° [Lexbase : L8436K9C](#)), les protagonistes de l'opération de fusion (organisations syndicales de l'entreprise dont l'accord sera mis en cause et employeurs des entreprises concernées) peuvent même conclure un accord aménageant les effets conventionnels de la fusion (C. trav., art. L. 2261-14-3 N° [Lexbase : L6705K99](#)). Cet accord, d'une durée maximale de trois ans, neutralisera l'application immédiate des dispositions de même objet que l'accord normalement applicable au sein de la nouvelle entreprise (4). En négociant également avec les syndicats représentatifs dans la nouvelle entreprise, il est même possible de conclure par anticipation un accord aménageant le sort des anciens accords et révisant les nouveaux (C. trav., art. L. 2261-14-4 N° [Lexbase : L6706K9A](#)).

Cette possibilité d'aménagement étendu des effets de la fusion règle bien des problèmes, mais de nombreuses entreprises ne parviennent pas à conclure d'accord, ou pas tout de suite, et le juge devra souvent déterminer seul les effets concrets de la fusion, singulièrement en matière électorale, ce qui ne sera pas évident compte tenu de deux principes qui peuvent sembler contradictoires : la survie des accords antérieurs mis en cause pendant quinze mois, qui ont pu être conçus sur mesure pour une entreprise qui n'existe plus, et l'obligation de mettre en place, ou de renouveler, les institutions représentatives du personnel dans ce même délai, dans une nouvelle entité qui peut être dotée de ses propres règles et dont la configuration peut ne pas être compatible avec les anciens textes. C'était précisément le cas dans cette affaire.

Les faits. Le 3 avril 2016, les sociétés Hop ! Britair, Hop ! Airlinair et Hop ! Régional ont fusionné pour devenir la société Hop ! Selon le protocole du 13 mai 2016 emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES) composée de la société Hop ! et de ses filiales, les sociétés Hop ! Training et Lyon maintenance, les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ont été organisées au sein de ce périmètre. A l'issue de ces élections, se fondant sur un accord conclu dans le cadre de la société Hop ! Britair et dont il invoquait le maintien, le syndicat national des pilotes de ligne ALPA (SNPL ALPA) a désigné six délégués syndicaux, ce que contestait la société Hop ! qui avait été déboutée de ses demandes d'annulation en première instance, et qui l'avait conduit à se pourvoir en cassation.

Le pourvoi. Elle prétendait, en substance, que la règle de survie des accords mis en cause par la fusion ne concernait que le contenant, et que certaines dispositions pouvaient parfaitement s'éteindre par caducité dès lors qu'elles pourraient perdre leur objet à la suite de ladite fusion. Pour la société Hop !, tel était le cas de l'article IX 1.1 de l'accord collectif négocié au sein de la société Hop ! Britair, relatif aux délégués et représentants syndicaux, qui prévoyait que "*le nombre est fonction de l'effectif requis par le Code du travail*" et précisait, que par dérogation, "*le nombre total de délégués syndicaux est variable en fonction du nombre de syndicats représentatifs issus des dernières élections CE dans le collège PNT*". Or, selon la société Hop !, les modalités de désignation des délégués syndicaux, qui dépendaient du score obtenu par les syndicats au premier tour des élections professionnelles, étaient étroitement liées à l'organisation et à la taille de l'ancienne société Hop ! Britair et ne pouvaient donc plus continuer de s'appliquer après la fusion, sauf à prévoir des aménagements dans le cadre de la conclusion d'un accord de substitution.

La solution. La Cour de cassation rejette les arguments de la société Hop ! et conforte le rejet des requêtes en annulation.

Pour la Haute juridiction, en effet, il n'était pas possible d'invoquer la caducité de l'accord dans la mesure où "*l'accord en vigueur dans le cadre de la société Hop ! Britair avait vocation à s'appliquer pendant une durée de quinze mois suivant l'absorption de la société, ce délai ayant pour but de permettre l'organisation de négociations afin d'adapter l'accord à la nouvelle structure de l'entreprise ou de définir de nouvelles dispositions*".

Par ailleurs, si les dispositions constitutives de la nouvelle UES pouvaient être considérées comme se substituant de plein droit aux anciennes dispositions en vigueur dans les entreprises avant la fusion, au regard singulièrement du périmètre de désignation des délégués syndicaux qui avait, par nécessité, été modifié, elles n'avaient pas eu pour effet de remplacer les dispositions, jusque là en vigueur, au sein de la société Hop! Britair, relatives au nombre des délégués syndicaux, qui pouvaient donc continuer de s'appliquer jusqu'à l'expiration du délai de quinze mois et à défaut de conclusion d'un nouvel accord ayant le même objet.

II – L'application éclairée des règles de survie

De la caducité des accords mis en cause. Se posait donc, tout d'abord, la question du sort des accords mis en cause au regard de l'argument tiré de leur prétendue caducité, l'employeur considérant que les dispositions de l'ancien accord d'UES ne pouvaient plus s'appliquer au sein de la nouvelle UES dont le périmètre avait été totalement redéfini avec la fusion. Personne ici ne discutait véritablement le fait que la nouvelle UES connaissait un périmètre très différent de l'ancien.

Mais la Cour de cassation confirme ici, à juste titre, que le régime de la mise en cause, auquel précisément l'entreprise prétendait se soustraire en invoquant l'argument de la caducité de l'accord mis en cause était, au contraire, parfaitement adapté à la situation et que les anciens accords avaient "vocation" à demeurer applicables pendant un délai maximum de quinze mois (5). Précisément, la rationalité du régime de la mise en cause repose sur le pouvoir qui est donné aux partenaires sociaux de renégocier, pendant un délai de quinze mois, les termes de la transition pour procéder, selon les propres termes de l'article L. 2261-14 du Code du travail, soit à "*l'adaptation*" des dispositions, lorsque cela est possible, soit à "*l'élaboration de nouvelles stipulations*", si les anciennes ne sont plus applicables. En d'autres termes, l'hypothèse d'une inapplicabilité de fait des anciennes dispositions constitue bien la justification de ce régime, et il serait donc plus que paradoxal d'en écarter l'application sous prétexte que les anciens accords ne sont plus applicables dans la nouvelle entreprise.

On ajoutera qu'admettre la caducité, par principe, ruinerait l'intérêt du régime de la mise en cause en n'incitant pas l'employeur à négocier avec les syndicats la conclusion d'un nouvel accord postérieurement à la fusion, puisqu'il pourrait spéculer sur l'existence de la caducité au premier jour de la mise en cause.

Enfin, et dans la mesure où la caducité n'a pas été consacrée par le Code du travail comme un mode d'extinction général des accords collectifs, et que d'autres techniques ont été préférées, il semblerait contraire à l'autonomie du régime des accords collectifs que de venir admettre cette technique qui mettrait à mal les régimes propres voulus par le législateur.

De l'application effective des accords mis en cause après la fusion. En affirmant que l'accord mis en cause a "vocation" à s'appliquer pendant une durée de quinze mois suivant l'absorption de la société, la Cour de cassation reconnaît implicitement que si l'accord survit pendant cette période, son application effective demeure logiquement soumise à la compatibilité de ses dispositions avec la nouvelle organisation sociale de l'entreprise après la fusion. Cette compatibilité, qui relève d'une exigence de bon et qui peut conduire à constater la caducité, non pas de l'accord dans son ensemble, mais de certaines de ses dispositions, doit toutefois être admise avec une extrême rigueur, dans la mesure où elle conduit à admettre une exception au principe légal de la survie dans l'attente de la conclusion d'un nouvel accord, ou du terme des quinze mois. Le juge doit donc analyser avec minutie les clauses de l'accord mis en cause, pour décider, au cas par cas, si celles-ci peuvent continuer à s'appliquer pendant cette période transitoire.

C'est précisément ce travail d'analyse concrète qu'avait réalisé le tribunal d'instance dans cette affaire. Certaines dispositions de l'ancien accord Hop! Britair ne pouvaient ainsi plus s'appliquer, singulièrement celles qui concernaient le périmètre de mise en place des institutions, précisément parce que ces périmètres avaient été bouleversés par la fusion qui s'était accompagnée de la définition d'un nouveau périmètre d'UES. De ce point de vue, le nouvel accord d'UES, conclu après la fusion, pouvait s'apparenter à l'accord d'adaptation visé par le dernier alinéa de l'article L. 2261-14, mettant ainsi un terme à la survie de l'accord mis en cause. Mais, comme le souligne la Cour de cassation, cet accord, qui porte sur le périmètre de l'UES, ne concernait pas le nombre des délégués syndicaux mis en place (cette question était renvoyée aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur), et ne pouvait donc pas, sur ce point, se substituer aux dispositions de l'accord mis en cause. Pendant la durée de quinze mois, il semblait, par conséquent, logique, de considérer que les majorations du nombre de délégués syndicaux, prévues par l'accord mis en cause, pouvaient continuer de s'appliquer.

Morale de l'histoire. Plus que jamais l'entreprise qui mène ces opérations de fusion doit prêter attention au sort des accords mis en cause, et bien avoir à l'esprit que chacune des dispositions de ces accords mis en cause devront faire l'objet d'une attention particulière lors de la négociation de l'accord d'adaptation, faute de quoi ils continueront de s'appliquer pendant quinze mois.

(1) Sur l'impact des restructurations des entreprises sur les normes collectives applicables, lire l'ouvrage de référence de P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, coll. Droit et professionnels, 4ème éd., 2017, sp. p. 223 et s..

(2) Sur l'UES, la thèse éponyme d'Aurélie Céa soutenue à Bordeaux le 16 juin 2016.

(3) Cette règle a été modifiée en 2016 ; antérieurement les salariés conservaient plus largement le bénéfice des "avantages individuels acquis". Ce bénéfice ne peut durer au-delà du terme de l'accord à durée déterminée mis en cause.

(4) En l'absence d'un tel accord, les dispositions de même objet de l'accord applicable dans la nouvelle entreprise s'appliquent immédiatement, créant ainsi une hypothèse de conflit avec celles de l'accord mis en cause qui peut durer quinze mois, et qui sera réglée par application de la règle de faveur.

(5) La solution avait déjà été affirmée en 2008 : Cass. soc., 21 octobre 2008, deux arrêts, n° 08-60.008, FS-P+B (N° Lexbase : A9536EAG) et n° 08-60.012, FS-D (N° Lexbase : A9537EAH) : "*le tribunal d'instance a fait une exacte application des dispositions de l'article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail (N° Lexbase : L5688ACN), devenu l'article L. 2261-14 (N° Lexbase : L2442H9C), en retenant que l'accord en vigueur dans le cadre de l'unité économique et sociale Cégétel avait vocation à s'appliquer pendant une durée de quinze mois suivant le transfert de l'établissement, ce délai ayant pour but de permettre l'organisation de négociations afin d'adapter l'accord à la nouvelle structure de l'entreprise ou de définir de nouvelles dispositions, de sorte que sa caducité ne pouvait pas être invoquée*".

Décision

Cass. soc., 13 décembre 2017, n° 16-26.553, FS-P+B (N° Lexbase : A1311W83)

Rejet (tribunal d'instance de Villejuif, 16 novembre 2016)

Texte : C. trav., art. L. 2261-14 (N° Lexbase : L7179K9R).

Mots clés : accord d'entreprise ; applicabilité de l'accord ; fusion ; caducité.

Lien base : (N° Lexbase : E7397EXA).

Droit social 2012 p.974

L'unité économique et sociale, quel avenir ? (1)

Laurence Pécaut-Rivoliér, Conseiller référendaire à la chambre sociale

L'essentiel

Si la question de l'avenir de l'unité économique et sociale continue à se poser, alors que l'institution existe depuis près de cinquante ans et qu'elle a été abondamment étudiée en doctrine et cernée en jurisprudence, c'est qu'au fond, on n'a jamais réussi à donner une réponse ferme à l'interrogation fondamentale sur la finalité de l'institution. Périmètre de représentation, ou périmètre de fonctionnement de l'entreprise, du choix entre ces deux options dépend la réponse à apporter à de nombreuses interrogations sur les conditions de reconnaissance de l'UES, et les effets de cette reconnaissance. Quels éléments se dégagent de la jurisprudence actuelle ?

Je commencerais mon propos en citant notre hôte, Paul-Henri Antonmattei, qui, évoquant l'UES, déclarait : « Qu'y a-t-il donc encore à découvrir qu'on ne sache déjà sur ce concept dont le destin est annoncé comme prometteur ? ». Quand on sait que cette citation est extraite d'un article qui date d'il y a dix ans (2), on peut s'amuser du thème choisi pour cette intervention, sur l'avenir de l'UES.

En réalité, incontestablement, l'UES est en recherche de son destin depuis de nombreuses années. Des années parsemées d'étapes qui ont toujours fait penser que la jurisprudence était parvenue à un point d'équilibre dans la voltige, point d'équilibre aussitôt rompu par un arrêt relançant les commentateurs acrobates dans des sphères toujours aussi interrogatives. C'est vous dire si je suis à l'aise, moi qui ai écrit il y a un an à peine un article dont le titre a été une de mes grandes fierté « l'UES a franchi le gué » (3), sauf que, sauf que... il y a probablement plusieurs gués dans ce long fleuve que l'UES parcourt depuis 40 ans.

Rappelons la genèse. Le fleuve accueille la notion d'UES le 23 avril 1970 (4) par un arrêt de la chambre criminelle particulièrement évocateur et dont j'aimerais citer un extrait :

« Attendu qu'il est constaté dans le procès-verbal base des poursuites que le transfert à la société Coframo de nombreux ouvriers antérieurement au service de la société Sutram n'a en fait entraîné aucune modification dans la répartition du travail et les tâches confiées aux salariés, ceux-ci restant aux postes de travail qui leur avaient été antérieurement affectés, continuant de travailler dans les mêmes locaux, aux mêmes travaux, sur le même matériel et selon les directives de la même maîtrise ; attendu que les frères Herriau ayant été en raison de ces faits déférés à la juridiction correctionnelle sous la double prévention d'entraves à la libre désignation des délégués du personnel, le syndicat partie civile a soutenu que la juxtaposition de plusieurs sociétés commerciales n'ayant pas d'activités spécialisées propres n'avait été en l'espèce qu'une façade juridique dissimulant la continuité d'une même entreprise et dont les prévenus s'étaient servis pour tourner les dispositions impératives du droit du travail par le moyen d'une division artificielle du corps électoral ; attendu que les juges n'en ont pas moins prononcé la relaxe des prévenus en se fondant sur le pouvoir de l'employeur de transformer ou réorganiser son entreprise ;

Mais attendu qu'il résulte des motifs de l'arrêt que les sociétés ont eu une existence juridique propre, il n'est pas démontré que ces personnes morales aient constitué au regard du droit du travail, des entreprises distinctes »...

On trouve dans cet arrêt fondateur, comme dans les arrêts de la chambre sociale qui suivront à quelques mois d'intervalle et passeront outre à la notion de fraude, deux éléments de base du fil conducteur de l'UES :

- l'UES est une réponse adressée à la collectivité des salariés face à une division purement juridique et volontaire des entités, afin de favoriser une représentation adaptée ;

- l'UES constitue une entreprise parce que les entités qui la composent, malgré leur division juridique, ne sont pas distinctes, qu'elles ne font qu'une, qu'elles pourraient n'être qu'une.

À partir de là, on ressent bien ce qui guide la jurisprudence sur l'UES : un chef d'entreprise a le droit de décider de scinder en plusieurs entreprises distinctes l'activité qu'il aurait pu mener au sein d'une seule structure. C'est d'ailleurs pourquoi il ne pourrait probablement pas y avoir d'UES entre des entités distinctes de par l'effet de la loi (5). C'est son choix de gestion, et la jurisprudence le considère comme discrétionnaire. Avec une limite cependant : le respect du droit constitutionnel de participation, c'est-à-dire le droit des salariés d'avoir des représentants qui peuvent parler pour eux au niveau où cette parole peut être utilement entendue, qui transcende le choix organisationnel. C'est la raison originelle de la création de l'UES, elle en reste son socle.

Mais la conception de l'UES a nécessairement bougé lorsque la jurisprudence, sans d'ailleurs qu'à ce moment-là l'importance de l'évolution ne soit probablement totalement perçue, a accepté que la demande de reconnaissance d'une UES émane du chef d'entreprise lui-même. Cela n'allait pas de soi : après tout, ayant fait le choix de créer des structures différentes, il aurait pu être considéré comme irrecevable à venir réclamer que ces entités soient sur certains de ses aspects admises comme étant une entité unique. Mais à partir du moment où la reconnaissance d'une UES, sur initiative de l'employeur, a été admise, la jurisprudence devait ériger une limite, fondée en quelque sorte sur la loyauté du dirigeant : ayant fait le choix de la séparation, il ne peut revendiquer une partie des avantages qu'il aurait pu trouver à une structure unique.

Ce qui rejoint finalement l'autre raison originelle de la création de l'UES, la volonté d'éviter que l'employeur ne se serve du fractionnement de l'entreprise juste pour éviter les inconvénients d'une structure trop importante tout en conservant les bénéfices.

En complément de ces deux axes majeurs, la jurisprudence a admis une fonctionnalité plus ouverte et plus variable à l'UES, à condition qu'il s'agisse d'améliorer l'étendue et la cohérence des droits collectifs entre les différents

salariés, et que les partenaires sociaux l'ait souhaité.

Ce sont ces trois axes que je développerai ici, en limitant mon propos aux grandes questions encore ouvertes.

I. - L'unité économique et sociale, une entreprise unique pour l'exercice des droits représentatifs

Cet aspect-là ne fait guère de doute, et ne porte pas à polémique : l'unité économique et sociale a pour finalité la mise en place des institutions représentatives du personnel appropriées, ainsi que l'a souligné avec force la Cour de cassation dans son avis du 19 mars 2007 ⁽⁶⁾, dans lequel, pour affirmer la compétence exclusive du tribunal d'instance en matière de reconnaissance d'UES, la Cour écarte l'option que la reconnaissance d'une UES puisse être dissociée de la mise en place des institutions représentatives.

Les conséquences de cette position ont été largement définies par la jurisprudence, notamment l'obligation dans laquelle se trouve l'entreprise, dès qu'une unité économique et sociale est reconnue, de procéder à des élections pour la constitution d'un comité d'entreprise, les mandats des représentants élus dans les différentes structures devenant de ce fait caducs ⁽⁷⁾.

Mais si les conséquences sont bien connues, il demeure deux importants questionnements sur les conditions dans lesquelles peut s'effectuer la reconnaissance de l'UES.

A - Les conditions de la reconnaissance conventionnelle

L'ancrage électoral de la reconnaissance de l'UES est symbolisé par un arrêt du 31 mars 2009 ⁽⁸⁾, dans lequel la chambre sociale affirme que :

« Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise est obligatoire ; qu'il s'en déduit qu'il appartient aux parties de définir lors de chaque scrutin la composition et le périmètre de l'unité économique et sociale ».

Il semble ressortir de cet arrêt que la reconnaissance de l'unité économique et sociale doit se faire dans le cadre du protocole préélectoral.

- Si tel est le cas, à quelle condition de majorité cette reconnaissance est-elle alors valable ?

La jurisprudence d'avant 2008 exigeait l'unanimité ⁽⁹⁾. Doit-on en rester à l'unanimité désormais, alors que le droit commun, comme l'a rappelé la chambre sociale dans un arrêt du 6 octobre 2011 ⁽¹⁰⁾, est désormais la double majorité prévue par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail ?

- Si la règle est toujours celle de l'unanimité, alors ce serait nécessairement l'unanimité des syndicats représentatifs. Ne serait-ce pas antinomique avec l'idée que la définition du périmètre des élections est désormais soumise à une concertation incluant les syndicats non (encore) représentatifs ? Certes, on pourrait dire que la reconnaissance d'une UES modifie le nombre de collèges et nécessite donc l'unanimité. Mais l'argument ne risque-t-il pas d'être insuffisant ?

À l'inverse, admettre la condition de double majorité a pour effet d'associer directement les syndicats non représentatifs à la détermination de la structure générale de l'entreprise, mais aussi de rendre probablement plus complexe la recherche d'un consensus sur une décision lourde de conséquences.

Un arrêt du 10 novembre 2010 ⁽¹¹⁾ semble prendre position, puisqu'il affirme que pour la reconnaissance d'une unité économique et sociale « toutes les organisations syndicales représentatives présentes dans ces entités doivent être invitées à la négociation portant sur la reconnaissance entre elles d'une unité économique et sociale ».

Ne participent donc à cette négociation que les seules organisations syndicales représentatives, ce qui exclut d'entrer dans le droit commun prévu pour la signature du protocole préélectoral.

- On peut cependant se demander si le protocole préélectoral reste bien, en tout état de cause, le support nécessaire de la reconnaissance de l'unité économique et sociale. De nombreux auteurs ont mis en avant une certaine inadéquation entre la finalité du protocole préélectoral, qui est de définir le périmètre des élections à l'intérieur d'un cadre bien défini, et la reconnaissance de l'existence d'une UES, qui expose le carcan pour modifier l'espace de représentation. Ceci est d'autant plus vrai que lorsque les partenaires se réunissent pour négocier le protocole préélectoral, par hypothèse, il n'y a pas encore de reconnaissance d'UES. Donc, ceux qui vont être convoqués vont l'être dans le cadre de l'entreprise, sauf à décider en amont de la négociation du protocole préélectoral qu'il faut réunir les représentants de toutes les entreprises en vue de la reconnaissance éventuelle d'une UES. Il y a là une contradiction difficile à surmonter en pratique.

Or, dans son arrêt du 31 janvier 2012 ⁽¹²⁾ dans lequel la chambre sociale décide, revenant sur sa jurisprudence antérieure, que la voie de l'appel est systématiquement ouverte contre les décisions judiciaires de reconnaissance d'une unité économique et sociale, la Cour explique que son revirement est justifié par le fait qu'une procédure en reconnaissance d'UES ne peut désormais plus être la conséquence de la désignation contestée d'un délégué syndical - puisque désormais la désignation d'un délégué syndical suppose que soit préalablement établie la représentativité de son syndicat dans le périmètre de désignation - mais également par le fait qu'une telle demande ne peut plus être « formulée à l'occasion d'un contentieux en matière d'élection professionnelle ». Est-ce que cette incise de l'arrêt éloigne la reconnaissance de l'UES du protocole préélectoral ? Si la réponse est affirmative, serait-ce parce que les nouvelles conditions de convocation et de validité du protocole préélectoral ne permettent plus qu'y soit incluse la reconnaissance d'une UES ?

- Si le support de la reconnaissance conventionnelle de l'UES n'est pas le protocole préélectoral, alors la reconnaissance d'une UES serait du ressort de l'accord collectif. Ce qui n'est pas antinomique avec la finalité représentative de l'UES : les accords collectifs contiennent de nombreux éléments touchant à la représentation du personnel dans l'entreprise. Mais une telle solution pose malgré tout deux difficultés importantes.

- La première tient au fait que l'arrêt du 31 mars 2009 précité affirme que les parties doivent déterminer à l'occasion de chaque scrutin la composition et le périmètre de l'unité économique et sociale. Or il n'est pas d'usage de réviser un accord collectif à chaque élection, et d'importantes difficultés pourront naître si, du fait des élections, les organisations syndicales représentatives ne sont plus les organisations syndicales signataires d'origine.

On pourrait alors faire une proposition alternative : la reconnaissance d'une UES ne pourrait-elle pas, à l'instar du mécanisme du recours au vote électronique, reposer sur deux supports successifs : l'accord collectif pour en déterminer le principe, qui ne nécessiterait pas d'être revu à chaque échéance, et le protocole préélectoral pour en fixer la composition exacte, laquelle évidemment peut évoluer, à chaque scrutin.

Mais une telle solution serait plutôt du ressort du législateur.

- La seconde difficulté pose une question de principe : peut-on admettre que l'UES, qui jusqu'à présent nécessitait l'accord de l'unanimité des partenaires sociaux, soit désormais soumise à une simple condition d'adoption par des organisations syndicales représentant 30 % des suffrages électoraux ? Le saut serait énorme, et le risque tout autant.

En l'état, aucune solution n'apparaît donc vraiment satisfaisante, ce qui explique peut-être que la question n'ait pas été posée à la Cour de cassation depuis 2008.

B - Les conditions de la reconnaissance judiciaire

Lorsque les parties ne parviennent pas à un accord, le tribunal d'instance, qui statue désormais à charge d'appel, est compétent, à titre subsidiaire, pour reconnaître le cas échéant l'existence d'une unité économique et sociale. Il peut être saisi, incontestablement, par une organisation syndicale ou par l'employeur. Pourrait-il l'être également par un salarié agissant individuellement ? La question, étonnamment, n'a pas été tranchée. Mais il existe des pistes de réflexion. D'abord, on peut penser que compte tenu de la notion fonctionnaliste de l'UES, un salarié ne pourrait pas saisir le juge pour faire reconnaître une UES en invoquant un intérêt à agir qui serait lié à des avantages personnels tels que l'application d'un accord collectif commun.

Tout autre serait la situation si le salarié fait valoir qu'il agit dans l'intérêt de la collectivité des salariés pour que soient mises en place les institutions représentatives du personnel. L'intérêt à agir des salariés à titre individuel est reconnu, de manière générale, lorsqu'un employeur tarde à mettre en place les institutions représentatives qui devraient être créées. Pourquoi ne le serait-il pas lorsqu'il estime que l'UES est le cadre approprié de cette mise en place ? La chambre sociale à l'heure actuelle a simplement exclu l'action individuelle d'une personne qui, ayant quitté l'entreprise, n'y était plus salariée (13). Cette solution corrobore le fait que la demande de reconnaissance ne puisse être faite qu'en lien avec le souhait d'être bien représenté. Mais elle ne donne aucun indice s'agissant de l'ouverture de l'action, si elle est menée en ce sens, au salarié individuel.

L'unité économique et sociale a donc une vocation essentiellement représentative. La Cour de cassation a dû intervenir pour le rappeler, et plus précisément pour rappeler à l'employeur que la division des structures qu'il avait choisie s'imposait aussi à lui.

II. - L'unité économique et sociale, une structure éclatée pour l'exercice du pouvoir de direction

Comme le soulignait Tiennot Grumbach dans un article paru en 2007 (14), « aujourd'hui, c'est de plus en plus souvent que l'on voit le management prendre la décision de saisir le juge d'une démarche de reconnaissance ou de modification de l'aire de l'UES ».

C'est étonnant en soi, puisque, si le dirigeant souhaite avoir une structure unifiée, il n'appartient qu'à lui de le décider.

Par conséquent, s'il choisit de maintenir des structures différenciées, mais demande la mise en place d'une unité économique et sociale, les juges se doivent de veiller à ce que le but poursuivi soit d'avoir une représentation du personnel adaptée, et non d'obtenir à son profit exclusif de pouvoir bénéficier des avantages de la structure unique en évitant ses inconvénients.

Une série de décisions de la chambre sociale est ainsi venue fixer la ligne de démarcation.

1. L'UES n'a pas la personnalité juridique. Si les dirigeants veulent simplifier le fonctionnement de la structure, en évitant les lourdeurs liées au fractionnement des entités, ils peuvent désigner un représentant au sein de ces entités. Mais l'UES n'a pas qualité pour agir en tant que telle, et ne peut conclure d'actes (15).

2. L'UES n'est pas l'employeur des salariés des différentes entités qui la composent. Le fameux arrêt du 16 décembre 2008 (16) l'affirme, répondant à un chef d'entreprise qui estimait qu'il pouvait agir sur les contrats des salariés de toutes les structures de l'UES.

3. Par conséquent, le transfert d'un salarié d'une entité à une autre de l'UES ne constitue pas une simple mutation : le salarié change d'employeur (17), même s'il demeure à l'intérieur des structures composant l'UES.

4. C'est aussi dans le cadre de cette vigilance que s'inscrit l'arrêt du 16 novembre 2010, relatif aux licenciements économiques (18). Ayant choisi de maintenir des structures séparées, pour des raisons qui leur appartiennent, les dirigeants ne peuvent vider totalement de toute réalité cette séparation en conservant le pouvoir de décision au niveau de l'UES. Ou, s'ils le font, ils sont considérés comme ayant en réalité renoncé à cette séparation, et les effets de la structure unique doivent être appliqués au bénéfice des salariés. Si donc c'est au niveau de l'UES qu'il a été décidé de procéder à des licenciements économiques, c'est à ce niveau qu'on appréciera les conditions d'effectif et le nombre de licenciements envisagés pour le plan de sauvegarde de l'emploi.

5. Une question reste en débat. Est reconnue au dirigeant la légitimité d'une action en reconnaissance de l'existence d'une unité économique et sociale dès lors qu'elle a pour but de mettre en place les institutions représentatives du personnel correspondantes. Mais cette mise en place d'institutions représentatives du personnel au niveau supérieur répond-elle toujours à l'intérêt de la collectivité des salariés ? Dans la majorité des cas, il s'agit pour l'employeur d'assurer une cohérence dans la diffusion de l'information et dans la mise en place des décisions sociales. Mais certains auteurs (19) soulignent que l'objectif peut parfois aussi être de concentrer les moyens des comités d'entreprise, donc de parvenir à des économies d'échelle.

Le juge saisi serait-il alors fondé, après avoir vérifié l'existence des conditions d'une unité tant économique que sociale, à refuser la reconnaissance au motif qu'elle serait contraire à l'intérêt de la représentation de la collectivité des travailleurs ? Le pas serait important, mais il irait dans le sens de la vigilance du juge.

Favoriser une meilleure représentation malgré la séparation, veiller cependant à maintenir les droits individuels des salariés dans chacune des structures, tels sont donc les deux grands principes jurisprudentiels. Mais depuis

quelques années, la chambre sociale y a ajouté quelques éléments de souplesse.

III. - L'unité économique et sociale, un périmètre ouvert à la négociation collective

Depuis un arrêt du 12 juillet 2006 (20), la jurisprudence reconnaît aux partenaires sociaux la possibilité de décider, par accord collectif, de donner à la reconnaissance de l'UES des effets autres que ceux tenant uniquement à la représentation du personnel. Tout est possible à cet égard, et notamment « créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES », en prévoyant des avantages collectifs communs à tous les salariés de l'UES, avec pour seule limite que chaque entité doit rester seul employeur de ses salariés (21).

C'est un champ d'extension immense des effets de l'unité économique et sociale qui est ainsi ouvert, à la seule condition que les partenaires sociaux l'estiment opportun. Malgré le fractionnement, les droits collectifs des salariés seraient ainsi communs. On voit l'intérêt que cette communauté représente pour les dirigeants, comme pour les salariés. On voit également l'intérêt d'un système suffisamment souple pour que ne soient mis en commun que les éléments qui, de manière consensuelle, peuvent réunir tous les salariés des différentes structures.

Mais les questions alors resurgissent aussitôt.

- Cette possibilité ouverte aux partenaires sociaux d'opter pour une unité économique et sociale aux effets si étendus est-elle compatible avec la compétence exclusive donnée au juge de l'élection, le tribunal d'instance, pour statuer ? L'ouverture de l'appel, depuis l'arrêt du 31 janvier 2012 rend moins prégnante cette interrogation qui en réalité naissait plus de la préoccupation de voir un contentieux de si grande importance confié à un juge unique, en dernier ressort, que de la nature du juge.

- Cette possibilité ouverte aux partenaires sociaux d'opter pour une unité économique et sociale aux effets si étendus est-elle compatible avec l'obligation de renégocier le périmètre de l'UES à chaque nouveau scrutin ? La réponse à cette question dépend de l'interprétation qui est donnée à cette obligation, ainsi que développé plus haut. Si l'obligation de renégociation ne porte que sur les structures composant l'UES, la difficulté perd de son acuité.

On le voit, toute tentative de parvenir à des réponses plus sûres relance un nouveau champ de questionnements. L'UES, décidément, est un sujet complexe.

Conclusion

Au fond, qu'est-ce que la jurisprudence sur l'UES ? C'est une recherche permanente des juges pour parvenir à un équilibre entre le pouvoir de gestion de l'employeur et les droits des salariés. Dans un équilibre aussi difficile, il ne peut pas y avoir de frontière figée et indéplaçable. Mais il peut, il doit y avoir un fil conducteur, un bouclier de Brennus fermet des différentes décisions, celui que l'on retrouve dans cette idée que la séparation des structures, librement choisie par l'employeur, ne doit pas nuire aux droits collectifs des salariés, ni constituer une source d'abus pour l'employeur. D'où ce triptyque : obligation de maintenir les droits de représentation collectifs au niveau approprié, interdiction de revendiquer l'unicité de direction, possibilité d'aménager le système de manière conventionnelle. Les interventions ponctuelles du législateur se sont d'ailleurs exactement inscrites dans le même canevas. Les trois principales d'entre elles ont consisté à consacrer le comité d'entreprise commun (C. trav., art. L. 2322-4), exiger qu'il soit tenu compte « des moyens de l'UES » pour apprécier la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1235-10), et enfin admettre la possibilité d'un régime de participation étendu à tous les salariés de l'UES... mais en renvoyant à un accord pour déterminer la base de participation, qui peut donc continuer à différencier les entreprises (art. L. 3322-2).

Alors l'avenir de l'UES ? Une fois que la jurisprudence aura donné réponse aux questionnements que nous avons évoqués plus haut, et qui touchent essentiellement à ses conditions de reconnaissance, il est fort plausible que cet avenir ne soit pas très différent de son état présent et passé, ainsi décrit par Gérard Couturier : l'édification, à partir d'une situation de fait voulue par le chef d'entreprise, d'un « mécano social » fonctionnel (22).

Mots clés :

ENTREPRISE * Unité économique et sociale * Prospective

(1) Cet article fait partie d'un colloque intitulé « Les périmètres sociaux de l'entreprise », dans lequel figure les articles suivants :

Avant-propos, par Paul-Henri Antonmattei, p. 974 (23) ;

F. Petit, Les périmètres de l'établissement distinct, p. 979 (24) ;

F. Favennec-Héry, Le groupe de reclassement, p. 987 (25) ;

B. Gauriau, Le co-employeur - Étude de jurisprudence, p. 995 (26) ;

P.-Y. Verkindt, La collectivité de travail ou « La belle inconnue », p. 1006 (27).

(2) Unité économique et sociale : un nouvel arrêt... mais le débat continue, Dr. soc. 2002. 720 (28).

(3) L'UES a franchi le gué, L. Pécaut-Rivolier, Sem. soc. Lamy 2010, n° 1472.

(4) Crim., 23 avr. 1970, n° 68.91.333, Bull. crim., n° 144 ; D. 1970. 444.

(5) C'est ainsi peut-être que la chambre sociale aurait pu répondre à la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale entre les députés, au titre des collaborateurs parlementaires qu'ils emploient. Mais la chambre sociale s'est bornée à constater qu'il n'y avait ni unité économique, ni unité sociale : Soc., 18 févr. 2004, n° 02-60.567, D. 2004. 732 (29), Bull. civ. V, n° 56.

- (6) Soc., 19 mars 2007, n° 06-00.020, RDT 2007. 540, obs. P. Waquet .
- (7) Soc., 29 avr. 2009, n° 07-19.880, Bull. civ. V, n° 117.
- (8) Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009. 1147  ; *ibid.* 2128, obs. J. Pélissier, T. Aubert, M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès , Bull. civ. V, n° 96.
- (9) Soc., 23 juin 1988, n° 87-60.245, Bull. civ. V, n° 254.
- (10) Soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035, D. 2011. 2546  ; Dr. soc. 2011. 1313, obs. F. Petit .
- (11) Soc., 10 nov. 2010, n° 09-60.451, D. 2010. 2779  ; Dr. soc. 2011. 414, note F. Petit  ; RDT 2011. 24, étude G. Borenfreund , Bull. civ. V, n° 256.
- (12) Soc., 31 janv. 2012, n° 11-20.232, D. 2012. 443  ; RDT 2012. 168, obs. T. Grumbach .
- (13) Soc., 16 nov. 2010, n° 09-40.555, D. 2010. 2845 , Bull. civ. V, n° 261.
- (14) La compétence du tribunal d'instance en matière d'UES, au coeur d'un conflit de logique ; RDT 2007. 743 .
- (15) Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875, D. 2009. 986 , note F. Petit  ; RDT 2009. 228, obs. B. Lardy-Pélissier .
- (16) Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875, préc.
- (17) Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, D. 2009. 2351, obs. S. Maillard  ; *ibid.* 2010. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund  ; RDT 2009. 647, obs. G. Auzero .
- (18) Soc., 16 nov. 2010, n° 09-69.485, D. 2010. 2847  ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2011. 105, obs. L. Pécaut-Rivolier  ; *ibid.* 175, note G. Couturier  ; RDT 2011. 112, obs. E. Peskine , Bull. civ. V, n° 258.
- (19) T. Grumbach, *op. cit.*
- (20) Soc., 12 juill. 2006, n° 04-40.331, D. 2006. 2210 , Bull. civ. V, n° 254.
- (21) Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875, D. 2009. 986 , note F. Petit  ; RDT 2009. 228, obs. B. Lardy-Pélissier , Bull. civ. V, n° 255.
- (22) G. Couturier, l'unité économique et sociale, 30 ans après, Sem. soc. Lamy 2003, n° 1140.

À l'occasion des arrêts du 16 novembre 2010, retour sur deux années de questionnements et de jurisprudence sur l'unité économique et sociale (UES).

L'UES a franchi le gué

Laurence Pécaut-Rivolier, Magistrat à la Cour de cassation

Mais pourquoi la notion d'UES (unité économique et sociale) semble-t-elle ne pouvoir être abordée que de manière polémique? De l'« UES sauvée de ses excès »¹ à « Adieu l'UES »², pour ne pas parler du « *capbar-naïim* »³ sur le juge compétent en la matière, l'unité économique et sociale, à l'évidence, pose questions. Rien d'étonnant en vérité. Née en 1970 (Cass. crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333, Bull. crim. n° 144) d'une volonté de la chambre criminelle d'éviter la possibilité pour l'employeur de détourner la législation sur les institutions représentatives en démultipliant les structures d'entreprise, l'unité économique et sociale est peu à peu devenue un véritable périmètre d'entreprise totalement intégré dans les concepts entrepreneuriaux. Mais le législateur n'est jamais intervenu sinon pour lui donner des effets limités, laissant au juge et aux partenaires sociaux le soin d'en définir les contours à partir d'une définition jurisprudentielle compréhensive : l'UES se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités ; en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutableté des salariés. Ce concept, qui peut trouver à s'appliquer dans de très nombreuses situations, ce qui en fait l'intérêt, a été adapté au gré des contentieux et des questions soumises au juge, dans des optiques extrêmement différentes, par les salariés, les syndicats, ou les employeurs. Jusqu'à, un moment, tanguer dangereusement entre sa vocation initiale d'assurer simplement un périmètre efficace à la représentation du personnel et un tiraillement ambitieux vers un nouveau type d'entreprise à part entière.

Arrivée au milieu du gué au début des années 2000, l'UES a cependant fait l'objet d'une ré-

flexion jurisprudentielle approfondie au cours de ces trois dernières années. Prenant acte du silence du législateur et de son refus implicite d'intégrer l'UES dans l'ordre juridique existant, la Cour de cassation a, dans un premier temps, écartant clairement le spectre de l'UES employeur, redonné à cette institution son cadre naturel, celui de la représentation collective. Puis, ayant restitué ses bases à l'UES, elle a pu, revenant en cela à ses prémisses d'origine, en élargir les effets pour sanctionner les abus.

1 CE QUE N'EST PAS L'UES : L'EMPLOYEUR DE TOUS LES SALARIÉS DES STRUCTURES QUI LA COMPOSENT

Qu'est ce qu'une unité économique et sociale? C'est, selon une jurisprudence stable depuis plus de vingt ans, l'unité de fait qui peut être constatée entre des entreprises juridiquement distinctes mais liées par « la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutableté des salariés » (Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V n° 299).

► Une entreprise au sens social du terme

À la différence des autres périmètres de représentation du personnel, et notamment de l'établissement distinct, la jurisprudence a rapidement affirmé que la notion d'UES n'était pas relative : sa définition et sa reconnaissance étaient uniques, quelle que soit l'institution représentative à mettre en place (Cass. soc., 1^{er} déc. 1998, n° 97-60.492, Bull. civ. V n° 528). Mieux encore : révélée par sa communauté à la fois économique et sociale, l'UES s'est vue reconnaître le qualificatif

1. A. Lyon-Caen, *l'UES sauvée de ses excès*; *Semaine sociale Lamy* n° 1318, p. 9.
2. B. Boubli, *Adieu l'UES*, *Dr. soc.* 2009 p. 699.
3. F. Champeaux, « *Quel juge pour l'UES?* », *Semaine sociale Lamy* n° 1444, p. 8.

d'entreprise⁴. Mais une entreprise au sens social du terme, et non pas au sens commercial⁵ : c'est ainsi qu'il faut comprendre que l'UES puisse servir de périmètre pour le droit à réintégration du salarié protégé.

Fallait-il aller plus loin, et reconnaître l'UES comme une véritable entreprise pour tous les aspects de droit du travail ? Certains appelaient cette avancée de leurs vœux⁶. Le Professeur Couturier mentionnait ainsi que « *la reconnaissance d'une unité économique et sociale exprime la réalité d'une entreprise unique au regard du droit du travail, réalité dont il y a lieu de tirer toutes les conséquences* »⁷. Et le Doyen Boubli prônait la possible reconnaissance, par voie d'accord collectif majoritaire, d'une UES « *ayant pour objet de réunir dans la même entreprise différentes personnes juridiques* »⁸. L'objectif recherché consistait en la possibilité d'étendre le périmètre des droits individuels et collectifs des salariés à toute la structure de l'UES, en gommant les frontières, par hypothèse transparentes, des entités intermédiaires. Et donc de faire bénéficier chaque salarié des avantages d'une plus grande entreprise.

Pour cela, plusieurs avancées étaient nécessaires. D'abord, faire sortir l'UES du champ purement électoral, en modifiant ses conditions de reconnaissance et le juge compétent en cas de difficulté. Ensuite, reconnaître à l'UES la qualité d'un véritable employeur. Enfin, en ultime aboutissement, admettre que l'UES ait la personnalité morale et puisse ainsi accomplir les actes juridiques comme les structures de base que sont les sociétés, associations, ou autres GIE.

► Une jurisprudence qui prend acte de la frilosité du législateur

Ce sont toutes ces avancées que la jurisprudence a finalement renoncé à accomplir.

Elle y a renoncé d'abord parce qu'elle ne s'estimait ni compétente ni capable d'assurer un tel bouleversement des concepts qui l'aurait obligée à définir seule les contours d'une nouvelle entité juridique, au risque de créer des déséquilibres et des incertitudes qu'elle n'était pas en mesure de maîtriser. Le législateur, malgré plusieurs appels en ce sens, n'a souhaité donner à l'UES

que des effets très ciblés : obligation de mettre en place un accord de participation dans les UES incluant au sein de leurs structures au moins 50 salariés (*C. trav., art. L. 3322-2, issu de la loi n° 2001-152 du 19 févr. 2001*) ; obligation de tenir compte des moyens de l'UES pour apprécier la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1235-10, issu de la loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002*). Il n'a pas été au-delà, et la jurisprudence ne pouvait qu'en prendre acte.

Mais elle y a renoncé aussi en raison des conséquences extrêmement négatives qu'une telle consécration aurait pu entraîner pour les salariés. Certes, l'UES-employeur pouvait leur procurer l'extension d'avantages individuels ou de droits collectifs. Mais elle induisait aussi que les salariés devenaient salariés de l'UES toute entière, quittant ainsi leur lien de subordination avec le seul employeur avec lequel ils avaient contracté, pour se soumettre à l'autorité d'un employeur beaucoup plus vaste, et susceptible de leur imposer comme simple changement des conditions de travail une mutation dans n'importe laquelle des structures de l'UES⁹.

Le premier coup d'arrêt à l'avancée des perspectives de l'UES a été donné par une formation solennelle de la Cour de cassation, à qui un tribunal avait demandé, conformément à la procédure d'avis prévue par les articles 1031-1 et suivants du Code de procédure civile, quelle juridiction était compétente pour reconnaître une unité économique et sociale indépendamment de tout litige portant sur l'organisation d'élections professionnelles. En répondant, de manière très explicite, dans son avis du 19 mars 2007¹⁰, qu'une telle action relevait du seul tribunal d'instance en ce qu'elle « *imposait la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées* », la Cour de cassation a marqué sa volonté de maintenir l'UES dans le cadre de la seule représentation du personnel.

Tout naturellement, en décembre 2008, lorsque la chambre sociale a été appelée à dire si une UES pouvait prétendre à la personnalité morale et se voir reconnaître la qualité d'employeur, elle a répondu, très fermement, par la négative sur ces deux points (*Cass. soc., ●●●*

4. *Cass. soc.*, 16 oct. 2001, n° 99-44.037 : *Lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe.*

5. R. de Lestang, « *La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes* », *Dr. soc.*, 1979, p. 11.

6. B. Boubli, « *Unité économique et sociale : état des lieux et souhaits de réforme* », *Semaine sociale Lamy* n° 1156 et n° 1157, p. 6.

7. G. Couturier, « *L'unité économique et sociale trente ans après* », *Semaine sociale Lamy, Suppl.* « *Les lieux du droit du travail* », dirigé par Ph. Waquet, n° 1140, p. 56.

8. B. Boubli, *précit.*

9. A. Lyon-Caen, « *L'UES sauvée de ses excès* », *précit.*

10. *Avis* n° 070005, 19 mars 2007.

Le rapport de B. Farthouat, Conseiller rapporteur, montre clairement comment la problématique a été envisagée par la Cour de cassation : « L'action en reconnaissance d'une unité économique et sociale ou en modification de son périmètre peut-elle finalement être totalement dissociée de la mise en place des institutions représentatives ? C'est en définitive de la réponse à cette question que dépend le choix entre les solutions proposées. »

●●● 16 déc. 2008, n° 07-43.875, publié au rapport annuel). L'excellent rapport de Marie-Laure Morin, Conseiller rapporteur du dossier, montre que la chambre sociale n'est pas passée à côté du débat. C'est en prenant en considération l'approche historique de la question et les débats doctrinaux sur les perspectives de l'UES que la chambre sociale a décidé de ne pas donner à l'unicité de direction, reconnue dans l'UES par rapport à une collectivité de travail, des effets directs sur les contrats individuels de travail¹¹.

Dans deux attendus séparés, l'arrêt du 16 décembre 2008 affirme donc, d'abord, que « si la reconnaissance d'une UES permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à une même collectivité de travail, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale ».

Puis, et alors même que la qualité d'employeur de l'UES avait été reconnue à cette dernière par un accord collectif signé par des organisations syndicales, elle affirme que : « Si un accord collectif reconnaissant une UES peut étendre ses effets au-delà des institutions représentatives du personnel et créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES, il ne peut faire d'une unité économique et sociale l'employeur des salariés. »

Après cet arrêt, les décisions de la Cour de cassation ont été catégoriques pour réitérer cette double position de principe. Deux décisions notables peuvent être citées à cet égard.

Dans une hypothèse qui donna lieu à un arrêt du 23 décembre 2009 (n° 07-44.200), un salarié travaillant au sein de la société Reagroup, laquelle appartenait au groupe Renault France et constituait avec d'autres sociétés dont la société Reagroup Ouest une unité économique et sociale, avait été licencié pour faute après avoir refusé une « mutation » qui lui était proposée dans une autre filiale, conformément à la clause de mobilité insérée dans son contrat. Le salarié contestait cette clause de mobilité en invoquant la jurisprudence de la Cour de cassation sur le cadre nécessairement précis des clauses de mobilité. Mais c'est par un moyen soulevé d'office que la chambre sociale dit nulle la clause de mobilité : « attendu qu'un salarié ne peut accepter par avance un changement d'em-

ployeur [...]; Que la clause de mobilité, par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle. »

Et par un arrêt du 23 juin 2010 (n° 09-60.341), la chambre sociale a par ailleurs affirmé que non seulement la requête introductive d'instance émanant d'une unité économique et sociale était irrecevable, mais qu'en outre, formée par une unité dépourvue de personnalité morale, elle ne pouvait être régularisée par l'intervention volontaire à l'instance des sociétés la composant.

Il est donc certain qu'aujourd'hui, l'unité économique et sociale n'est pas un « employeur » ni une entité juridique pouvant agir comme telle. Elle est en revanche réaffirmée comme telle au sens du droit de la représentation du personnel.

2 CE QU'EST L'UES : UN PÉRIMÈTRE EFFICIENT POUR LA REPRÉSENTATION COLLECTIVE

Dans le même temps où la chambre sociale déniait à l'UES la qualité d'employeur des salariés des entités qui la composent, et l'accès à la personnalité morale, elle ancrerait la structure dans les relations collectives de travail pour leur donner toute leur efficacité. Tant en ce qui concerne les conditions de reconnaissance d'une UES qu'en ce qui concerne les effets de cette reconnaissance, les concepts sont ceux du droit de la représentation du personnel.

► Les conditions de la reconnaissance d'une UES

Une UES peut être reconnue, en application de l'article L. 2322-4 du Code du travail et de la jurisprudence traditionnelle, soit par voie conventionnelle, soit par voie judiciaire.

- Si la voie conventionnelle a toujours été favorisée, la question clé était évidemment de savoir à quel régime devait être soumis l'accord de reconnaissance : celui des accords collectifs de droit commun ou celui des accords préélectoraux ?

Les arrêts anciens intégraient la reconnaissance de l'UES dans le régime du protocole préélectoral

11. Ce qu'avait déjà mis en avant le Professeur Savatier dans un commentaire paru à *Droit social* en 2006, p. 1065.

(*Cass. soc.*, 23 juin 1988, n° 87-60.245). Les arrêts les plus récents ont réaffirmé cette appartenance avec force. Par une décision du 31 mars 2009, la chambre sociale a même décidé que la reconnaissance de l'UES étant attachée au scrutin électoral, il s'en déduisait qu'il appartenait aux parties de définir lors de chaque scrutin la composition et le périmètre de l'unité économique et sociale (*Cass. soc.*, 31 mars 2009, n° 08-60.494). Par concordance, elle a aussi rappelé, dans un arrêt du 13 octobre 2010, que l'accord de reconnaissance d'UES était celui qui fixait le périmètre électoral. Un accord d'intéressement couvrant plusieurs entités ne vaut pas, en soi, accord de reconnaissance d'UES (*Cass. soc.*, 13 oct. 2010, n° 09-60.473).

Il appartient donc aux négociateurs du protocole préélectoral d'intégrer le périmètre électoral de l'UES – comme ils le font naturellement du périmètre électoral s'agissant de l'établissement distinct – dans le champ de la négociation. Lorsqu'aucune modification du périmètre antérieurement retenu comme cadre électoral n'est envisagée, l'ancien accord peut, bien entendu, être tacitement reconduit sur ce point. Mais, si le périmètre de l'UES est remis en cause dans son principe ou dans sa composition, les négociateurs doivent réexaminer la question.

Si l'ancrage de la reconnaissance de l'UES dans le cadre du protocole préélectoral est ainsi incontestable¹², la loi du 20 août 2008 a fait resurgir une autre question : de quelle règle de majorité dépend cette reconnaissance ?

Avant la loi de 2008, la jurisprudence exigeait l'unanimité. Mais il est vrai qu'alors toutes les clauses du protocole préélectoral étaient soumises par la loi à la règle de l'unanimité.

Depuis la loi du 20 août 2008, la règle est celle de la double majorité (en fonction des syndicats participant à la négociation mais aussi en fonction des résultats des dernières élections) fixée par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail. La reconnaissance de l'UES tombe-t-elle dans l'application de ce nouveau droit commun ? La réponse ne va pas de soi. En effet, selon certains auteurs, le rattachement de la reconnaissance de l'UES au régime du protocole préélectoral a pour raison d'être l'implication que cette reconnaissance

induit sur le nombre de collèges électoraux qui doivent être mis en place dans la structure¹³. Or la loi du 20 août 2008 semble avoir maintenu l'exigence de l'unanimité s'agissant de la modification des collèges électoraux (*C. trav.*, art. L. 2314-10 et L. 2324-12). Cette exigence continuera-t-elle dans ces conditions à s'appliquer à la reconnaissance conventionnelle d'une UES ? La jurisprudence n'a pas encore donné de réponse. Toutefois, dans un arrêt du 10 novembre 2010 (n° 09-60.451), la chambre sociale précise qu'à tout le moins, l'accord de reconnaissance d'une UES ne peut être validé que si toutes les organisations syndicales au sein des différentes entités de l'UES envisagées ont été invitées à la négociation portant sur la reconnaissance de l'UES.

- La voie judiciaire est ouverte à tout moment, à défaut d'accord. Il est alors demandé au juge d'instance de constater que les conditions de la reconnaissance d'une UES sont réunies.

L'action peut être introduite soit dans le cadre d'un processus électoral en cours, soit de manière autonome, pour obliger à ouvrir le processus électoral dans le cadre de l'UES (*Cass. soc.*, 12 sept. 2007, n° 06-60.198). Jusqu'à présent, la voie la plus simple consistait, lorsque les syndicats étaient demandeurs à la reconnaissance, à désigner un délégué syndical au niveau de l'UES, et à établir, à l'occasion de la contestation judiciaire de cette désignation par l'une ou l'autre ou toutes les structures auxquelles la désignation avait été notifiée, les fondements de l'existence de l'UES. Cette action par voie de défense à la contestation pourrait être remise en cause par la loi du 20 août 2008, dès lors que la désignation d'un délégué syndical suppose désormais qu'il soit justifié d'une audience électorale de 10 % obtenue par le syndicat, d'une part, et par le délégué syndical, d'autre part, au niveau où s'effectue la désignation. Dès lors, la désignation peut-elle encore précéder la reconnaissance du périmètre¹⁴ ?

Une seule certitude, l'absence de contestation d'un délégué syndical sur le périmètre d'une prétendue UES ne suffit pas à établir la reconnaissance d'une telle UES (*Cass. soc.*, 4 mars 2009, n° 08-60.497).

12. Rien n'empêche que la reconnaissance soit faite dans un accord collectif de droit commun, mais la clause suit le régime juridique de validité des clauses du protocole préélectoral. Sur l'ensemble de cette question, voir le « Guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux en entreprise », M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, Dalloz, 2010.

13. M. Cohen, « Le droit des comités d'entreprise », 9^e Ed., LGDJ.

14. Cette question va se poser dans les mêmes termes pour la reconnaissance d'un établissement distinct. V. « Reconnaissance d'UES par la désignation d'un délégué syndical : et si la loi du 20 août 2008 y avait mis fin ? », Ph. Rogez et I. Ayache-Revab, JSL n° 276.



► Les effets de la reconnaissance d'une UES

La reconnaissance, conventionnelle ou judiciaire, d'une UES oblige à mettre en place les institutions représentatives sur le périmètre : tel est son effet direct et constamment réaffirmé par la jurisprudence (*Cass. soc.*, 26 mai 2004, n° 02-60.935).

Toutes les institutions représentatives sont concernées par ce nouveau périmètre (comité d'entreprise, délégué du personnel, délégué syndical – la question est ouverte en revanche pour ce qui concerne le représentant de section syndicale) – à l'exception du CHSCT qui, institué dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteur d'activité¹⁵, ne se voit pas remis en cause, ni au niveau de son cadre de désignation, ni au niveau de la composition du collège désigné par la reconnaissance d'une UES (*Cass. soc.*, 16 janv. 2008, n° 06-60.286).

L'UES devient également le périmètre où se vérifie, en application du principe de concordance, la représentativité du syndicat qui souhaite exercer des prérogatives à ce niveau. De ce fait, le syndicat doit établir une audience électorale de 10 % en tenant compte de l'ensemble des suffrages obtenus au sein des différentes structures composant l'UES et, le cas échéant, en additionnant pour ce faire les suffrages des différents syndicats affiliés à une même confédération (*Cass. soc.*, 22 sept. 2010, n° 09-60.435).

La reconnaissance d'une UES ne peut cependant avoir d'effet que pour l'avenir, et elle ne peut servir de motif d'annulation d'actes antérieurs. Ce raisonnement vaut pour une demande de reconnaissance judiciaire d'une UES dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif déjà engagée, cette reconnaissance ne pouvant pas avoir pour effet d'invalider rétroactivement la procédure telle qu'elle avait été conduite par l'employeur au niveau de l'entreprise ou de l'établissement concerné par les mesures de licenciement économique envisagées (*Cass. soc.*, 16 janv. 2008, n° 06-46.313). Elle vaut, également, en cas d'invalidation d'une décision de reconnaissance judiciaire d'UES. Dans une telle hypothèse, les institutions représentatives mises en place tombent automatiquement au jour de la décision

d'annulation, mais sans que cette cessation soit rétroactive : les actes passés par les représentants de l'UES et la protection des salariés ayant exercé des mandats en son sein demeurent valables (*Cass. soc.*, 2 déc. 2008, n° 07-41.832).

3 CE QUE PEUT ÊTRE L'UES : UN PÉRIMÈTRE CONVENTIONNEL OU JUDICIAIRE DE MISE EN ŒUVRE DES DROITS COLLECTIFS

Une fois redéfini le sens de la reconnaissance d'une UES, qui ne peut être l'employeur mais qui constitue le périmètre de la représentation collective, la jurisprudence a pu, dans une dernière et récente étape, réaffiner le concept et réaffirmer sa finalité d'origine : créée pour adapter l'exercice des droits collectifs des salariés au niveau réel où s'exerce le pouvoir de décision sur l'entreprise, l'UES doit pouvoir remplir cette fonction pour l'exercice de tous les droits collectifs, et pas seulement ceux attachés à la représentation collective des travailleurs.

La jurisprudence a donc d'abord admis que les partenaires sociaux puissent, dans une certaine mesure, étendre les effets de l'UES.

Franchissant ensuite un dernier pas, elle vient d'affirmer que l'UES constitue le périmètre où les salariés peuvent faire valoir leurs droits collectifs, notamment s'agissant d'une procédure de licenciement économique collectif, lorsque le niveau de la décision est bien celui de l'UES.

► Les effets conventionnels de l'UES

Tout en ôtant tout effet à la partie de l'accord conclu au sein de l'UES AFG, dans lequel il était donné à l'UES la qualité d'employeur et dans lequel il était précisé que « *c'est sur elle que pèse au profit de salariés l'ensemble des obligations légales et conventionnelles attachées à l'exécution de leur contrat de travail* », la chambre sociale, dans son arrêt du 16 décembre 2008, a pris garde de réserver aux parties la possibilité d'étendre, par accord conventionnel, les effets de l'UES... autres que ceux conduisant à modifier, dans la relation individuelle de travail, l'employeur des salariés.

Cette possibilité avait déjà été affirmée dans un arrêt de principe du 12 juillet 2006 (n° 04-40.331) : un accord collectif emportant

15. « L'unité économique et sociale peut-elle accueillir un CHSCT? », F. Petit, *Dr. soc.*, 2008, p. 560.

reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel. Elle figure à nouveau dans l'arrêt du 16 décembre 2008 : « *si un accord collectif reconnaissant une unité économique et sociale peut étendre ses effets au-delà des institutions représentatives du personnel et créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES, il ne peut faire d'une unité économique et sociale l'employeur des salariés.* »

Bien que réitérée, la possibilité d'une extension conventionnelle est cependant, on le voit, beaucoup plus limitée dans le second arrêt : elle ne peut porter que sur les obligations à la charge des différentes entités de l'UES. Il est donc tout à fait envisageable de prévoir, dans un souci d'homogénéisation au sein d'une UES, l'extension à tous les salariés des avantages conventionnels prévus dans l'une ou l'autre des structures. Mais l'accord ne peut en aucun cas conduire à augmenter les contraintes contractuelles ou conventionnelles des salariés de l'une ou l'autre des structures.

► Inflexion du cap ou retour au concept d'origine ? L'arrêt du 16 novembre 2010

L'UES ne peut pas avoir pour conséquence de modifier les droits individuels que le salarié tient de son contrat de travail ou des conventions collectives. Mais, parce qu'elle a pour raison d'être d'appréhender les droits collectifs du salarié par rapport au véritable niveau de décision, l'UES peut servir de périmètre à d'autres droits que ceux strictement entendus de la représentation du personnel.

L'UES rentre à nouveau dans la notion d'entreprise au sens d'une « *collectivité de travailleurs placés sous une direction unique* »¹⁶. La Cour de cassation prend en compte la réalité du niveau de décision : l'unité économique et sociale est désormais souvent, à l'instar du groupe, un périmètre permettant une centralisation des décisions économiques, répercutées ensuite au niveau des structures qui la composent. Comme pour le cadre de mise en place des institutions représentatives du personnel, avant les années soixante-dix, la division en entreprises juridiquement distinctes ne doit

pas fictivement dissocier niveau de décision et niveau de mise en place des droits de la collectivité des salariés.

Dans un arrêt du 28 janvier 2009 (n° 07-45.481), la chambre sociale avait paru écarter cette réalité. Saisie par un salarié, licencié économique à titre individuel d'une fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles, d'une demande d'invalidation de son licenciement au motif que celui-ci devait respecter la procédure prévue dans les entreprises de plus de 50 salariés au regard de l'effectif total de l'UES à laquelle était intégrée sa fédération, la Cour de cassation avait répondu de manière ferme que, s'agissant de l'application des dispositions du Code du travail sur le licenciement économique, l'UES n'était pas l'entreprise puisqu'elle n'était pas l'employeur, et que par conséquent « *l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan* ».

Mais en 2010, la chambre sociale a été saisie de la même question, présentée sous un angle totalement différent (Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-69.485).

En juillet 2007, un projet de licenciement collectif concernant 8 salariés d'une société de 20 salariés, incluse dans une UES, était soumis au comité d'entreprise de l'UES pour donner lieu au mois d'août au licenciement des salariés concernés. Et quelques mois plus tard, un nouveau projet de licenciement des 12 salariés restant dans la même société était soumis au comité d'entreprise de l'UES.

Mettant en avant, d'une part, le fait que la décision avait été prise au niveau de l'UES, et qu'il convenait donc de vérifier le seuil d'effectif rendant obligatoire l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi à ce niveau, et, d'autre part, que l'échelonnement à quelques mois d'intervalle de licenciements économiques montrait une volonté frauduleuse d'échapper à la législation sur les licenciements collectifs dans les entreprises de plus de 50 salariés, les salariés licenciés ont demandé l'annulation de leur licenciement.

16. A. Supiot, « *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* », RTD, com. 1985, p. 621.



●●● La Cour de cassation leur donne raison sur les deux points.

Tout en rappelant l'attendu de principe de l'arrêt du 28 janvier 2009, selon lequel les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur, elle annonce une exception majeure : il en va autrement lorsque, dans le cadre d'une UES, la décision a été prise au niveau de cette UES. Ce qui était le cas en l'espèce, puisque les licenciements économiques avaient été décidés au niveau de « *la direction commune* » des entreprises de l'UES et d'ailleurs soumis au comité d'entreprise de celle-ci. Approuvant par ailleurs la cour d'appel d'avoir constaté que la succession dans le temps des licenciements constituait une fraude destinée à rester en dessous des seuils, la chambre sociale en conclut, comme la cour d'appel, que les licenciements auraient dû donner lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

C'est une inflexion considérable qu'admet ainsi la chambre sociale à sa définition resserrée des effets de l'UES, afin de tenir compte des réalités économiques. Certes, la théorie des co-employeurs, jusque-là seule issue pour dépasser le cadre de la seule entreprise, permettait en effet de répondre à des situations de mélange des décisions¹⁷. Mais elle ne résolvait pas les cas, bien plus fréquents, où la décision de licencier plusieurs salariés était prise, pour les différentes structures de l'UES, au niveau supérieur, tout en demeurant fictivement soumise à un examen de validité entreprise par entreprise.

Cette porte réouverte doit être maniée avec prudence. Elle suppose que soient réunies certaines conditions, et notamment l'existence d'une décision à un niveau supérieur à celui de la structure de base. L'employeur reste cette structure, la responsabilité du licenciement lui incombe, mais la division en structures distinctes ne doit pas servir à écarter les règles sur les seuils d'effectifs et de nombre de licenciements, dès lors que la décision de licenciement a elle-même fait fi de ces frontières. Nul doute que cet arrêt devrait avoir une importance considérable dans l'ordre juridique.

CONCLUSION : L'ÉVOLUTION EST-ELLE TERMINÉE ?

La jurisprudence de la Cour de cassation semble avoir atteint, avec ce dernier arrêt du 16 novembre 2010, un seuil d'équilibre qui devrait rester stable. Mais il lui reste des réponses à apporter à des questions techniques que l'arrêt du 16 novembre fera resurgir avec plus de vigueur encore : qui peut demander la reconnaissance d'une UES ? Quelle nature juridique au jugement reconnaissant l'existence d'une UES ?

Sur cette seconde question, plusieurs auteurs se sont interrogés sur les lignes séparant le jugement de reconnaissance d'une UES, en dernier ressort lorsqu'il est rendu en matière électorale, en premier ressort s'il l'est de manière autonome¹⁸. Il est probable que la réponse viendra du décret actuellement soumis à consultation prévoyant l'ouverture de l'appel pour toutes les décisions prises en matière électorale.

La première question est bien plus délicate. Si, dans certaines circonstances, la reconnaissance d'une UES peut avoir des effets autres qu'électoraux, un salarié, individuellement, peut-il demander une telle reconnaissance qui, conformément au droit commun, n'aura d'effet relatif qu'à son égard ? La chambre sociale n'a pas pu répondre à cette question dans un autre arrêt du 16 novembre 2010, dans lequel une salariée avait saisi le conseil de prud'hommes pour que soit reconnue l'existence d'une UES afin d'en tirer toutes conséquences utiles dans le cadre du licenciement économique dont elle avait fait l'objet. Constatant que le licenciement était déjà intervenu et que la salariée avait quitté l'entreprise, la chambre sociale s'est contentée de lui répondre que « *la reconnaissance judiciaire d'une UES ne peut être demandée par une personne étrangère à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation* » (Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-60.555). Mais un jour où l'autre, il lui faudra apporter une réponse plus directe. En tranchant pour cela entre des paramètres fortement antagonistes. ■

17. « *Notions d'unité économique et sociale et de co-employeurs* », P. Darves Bornoz, *Dr. ouvr.* 2009, p. 309.

18. « *Quel juge pour le contentieux de l'UES ?* », F. Champeaux, *Semaine sociale Lamy précit.*

1305 La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel

Laurence PÉCAUT-RIVOLIER,
conseiller référendaire à la Cour de cassation

La notion d'établissement distinct est une notion clé pour la représentation du personnel, puisqu'elle constitue le périmètre de mise en place des différentes institutions représentatives. Jusqu'à la loi de 2008, la notion était purement fonctionnelle, en fonction des institutions représentatives en cause. Mais, en faisant dépendre la représentativité des organisations syndicales des résultats des élections des membres du comité d'établissement, la loi de 2008 a amené la jurisprudence, en application du principe de concordance, à considérer que ce même périmètre était celui dans lequel le syndicat reconnu représentatif pouvait exercer ses prérogatives, notamment la désignation du délégué syndical. Cette unification des périmètres d'établissement distinct entraîne des conséquences importantes, certaines positives, d'autres posant des difficultés que le législateur ou le juge devront résoudre.

1 - L'établissement est la « réunion de plusieurs personnes travaillant ensemble, d'une manière permanente, en un lieu déterminé, sous la direction d'un ou de plusieurs représentants d'une même raison sociale ». Cette définition, issue de l'instruction ministérielle du 13 février 1896, montre que la notion d'établissement distinct est depuis bien longtemps la base de l'organisation sociale en entreprise, et qu'elle en est un élément essentiel. Sa longévité et sa constance sont liées probablement à la conception immédiatement utilitaire qu'en a eue le droit social : il est le périmètre qui permet d'appréhender le mieux et le plus directement le fonctionnement social de l'entreprise. En cela, il a nécessairement en droit de la représentation du personnel, ainsi que l'affirme la jurisprudence depuis de très longues années, un « caractère à la fois fonctionnel et relatif ». Relatif, dans la mesure où il n'a lieu d'être reconnu que s'il est utile à l'exercice normal des fonctions représentatives. Fonctionnel, en ce que, découpage électoral, il dépend de l'institution représentative du personnel à mettre en place. La souplesse voulue de ce périmètre a parfois été dénoncée comme source importante de complication, les périmètres d'établissement distinct pouvant ainsi se superposer au sein d'une même entreprise. S'y est ajouté un élément de complexification supplémentaire lié au partage des compétences dans ce domaine : administrative, s'agissant du périmètre électoral de l'établissement distinct, judiciaire s'agissant du périmètre syndical de l'établissement distinct.

2 - Mais quelles que soient les critiques sur la complexité ou les trop grandes incertitudes du périmètre, les jurisprudences étaient relativement bien établies et nul n'imaginait qu'il puisse en être autrement. Surtout pas d'ailleurs les négociateurs de la position commune et le législateur de 2008.

Et pourtant, la loi du 20 août 2008 a bouleversé les notions fondant les concepts existants. En faisant le choix d'adosser la représen-

tativité syndicale au score électoral obtenu lors des élections des membres du comité d'établissement ou d'entreprise, la loi a induit des évolutions aussi imprévues que majeures. C'est sur ces évolutions que la présente contribution se propose de réfléchir, en trois parties successives : l'unification des périmètres, l'unification des compétences, la nouvelle place des partenaires sociaux dans la détermination du périmètre, pour terminer sur une quatrième partie, portant sur le périmètre du CHSCT, et les questions en suspens à cet égard.

1. La réunification des périmètres

3 - Jusqu'alors, la notion d'établissement distinct, dès lors qu'elle était fonctionnelle, faisait cohabiter trois définitions différentes :

- s'agissant des délégués du personnel, l'établissement est le regroupement de onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques, et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur les revendications ;

- s'agissant du comité d'établissement, le critère essentiel retenu par la jurisprudence administrative est celui de l'existence d'un représentant de l'employeur et de l'autonomie de l'établissement ;

- s'agissant enfin des délégués syndicaux, la Cour de cassation admettait traditionnellement que constituait un établissement distinct « le regroupement d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des revendications communes et spécifiques et travaillant sous

la direction d'un représentant de l'employeur, peu important qu'il ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications »¹

Or, la loi du 20 août 2008 a rattaché directement l'établissement de la représentativité aux élections des membres du comité d'entreprise. La désignation d'un délégué syndical nécessitant que le syndicat ait établi sa représentativité au niveau du périmètre où s'effectue la désignation, le principe de concordance conduisait directement à la conséquence suivante : le périmètre d'appréciation de la représentativité correspond au périmètre d'exercice des prérogatives représentatives, donc le périmètre de désignation du délégué syndical correspond au périmètre de mise en place du comité d'entreprise.

Revenons un instant sur les étapes de ce raisonnement pour voir si d'autres solutions pouvaient être envisagées.

4 - Tout a commencé par l'interprétation des termes « à défaut » mentionnés dans l'article L. 2122-1 du Code du travail : « sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel ». Pouvait-on considérer, comme l'invoquaient certaines organisations syndicales, que l'expression « à défaut » devait se comprendre comme posant une alternative et non une subsidiarité ? Ni dans sa définition de droit commun (« à défaut : en l'absence de », assène Le Petit Robert), ni dans sa définition juridique (« à défaut d'accord des parties... »), l'expression employée n'autorise une telle acception. La chambre sociale a donc constaté, par un arrêt du 13 juillet 2010², qu'il résultait de l'article L. 2121-1 du Code du travail que l'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel « ne peut être prise en compte, pour apprécier leur représentativité, que s'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections aux comités d'entreprise ou à la délégation unique du personnel permettant de mesurer cette audience ».

5 - Dès lors que les élections des membres du comité d'entreprise étaient considérées comme la référence de principe pour la détermination de la représentativité syndicale, pouvait-on maintenir un périmètre de désignation du délégué syndical qui soit autonome ?

Certes, comme l'ont fait valoir les organisations syndicales lors d'auditions qu'a menées la chambre sociale sur ce sujet dont elle avait largement conscience de l'importance et des enjeux³, on aurait pu imaginer que la désignation d'un délégué syndical pouvait s'effectuer à un niveau inférieur à celui où était déterminée la représentativité de l'organisation syndicale à l'origine de la désignation.

Pour cela, deux sous-systèmes auraient été alors envisageables :

- soit revenir, dans cette situation particulière, à une représentativité descendante permettant de considérer que tout syndicat représentatif au niveau du périmètre de l'établissement distinct au sens du comité d'établissement était nécessairement représentatif au niveau de périmètres d'établissements distincts inclus dans le premier ;

- soit trouver un moyen de déterminer la représentativité de l'organisation syndicale dans le sous-périmètre de désignation du délégué syndical.

Mais la première solution posait un problème insoluble en termes de négociation collective, celui-là même auquel la loi du 20 août 2008 avait voulu mettre fin.

En effet, si la négociation s'effectuait par établissement et que la représentativité sur le périmètre de négociation était contestable, la légitimité des syndicats signataires ne serait pas assurée.

La seconde solution nécessiterait que puissent être déterminés avec certitude les suffrages recueillis spécifiquement par les organisations syndicales sur le périmètre de désignation du délégué syndical. Or, le système de recueil des suffrages n'est pas actuellement conçu pour permettre une détermination différenciée.

6 - La solution très ferme qui a été décidée par la chambre sociale dans son arrêt du 18 mai 2011⁴, qui affirme que « sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement » présente cependant deux inconvénients majeurs. D'une part, elle conduit mécaniquement à une diminution du nombre de délégués syndicaux, puisque, désignés sur des périmètres plus larges, ils seront nécessairement en nombre moindre, même si ce nombre dépend de l'effectif de l'établissement. Une telle diminution n'était souhaitée par personne.

D'autre part, elle comporte un risque très important d'éloignement géographique pour le délégué syndical, désigné sur le périmètre parfois très vaste du comité d'établissement, rendant bien plus complexe le travail de terrain, qui est aussi intrinsèquement dans sa mission. Comme le rappelle un auteur, dans la mission, du délégué syndical, revendications et négociation sont inséparables⁵.

Ce second inconvénient se vérifie surtout dans les très grandes entreprises. Sera-t-il compensé par une capacité plus importante du délégué syndical à s'imposer comme interlocuteur du chef d'entreprise ou de son représentant, en étant désigné au même niveau que celui-ci ? Cet argument laisse manifestement sceptiques les représentants syndicaux.

7 - Plusieurs pistes sont actuellement à l'étude afin de rechercher comment apporter à la solution de l'arrêt du 18 mai 2011 des modulations permettant aux délégués syndicaux de continuer à exercer leur double mission de négociateur et de représentants de proximité. Si le législateur n'intervient pas pour influencer sur le périmètre d'appréciation de la représentativité, une réflexion pourrait peut-être être engagée sur la notion de périmètre d'établissement distinct s'agissant de la mise en place du comité d'établissement. La définition juridique actuelle repose pour une bonne part sur la notion d'autonomie caractérisée essentiellement par la présence d'un véritable représentant de l'employeur décisionnaire au sein du périmètre⁶. De ce fait, sa détermination dépend en grande partie du choix de l'employeur. Une définition reposant plus largement sur la notion de communauté de travail pourrait permettre d'éviter certains écueils tenant au choix de l'employeur de maintenir les institutions représentatives du personnel dans un périmètre trop important.

Par ailleurs, un trop grand éloignement géographique des différents sites inclus dans le périmètre du comité d'établissement pourrait influencer sur la détermination du périmètre de désignation du délégué syndical.

1. Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 03-60.461 : JurisData n° 2004-026211.

2. Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 : Bull. civ. 2010, V, n° 176 ; JurisData n° 2010-011646 ; JCP S 2010, 1402, note B. Gauriau.

3. V. par ex., P. Rennes, *Le cadre de désignation des délégués syndicaux, une combinaison téléologique* : Droit ouvrier 2011, n° 577. – V. égal., M.-L. Morin, *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical* : Semaine sociale Lamy 2012, n° 1524, p. 4.

4. Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383 : Bull. civ. 2011, V, n° 120 ; JCP S 2011, 1314, note L. Dauxerre ; JCP G 2011, act. 693, G. Dedessus-Le-Moustier ; RJS 2011, p. 567 ; RDT 2011, p. 419, note G. Borenfreund ; Dr. soc. 2011, p. 1005, obs. F. Petit.

5. Ph. Masson, *Cadre de désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité* : Semaine sociale Lamy 2011, suppl. n° 1504, p. 91.

6. CE, 27 mars 1996, n° 155791, Min. Équipement, des transports et du tourisme et RATP : JurisData n° 1996-050069.

2. La réunification des compétences... sauf

8 - La réunification des compétences est directement en lien avec l'arrêt précité du 18 mai 2011. Pendant longtemps, la compétence était judiciaire pour la détermination du périmètre de l'établissement distinct des délégués syndicaux et des délégués du personnel, et administrative pour la mise en place du comité d'établissement.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 2005⁷ a transféré à l'autorité administrative le soin de décider, à l'occasion des élections des délégués du personnel, et à défaut de protocole préélectoral sur ce point, du périmètre d'élection des délégués du personnel.

S'agissant des délégués du personnel, la compétence que s'était reconnue la juridiction judiciaire ne résultait d'aucun texte. Mais, parce que le juge judiciaire a compétence pour apprécier la validité de la désignation d'un délégué syndical, il l'était donc, dans le silence des textes, pour apprécier si cette désignation s'était faite sur un périmètre légitime⁸.

Le rapprochement entre le périmètre d'élection des membres du comité d'entreprise et le périmètre de désignation du délégué syndical a pour effet mécanique de transférer à l'autorité administrative la compétence générale. C'est en effet au moment de l'élection des membres du comité d'entreprise que l'autorité administrative, éventuellement saisie en l'absence de protocole électoral valide, décidera du périmètre de l'élection. Et le juge d'instance, ultérieurement saisi de la question de la validité de la désignation du délégué syndical, n'aura plus en charge que la vérification de ce que cette désignation s'est bien effectuée sur le périmètre déterminé par le protocole préélectoral ou par l'autorité administrative.

Cette compétence unique constitue à l'évidence une évolution positive, tant la répartition d'un même contentieux entre deux ordres de juridiction même lorsque ces dernières tentent de simplifier et d'unifier le plus possible les règles de résolution des litiges, peut être source de discussions⁹.

Cette unification comporte cependant deux exceptions :

- le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur la validité d'un accord préélectoral ; c'est donc lui qui interviendra pour dire si l'accord préélectoral, en ce qu'il définit le périmètre de mise en place des institutions représentatives élues, et par conséquent de désignation du délégué syndical, est régulier¹⁰ ;

- le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur la validité des accords collectifs décidant, comme l'autorise l'arrêt du 18 mai 2011, de fixer des périmètres de désignation des délégués syndicaux différents de celui du comité d'établissement. Le juge judiciaire devra donc notamment vérifier que l'accord comporte bien une dérogation quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux et que l'application qui en est faite est conforme.

Une question d'interprétation se pose nécessairement pour les accords conclus avant le 20 août 2008. Selon la jurisprudence constante, un accord, conforme au moment où il a été signé à la législation alors en vigueur, ne peut valoir dérogation à une loi ultérieure modifiant les normes applicables¹¹. Ce qui ne veut pas dire qu'aucun accord antérieur à 2008 ne peut contenir une véritable dé-

rogation aux règles résultant de l'application de la loi du 20 août 2008, bien au contraire. Un accord, tels ceux qui existent déjà dans de nombreuses entreprises¹², qui indique expressément que le périmètre de désignation des délégués syndicaux est un périmètre différent de celui dans lequel est mis en place le comité d'établissement sera pris en considération. La chambre sociale est actuellement saisie d'un pourvoi posant la question de l'interprétation d'un accord prévoyant la possibilité de désigner un délégué syndical au sein de tout établissement, même si ce dernier comprend moins de 50 salariés. Comment un tel accord, déjà dérogatoire et admis comme tel à la législation antérieure, peut-il s'intégrer dans le nouveau paysage représentatif ?

Par ailleurs, l'accord collectif doit prévoir une véritable dérogation, et non contenir une simple recommandation¹³.

En définitive, c'est là que réside le tournant majeur du nouveau dispositif, qui met bien plus qu'auparavant entre les mains des partenaires sociaux la détermination des règles de délimitation des établissements distincts.

3. La force prépondérante des partenaires sociaux en matière de détermination de l'établissement distinct.

9 - Avec la législation actuelle, on retrouve, ce qui est en définitive assez logique, une vraie force prépondérante des partenaires sociaux dans la détermination du découpage électoral et représentatif. Elle s'exprime à deux points de vue : d'abord au niveau de l'accord collectif de droit commun, au niveau de l'accord préélectoral ensuite.

10 - Au niveau de l'accord collectif de droit commun, d'une part, parce que c'est à l'accord collectif que la jurisprudence renvoie le soin de déroger, si nécessaire, à la superposition des périmètres comité d'établissement et délégué syndical ; dans la négociation, ce sera donc probablement un élément important que celui de savoir à quel niveau situer les établissements distincts en vue de la désignation des délégués syndicaux, si on souhaite qu'ils soient à un niveau inférieur à celui du comité d'établissement. Certes, la négociation est soumise à un équilibre qui fait dépendre le choix du périmètre de l'accord d'un ou plusieurs syndicats ayant recueilli ensemble au moins 30 % des suffrages aux dernières élections, mais surtout de l'accord de l'employeur. En effet, si l'employeur est dans l'obligation de négocier, dans le cadre du protocole préélectoral, s'agissant du périmètre de l'établissement distinct pour les délégués du personnel et le comité d'établissement, la négociation autour d'un accord dérogatoire pour le périmètre de l'établissement distinct des délégués du personnel est une simple faculté. Ce qui a conduit certains auteurs à préconiser que, dans ce contexte, il soit créé une obligation de négocier sur la division de l'entreprise et le nombre de délégués syndicaux, afin que l'employeur ne puisse pas subordonner une telle négociation à l'accord des syndicats sur d'autres points¹⁴. Une telle obligation constituerait à l'évidence une avancée importante, qui, dans le droit fil de la loi du 20 août 2008, conférerait aux partenaires sociaux un rôle déterminant tout en les autorisant à tenir compte des particularités de leur entreprise.

11 - Au niveau de l'accord préélectoral. – Jusqu'à présent, l'accord préélectoral était soumis à la condition de l'unanimité. La caracté-

7. Ord. n° 2005-1478, 1^{er} déc. 2005 : JO 2 déc. 2005, p.18641.

8. Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 09-60.162.

9. L. Pécaut-Rivolier, *Le droit du travail, un contentieux éclaté in Les 13 paradoxes du droit du travail : Semaine sociale Lamy 2011*, n° spéc. n° 1500, ??????.

10. Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-60.483 : *JurisData* n° 2011-002609 ; *Bull. civ.* 2011, V, n° 67 ; *RJS* 2011, n° 433 ; *JCP S* 2011, 1217, note E. Jeansen ; *RDT* 2011, *chron.* p. 326, note I. Odoul-Asorey.

11. Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 07-60.041 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 187, en l'espèce, la question était celle de la possibilité de déroger par accord collectif à la durée des mandats, passée de deux ans à quatre ans.

12. À la SNCF, par exemple, Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-72.856 : *JurisData* n° 2010-020684 ; *Bull. civ.* 2010, V, n° 257.

13. Cass. soc., 15 juin 2011, n° 10-20.761 : *JurisData* n° 2011-011683 ; *Bull. civ.* 2011, V, n° 159 ; *JCP S* 2011, 1366, note Y. Pagnerre.

14. M.-L. Morin, *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical*, préc. note 3.

térisation de l'établissement pouvait donc être remise en cause au regard des critères jurisprudentiels dès que cette unanimité n'était pas atteinte.

Depuis la loi du 20 août 2008, la détermination du périmètre de l'établissement distinct, qui fait naturellement partie du protocole préélectoral, est soumise, comme les autres dispositions, à la condition de la double majorité prévue par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail. Si cette condition est atteinte, le protocole est valide, et dans ce cas, « il ne peut être contesté devant le juge judiciaire qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral »¹⁵. Dans le cadre du protocole préélectoral, comme dans le cadre de l'accord collectif, les parties ont ainsi un choix qui peut s'offrir à elles de rechercher des périmètres d'établissement distincts sans être tenues par le respect des définitions jurisprudentielles qui s'appliquent lorsque la détermination de l'établissement distinct est le fait de l'autorité administrative ou du juge judiciaire. Les négociateurs peuvent alors librement rechercher la solution qui s'adapte le mieux à la situation concrète de l'entreprise, et dans ce cadre, la définition fonctionnelle de l'établissement distinct reprend sa pleine lumière.

4. Et le périmètre du CHSCT ?

12 - La détermination du périmètre du CHSCT est source de peu de commentaires¹⁶, mais d'importants litiges. Aucun texte ne précise le périmètre d'implantation du CHSCT. L'article L. 4611-1 du Code du travail parle d'« établissement », mais sans qu'on sache s'il s'agit d'une notion équivalente à celle prévalant pour d'autres institutions représentant ou d'une notion autonome. La jurisprudence semble clairement considérer que le cadre de mise en place du CHSCT est celui de l'établissement distinct, au sens du comité d'établissement. Un CHSCT doit donc être créé pour tout établissement dans lequel doit être mis en place un comité d'établissement. La décision portant sur le périmètre de l'établissement distinct pour les élections du comité d'établissement détermine donc aussi l'implantation du CHSCT.

Mais s'y ajoute une possibilité de sous-découpage : « le comité d'hygiène et de sécurité est institué en application de l'article L. 4611-1 du Code du travail dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteurs d'activité au sein de l'établissement »¹⁷. Comment cependant déterminer ce périmètre par secteurs d'activité ? Une chose est certaine, ce périmètre doit être inclus à l'intérieur d'un établissement distinct, il ne peut être transversal à plusieurs établissements distincts¹⁸. Et le périmètre ne dépend pas de la géographie des lieux. Enfin et surtout, l'institution de CHSCT en fonction des secteurs d'activité ne doit en aucun cas conduire à laisser certains sala-

riés, dont l'activité serait répandue au niveau de l'entreprise sans représentation au niveau du CHSCT.

13 - Mais qui prend la décision de créer plusieurs CHSCT au sein d'un établissement distinct ? L'article L. 4613-4 du Code du travail répond à cette question, mais seulement si l'établissement comprend plus de 500 salariés. Dans ce cas, il doit y avoir accord entre le comité d'entreprise et l'employeur. À défaut, la décision concernant le nombre de CHSCT et les caractéristiques de leurs champs de compétence appartient à l'inspecteur du travail. Un accord collectif ne peut se substituer à cette double compétence¹⁹.

Mais si l'établissement comprend moins de 500 salariés, aucune disposition spécifique n'est prévue. On peut penser que dans ce cas, seul un accord collectif pourrait prévoir la mise en place de CHSCT par secteur d'activité à l'intérieur du périmètre de l'établissement distinct.

14 - Se pose cependant également la question du corps électoral. Lorsqu'il n'existe qu'un CHSCT unique au sein d'un établissement, ce sont l'ensemble des élus titulaires au sein de l'établissement, membres du comité d'entreprise mais aussi délégués du personnel, qui composent le corps électoral. Lorsqu'il existe plusieurs CHSCT au sein d'un même établissement, la jurisprudence considère que c'est également l'ensemble des élus du périmètre du comité d'établissement qui participent au scrutin. Même si cette règle s'explique par la difficulté qu'il peut y avoir à répartir les élus selon leur secteur d'activité ou celui des salariés qu'ils représentent, son application pose évidemment un problème de concordance entre le corps électoral et le périmètre de représentation du CHSCT. Ce d'autant plus que la chambre sociale a précisé qu'il en allait de même lorsque le secteur d'activité du CHSCT coïncidait avec un périmètre géographique²⁰. Des élus d'un site parfois éloigné sont ainsi électeurs pour un CHSCT qui ne les concerne pas.

Le CHSCT, à l'évidence, mériterait une réflexion d'ensemble sur les conditions de sa mise en place et de la désignation de ses membres.

15 - L'établissement distinct est la notion clé du domaine de la représentation du personnel. Parce qu'elle irrigue toutes les conditions de cette représentation, il importe que la notion, tout en restant souple et adaptable, soit appréhendée de telle sorte que sa détermination ne puisse pas résulter exclusivement des choix de l'employeur, ni d'ailleurs de ceux des organisations syndicales, mais de la réalité de l'entreprise et de ses besoins. C'est en travaillant sur cet équilibre que l'on peut parvenir, après la loi du 20 août 2008, aux solutions les plus conformes à l'intérêt des salariés.

MOTS-CLÉS : *Institutions représentatives du personnel - Mise en place - Périmètre d'implantation - Entreprise à établissements distincts CHSCT - Mise en place - Périmètre d'implantation - Entreprise à établissements distincts*

TEXTES : *L. n° 2008-789, 20 août 2008*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, Fasc. 12-35, par Bernard Gauriau ; Fasc. 13-10, par Bernard Bossu*

15. Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035 : *JurisData* n° 2011-021018 ; *JCP S* 2012, 1125, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP G* 2011, act. 1165, N. Dedessus-Le-Moustier ; *RDT* 2011, act. n° 608, p. 610, note F. Guiomard ; *RJS* 2011, n° 1004 ; *Dr. soc.* 2011, p. 1313, note F. Petit.

16. J.-B. Cottin, *Le CHSCT : Lamy Axe droit*.

17. Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-60.438 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 157 ; *JCP S* 2009, 1483, note J.-B. Cottin.

18. Cass. soc., 17 juin 2009, préc. note 17.

19. Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-60.219 : *JCP S* 2011, 1508, note J.-B. Cottin ; *RJS* 2011, n° 986.

20. Cass. soc., 8 déc. 2010, n° 10-60.087 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 286 ; *Dr. soc.* 2011, p. 227, obs. F. Petit ; *RJS* 2011, n° 163 ; *JCP S* 2011, 1111, note J.-B. Cottin.

Droit social 2017 p.833

Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé

Étienne Pataut, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) - IRJS

L'essentiel

Les règles nouvelles relatives au devoir des vigilances des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre participent d'un mouvement visant à contourner le double cloisonnement des personnalités morales et des ordres juridiques. Elles ne font toutefois pas disparaître les difficultés de droit international privé et, à cet égard, la difficile articulation avec la loi de la société et la loi du délit incite à imaginer la création d'une nouvelle catégorie de conflit de lois, propre à la responsabilité sociale des entreprises.

Le nouveau devoir de vigilance ne se comprend guère s'il est fait abstraction de l'environnement international dans lequel se meuvent les sociétés aujourd'hui. Voilà beau temps en effet qu'est dénoncé l'effet délétère du double cloisonnement des entreprises : celui des personnalités morales et celui des ordres juridiques (1). L'ouverture progressive des frontières à la libre circulation des biens, des services et des capitaux, et les progrès de l'autonomie de la volonté qui l'ont accompagnée, ont en effet permis la multiplication de comportements opportunistes de la part des entreprises. Il est aujourd'hui à la fois possible et aisé de s'abriter derrière l'autonomie des sociétés et l'indépendance des ordres juridiques étatiques pour organiser une manière d'irresponsabilité des véritables donneurs d'ordre et consacrer ainsi une séparation nette entre le pouvoir de décider et la responsabilité découlant des décisions prises.

Une telle situation est socialement difficilement acceptable. En témoignent avec force quelques exemples particulièrement choquants, au premier rang desquels l'effondrement du Rana Plaza en 2013 ou le naufrage de l'Erika en 1999, illustrations caricaturales d'impunité organisée et puissants aiguillons pour l'adoption de règles plus contraignantes.

La volonté de sortir du double cloisonnement des personnes morales et des ordres juridiques est de ce fait aujourd'hui tout à fait explicite dans nombre de domaines, tant en droit interne qu'en droit international.

Ce puissant mouvement en faveur de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) a conduit à essayer de créer des obligations relatives à une entreprise multinationale en tenant compte non seulement des sociétés qui la composent, mais encore d'autres acteurs, notamment les sous-traitants, qui forment la chaîne de valeur économique de la production. Aussi de nombreux textes, relevant pour l'essentiel de la *soft law*, tendent-ils aujourd'hui à imposer aux entreprises d'importantes obligations en la matière (2). L'Union européenne n'est pas en reste, notamment depuis l'adoption de l'importante directive n° 2014/95/UE (3), qui pose des règles particulières de révélation d'informations non financières applicables à toutes les sociétés et à tous les groupes de sociétés qui relèvent du territoire des États membres. Le droit interne, enfin, ajoute lui aussi sa pierre à cette construction, par l'accumulation de textes particuliers, de droit fiscal, de droit du travail, de droit pénal ou de droit des sociétés, visant eux aussi à tenir compte de l'environnement économique de l'entreprise. À cet égard, la loi française du 27 mars 2017 intervient à la suite de nombreux autres textes tentant, avec plus ou moins de bonheur, d'imposer des obligations aux sociétés dépassant leur seule personnalité morale.

Mais, aussi importantes soient-elles, ces règles nouvelles ne font pas disparaître les difficultés de droit international privé (4). D'une part les règles de *soft law* supposent d'inventer de nouvelles formes d'applicabilité internationale du droit, encore inconnues aujourd'hui ; d'autre part, qu'elles soient nationales ou européennes, les règles de *hard law* ne peuvent s'appliquer qu'aux sociétés qui relèvent d'une façon ou d'une autre de la loi d'un État. La question de l'applicabilité des règles en cause ne disparaît donc nullement par la seule grâce de l'intervention législative, fût-elle européenne. La herse de fer qui sépare les ordres juridiques les uns des autres reste baissée et la règle de conflit de lois reste encore la technique principale de rattachement, avec ses qualités mais aussi ses défauts, dont le principal - ne permettre le rattachement qu'à un seul ordre juridique - reste indépassable.

La loi française du 27 mars 2017 en témoigne, qui pose d'importantes difficultés de droit international privé. Celui, tout d'abord, sur lequel on passera rapidement, de la compétence juridictionnelle (I). Ceux, beaucoup plus aigus, de conflit de lois, tant l'articulation avec la loi de la société, d'une part (II), et la loi du délit, d'autre part (III), recèle de chausse-trappes. Ce sont ces difficultés qui convainquent qu'il faudrait sans doute aujourd'hui réfléchir à une catégorie particulière de conflit de lois, englobant *soft* et *hard law* et spécifique à la RSE. Le chemin, pourtant, sera long et semé d'embûches.

I. - L'action : compétence juridictionnelle

La loi du 27 mars 2017 ne comporte aucune disposition particulière visant à modifier la compétence internationale. Dès lors, en cas de violation des dispositions de celle-ci, ce sont bien les règles habituelles qui trouveront à s'appliquer (5).

S'il faut néanmoins en dire un mot, c'est simplement pour souligner combien les dispositions substantielles de la loi pourront servir d'argument à un fort mouvement de décloisonnement aujourd'hui à l'oeuvre en matière de compétence internationale. Plusieurs exemples montrent en effet qu'une évolution est en cours en matière procédurale, permettant de recréer une unité judiciaire qui calquerait l'unité économique de l'entreprise.

Dans l'Union européenne, une telle compétence passe nécessairement par le canal du règlement (UE) n° 1215/2012, dit Bruxelles I (6), qui unifie les règles de compétence internationale en matières civile et commerciale. Ce règlement permet l'attraction sur le territoire d'un État membre des éventuels litiges concernant les activités d'une société. À cet égard, il faut souligner le rôle particulièrement important de la règle fondamentale du règlement, celle de l'article 4 posant le principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur.

Cette disposition est aujourd'hui si universellement admise en Europe que l'on oublie qu'elle peut encore jouer un rôle fondamental en matière de RSE (7). L'un des enjeux en la matière est en effet d'attirer devant les États du Nord les sociétés mères qui laissent perdurer, par le biais de leurs filiales, des pratiques susceptibles de violer les « droits humains et les libertés fondamentales » au sens de la loi du 27 mars (8). À cet égard, la simplicité et le caractère mécanique de l'article 4 permettent de garantir qu'un tribunal européen pourra connaître du litige.

La compétence du domicile du défendeur est d'autant plus importante qu'elle est susceptible d'être étendue aux autres codéfendeurs, et notamment aux filiales de la société française visées par la loi, que ceux-ci soient domiciliés en Europe (règl. Bruxelles I, art. 8 § 1) ou hors d'Europe (par extension à l'ordre international de l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile).

En liant dans son champ d'application même la société mère et ses filiales, la loi française sur le devoir de vigilance incite fortement à donner toute son ampleur à la compétence des codéfendeurs et donc à attirer devant le for français l'ensemble des acteurs de l'obligation de vigilance désormais imposée par le droit français. On connaît la difficulté posée par l'établissement du lien de causalité entre l'absence de plan de vigilance et la responsabilité (9). Il ne fait guère de doute que la possibilité d'attirer l'ensemble des acteurs devant le même tribunal est un important facteur de simplification et donc d'efficacité du contentieux (10).

II. - L'acteur : devoir de vigilance et loi de la société

Le nouvel article L. 225-102-4 du code de commerce impose une série d'obligations à la société « qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger ».

La *ratio legis* est claire. Il s'agit de faire peser sur les groupes de sociétés, nationaux et internationaux, une nouvelle obligation, au-delà de la séparation en personnes morales distinctes. En ce sens, la loi française participe bien de ce mouvement d'ensemble visant à tenir compte de la réalité économique du groupe, sans s'arrêter aux frontières des personnalités juridiques. L'objectif est d'autant plus louable que la volonté est ici clairement de ne pas non plus s'arrêter aux frontières de l'État puisque les groupes internationaux dont les filiales sont situées à l'étranger sont directement visés.

Mais si l'objectif est clair, la rédaction, elle, est d'une ambiguïté qui ouvre la voie à de nombreuses et complexes discussions de droit international privé, qui ne portent pas tant sur la localisation des filiales que sur celle de la société mère.

A - Localiser la société mère : le siège social

Qu'en est-il, en effet, des sociétés mères ? La disposition française nouvelle ne dit rien de celles-ci et les commentateurs, gouvernés par l'expérience et le bon sens, en déduisent généralement qu'il s'agit bien de sociétés françaises. L'affirmation, pourtant, n'est peut-être pas aussi évidente qu'il y paraît. Sans même recourir à la notion toujours discutée de nationalité des sociétés (11), on peut penser qu'il s'agit effectivement de la société ayant son siège social en France. Tel est bien en effet le critère d'application de la loi française en matière de sociétés (12) et il est *prima facie* de bonne méthode de penser que les obligations posées par la loi française ne s'imposent qu'à la condition que celle-ci soit applicable. Le devoir de vigilance ne s'imposerait donc qu'aux sociétés soumises à la loi française, celles, donc, dont le siège social est en France.

Cette affirmation, toutefois, laisse ouverte deux interrogations. La première est la plus classique et concerne la nature du siège social en cause. Il s'agit là d'un débat très ancien du droit international privé des sociétés, sur lequel il est sans doute inutile de revenir, sinon pour noter qu'il n'est toujours pas définitivement tranché. Si l'hésitation entre siège social réel, d'un côté, et siège social statutaire, de l'autre, est en effet une hésitation traditionnelle, elle est depuis plusieurs années profondément renouvelée par le droit de l'Union européenne. Classiquement, il est en effet affirmé que le droit français est favorable au critère du siège réel, traduisant l'existence d'un lien entre la société et l'État dont la loi est applicable (13). Il n'en reste pas moins qu'un puissant mouvement en faveur du critère du siège statutaire est aujourd'hui à l'oeuvre. Ce mouvement, d'abord doctrinal, prend de l'ampleur sous l'influence déterminante du droit de l'Union et de l'abondante jurisprudence de la Cour de justice (14). Les projets de codification européenne en la matière tendent désormais plutôt vers l'adoption du critère du siège statutaire, comme en témoigne par exemple la récente proposition du Groupe européen de droit international privé (15), qui prend clairement parti pour l'application de la loi de l'incorporation (art. 3). De la même façon, le récent rapport remis à la Commission européenne préconise lui aussi d'adopter le critère de l'incorporation (16). Une telle solution permettrait donc d'envisager la situation où une société dont le siège statutaire serait fixé à l'étranger mais dont le siège réel se trouverait en France échapperait à ses obligations en matière de vigilance.

Une telle conclusion, pourtant, n'a rien d'évident. Au-delà de la discussion sur le critère du siège se pose en effet la seconde question, beaucoup plus délicate, de savoir si le devoir de vigilance entre de façon si incontestable dans le champ d'application de la *lex societatis*.

B - Quel champ d'application pour la loi de la société ?

Une telle affirmation, en effet, est peut-être moins naturelle qu'il n'y paraît. L'un des enjeux de la RSE, on l'a vu, est précisément d'essayer de tenir compte de la réalité des chaînes de production internes à l'entreprise et de faire coïncider celles-ci avec une forme de responsabilité. Dès lors, soumettre sans plus de discussion les obligations qui relèvent de ces mécanismes de responsabilité sociale à la loi de la société, c'est précisément aller à l'encontre de cet objectif fondamental de décloisonnement, à plus forte raison si le critère de détermination de la loi de la société est le siège statutaire. Celui-ci, en effet, est librement déterminé par les associés. Dès lors, soumettre la société à la loi de son siège statutaire, c'est bien ouvrir aux associés le libre choix de la loi applicable à leur société. Tel est bien, de la façon la plus explicite, l'objectif des promoteurs de cette solution (17).

Une telle solution n'est toutefois acceptable que si, par ailleurs, d'autres mécanismes permettent d'imposer à la société en question certaines règles, jugées d'une nécessité sociale particulièrement pressante. Ces règles devraient dès lors pouvoir être imposées à la société, même si celle-ci est régie par une loi différente. Pour ce faire, le mécanisme traditionnel du droit international privé est celui des lois de police. Ce mécanisme, qui figure aujourd'hui dans la grammaire de base du droit international privé (18), y compris européen (19), permet d'imposer l'application de la loi du for lorsque la loi normalement applicable n'atteint pas le but, d'une importance particulière, que vise celle-ci. Il est donc possible, en matière de sociétés, d'imposer l'application de la loi française à des sociétés qui, quoique n'en relevant pas, présentent avec l'ordre juridique français un lien suffisamment étroit

pour justifier que la politique législative française soit suivie (20). Tel serait bien le cas si une société immatriculée à l'étranger possédait un siège réel sur le territoire français.

La voie des lois de police, toutefois, est périlleuse et a été partiellement occultée par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans une affaire *Inspire Art*, en effet, la Cour avait considéré qu'imposer par le biais des lois de police une série d'exigences à des sociétés incorporées à l'étranger mais réalisant l'intégralité de leur activité économique sur le territoire du for, portait une atteinte disproportionnée aux exigences de la liberté d'établissement garantie par le traité (21). Dès lors, le risque est réel que la loi française puisse être contournée par une pratique, bien connue en matière fiscale, sociale ou environnementale, de choix opportun d'un siège social dans un État moins regardant. C'est précisément contre une telle pratique, en général pudiquement qualifiée d'optimisation, que se mettent en place des règles légales visant à englober le groupe dans sa dimension internationale.

C'est pour cette raison qu'une autre voie peut-être préférée : celle de la détermination d'un champ d'application propre aux exigences de la RSE en général, et du devoir de vigilance en particulier. Cette solution est aujourd'hui encore balbutiante mais il n'est pas exclu qu'elle représente l'avenir du droit international privé des sociétés. À nouveau, si la liberté de choix la plus grande peut être acceptée en matière de détermination de la loi applicable aux sociétés, cela ne peut être qu'à la condition que cette liberté ne conduise pas à sacrifier les intérêts essentiels défendus par les ordres juridiques. De nombreux outils sont aujourd'hui théorisés pour lutter contre les résultats désastreux de la concurrence normative à laquelle se livrent les États (22) et dont profitent les sociétés sous couvert de l'extension de leurs facultés de choix (23). L'une d'entre elles, certainement pas la plus ambitieuse mais immédiatement opératoire, consiste à déterminer avec plus de rigueur le champ d'application matériel de la loi de la société. C'est déjà le cas, par exemple, en matière fiscale. On sait en effet que règles fiscales et règles de droit des sociétés ont chacune un champ d'application qui leur est propre, passant par le truchement de règles d'applicabilité différentes. *Idem* en matière sociale : il est aujourd'hui fermement acquis que la loi applicable aux rapports individuels de travail n'est pas nécessairement la loi de la société. Une telle solution pourrait aisément être transposée en matière de RSE : rien n'impose que la loi française faisant peser une obligation de vigilance ne s'applique qu'aux sociétés immatriculées en France.

Telle est bien, par exemple, la solution proposée par le Groupe européen de droit international privé, dont le projet affirme à son article 1^{er} § 3 : « *This Regulation does not prejudice the fulfilment of the obligations deriving from social responsibility of companies (corporate social responsibility) as defined by national, European or international norms* » (24).

La volonté est bien ici de donner un champ d'application propre et indépendant de la loi de la société aux normes de RSE. Ce champ d'application, bien entendu, reste à construire. À cet égard, plusieurs critères peuvent être envisagés, qui peuvent tourner ou bien autour de l'organisation de la société (siège réel, présence d'établissement d'une certaine importance) ou bien autour de son activité (activité économique significative sur le territoire français, réseaux de distribution...). Les solutions sont donc ouvertes. Il reste que cette analyse montre que l'application de la loi de la société à la question est peut-être moins évidente qu'une lecture sommaire du nouvel article L. 225-102-4 pourrait le laisser penser.

Il y a là, en réalité, les prémises d'une réflexion sur une éventuelle nouvelle catégorie du conflit de lois. Il n'est nullement acquis, en effet, que la RSE ne doive pas faire l'objet d'une catégorie particulière, qui permettrait non seulement d'échapper à l'application de la loi de la société, mais qui pourrait aussi englober la sanction de la violation des obligations posées par la norme en cause. C'est ce que confirme l'étude de l'articulation entre devoir de vigilance et loi du délit.

III. - La sanction : devoir de vigilance et loi du délit

L'objet même de la loi française sur le devoir de vigilance est d'imposer une série d'obligations dont le non-respect est sanctionné par la mise en oeuvre de la responsabilité la plus classique, la responsabilité pour faute, au sens des articles 1240 et 1241 du code civil.

On a souligné déjà, et c'est en effet une innovation importante de la loi, que le devoir de vigilance dépassait les frontières. On vient de le voir, le champ d'application de la loi introduit des éléments d'extranéité, par référence aux filiales étrangères. Mais surtout, le plan de vigilance dont la réalisation est désormais obligatoire inclut non seulement la société mère, mais encore les sociétés filiales, les sociétés contrôlées, les sous-traitants et les fournisseurs. Tout un ensemble d'acteurs, donc, dont le siège peut être en France comme à l'étranger puisque l'objectif est précisément de mettre en place un mécanisme reflétant la réalité du pouvoir de l'entreprise et non son organisation juridique (25). L'on ne peut que se féliciter d'une telle approche, même si - surtout après la censure du Conseil constitutionnel - le caractère finalement un peu timoré des sanctions mises en place n'a pas manqué d'être regretté (26).

Il reste qu'une telle ambition risque de se heurter à la réalité du cloisonnement des ordres juridiques et de la répartition des compétences législatives. À cet égard, on ne peut être qu'étonné de l'absence totale de toute disposition relative aux conflits de lois en la matière (27). Il est tout de même intrigant et regrettable que le législateur, qui entend manifestement faire oeuvre moderne et se préoccupe à juste titre des effets déléatoires du fractionnement des ordres juridiques, ne s'interroge pas plus précisément sur l'efficacité internationale de la norme qu'il élabore. L'efficacité de la norme française suppose en effet que celle-ci soit applicable, et l'applicabilité de celle-ci n'a rien d'évident. À cet égard, on ne peut donc que regretter l'occasion manquée de réfléchir sérieusement à l'articulation entre la norme substantielle française et les règles de conflit de lois qui gouvernent la matière.

A - Quelle règle de conflit de lois pour la sanction d'une obligation de vigilance ?

En l'absence de toute règle de champ d'application international, et en raison de l'incontestable nature délictuelle de la sanction, la loi applicable devra être recherchée dans le texte général qui gouverne la matière : le règlement Rome II (28). Or, celui-ci propose une palette de solutions qui vont faire varier l'applicabilité de la loi française en fonction de la nature du délit en cause.

La règle générale en la matière est celle contenue dans l'article 4 du règlement, selon lequel la loi applicable par principe est la loi du dommage. Tout a déjà été dit sur le choix de ce critère de rattachement, qui favorise l'application des normes du lieu où le dommage est effectivement subi (29). Ce choix, s'il favorise l'application uniforme de normes de comportement sur un territoire étatique donné, a le défaut de permettre aux auteurs potentiels de dommages de placer certaines activités risquées sur le territoire d'États dont les règles de responsabilité civile ne sont pas excessivement sévères. L'optimisation juridique se rencontre bien dans tous les domaines...

Tel est précisément le cas en matière de RSE. Les commentateurs ont souligné à l'envi la difficulté d'isoler le dommage et, plus encore, le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur (l'absence de plan de vigilance) (30). Comme on le voit, cette difficulté substantielle se double d'une autre encore plus grande et préliminaire : si le dommage est situé à l'étranger, la loi française ne sera pas, par principe, applicable.

Cette solution est particulièrement mal adaptée en matière de RSE et, partant, en matière d'obligation de vigilance. L'objectif étant de responsabiliser les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre, la recherche de responsabilité est par nature centrée sur le comportement des auteurs. L'applicabilité de la loi du fait générateur serait donc, pour des délits de cette nature, particulièrement indiquée. La loi s'adressant aux sociétés ayant leur siège en France, on n'y revient pas, l'obligation d'établir un plan de vigilance et, partant, le fait générateur du dommage, se localisent sur le territoire français. L'applicabilité de principe de la loi française supposerait donc l'application de la loi du fait générateur et non celle du dommage, comme le prévoit le règlement.

Une exception, il est vrai, existe pour les atteintes à l'environnement. En la matière, la volonté de se départir de la traditionnelle neutralité de la règle de conflit de lois a conduit à adopter une disposition dont l'objectif clairement substantiel est à la fois de protéger la victime et, au-delà de celle-ci, l'environnement dans son ensemble (31). Pour ce faire, l'article 7 du règlement choisit de laisser le choix à la victime entre loi du dommage et loi du fait générateur. Lorsque l'absence de plan de vigilance aura conduit à la réalisation d'un dommage environnemental, il sera donc possible de mettre en cause la responsabilité de la société mère ou de la société donneuse d'ordre en France en application de la loi française.

Mais rien de tel en dehors du champ particulier du droit de l'environnement. Si, donc, les dommages causés relèvent d'autres domaines, l'application de la loi française sera exclue dès lors qu'ils se localiseront à l'étranger. S'agissant d'un texte dont l'innovation principale est précisément d'avoir pris en compte l'intégralité du comportement du groupe et de ses partenaires, y compris à l'étranger, on conviendra qu'il y a là matière à quelques regrets.

Mais deux détours techniques sont envisageables pour permettre de revenir à l'application de la loi française.

B - Ordre public et lois de police

Le premier, le plus évident, est celui du recours aux mécanismes d'exception permettant l'éviction de la loi étrangère au profit de la loi française.

Le premier d'entre eux, l'ordre public, nous semble devoir être rapidement écarté. La possibilité, certes, n'est pas exclue par le règlement qui, à l'instar de tous les règlements de droit international privé, accepte que la loi applicable soit évincée si son application est « manifestement incompatible avec l'ordre public du for » (art. 26). L'utilisation de l'ordre public, pourtant, est très improbable en la matière. D'une part, les jurisprudences française et désormais européenne (32) ont une conception restrictive de l'ordre public international en matière délictuelle qui tend à n'accepter la contrariété à l'ordre public que dans des cas très rares. D'autre part et surtout, l'ordre public sert à évincer une loi étrangère dont le contenu et l'application seraient particulièrement choquants. Or, il est très improbable qu'une telle situation se présente en matière de devoir de vigilance. Que la loi française prévoit une telle obligation nouvelle est une chose ; que les autres ne le fassent pas n'est nullement choquant, en tout cas pas au point d'en refuser systématiquement l'application. L'exception d'ordre public, dès lors, semble bien incertaine.

La voie des lois de police pourrait être préférée. Le règlement Rome II en effet, malgré l'utilisation de la périphrase « dispositions impératives dérogatoires » (art. 16), accepte l'application des lois de police du for (33) et la formulation même de l'exposé des motifs de la loi française, justement soulignée par M^{me} Boskovic (34), incite à voir dans les règles nouvelles une loi de police dont les termes pourraient s'imposer malgré l'application de principe d'une loi étrangère. Cette solution est techniquement la plus simple, en ce qu'elle utilise un mécanisme explicitement prévu par le règlement.

La solution, toutefois, présente d'importantes zones d'incertitudes. Tout d'abord, malgré le foisonnement des lois de police en droit international privé contemporain, cette qualification ne sera acquise, dans le silence du législateur, qu'après une intervention judiciaire. La même incertitude est encore plus flagrante, ensuite, quant aux rattachements qui pourraient conduire à l'application impérative de la loi française. Il est probable que le siège en France de la société mère serait suffisant. Mais est-ce le seul critère ? L'existence de filiales françaises, par exemple, pourrait-elle suffire ? Ou une activité commerciale soutenue sur le territoire français ? Peu de solutions évidentes, là encore.

Cette incertitude est certes traditionnelle en matière de lois de police (35). Il reste qu'en matière d'obligation de vigilance, elle incite à une certaine circonspection. D'autant que, comme on l'a vu, la question en réalité ne tient pas tant au caractère incontestablement impératif de la loi française qu'à l'inadéquation du rattachement de principe du règlement Rome II. Il est vrai que l'utilisation des lois de police est courante dans ce cas, et que, fréquemment, le recours à cette technique a précédé la modification de la règle de conflit de lois elle-même (36). Si la difficulté, pourtant, réside dans le rattachement, alors peut-être faudrait-il préférer intervenir directement sur celui-ci.

Une telle possibilité existe dans le règlement : c'est la clause d'exception.

C - Mise en oeuvre systématique de la clause d'exception ?

L'autre détour, peut-être le plus prometteur, touche au rattachement lui-même. Il s'agit de la clause d'exception qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, l'application d'une autre loi que la loi du dommage.

Il en est ainsi, affirme l'article 4 § 3 : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question ».

L'ampleur exacte à donner à cette règle reste encore à déterminer. La Cour de justice, tout particulièrement, viendra préciser les conditions exactes à mettre en oeuvre pour écarter la loi normalement applicable au profit d'une autre loi, comme elle le fait progressivement en matière de contrat (37).

Il faut toutefois souligner que la particularité de la formulation de l'article 4 § 3 - qui a parfois été regrettée comme

exagérément restrictive ⁽³⁸⁾ - pourrait ici servir les objectifs de la loi française sur le devoir de vigilance. La précision faite par le texte vise bien évidemment au premier chef l'existence éventuelle d'une relation contractuelle entre l'auteur et la victime ⁽³⁹⁾. Rien n'empêche, pourtant, de tenir compte d'autres types de relations entre différentes parties impliquées dans la recherche de la responsabilité.

La précision qu'une « relation préexistante » entre les parties peut inciter à changer la loi applicable paraît ainsi correspondre à la vision de la responsabilité défendue par le texte français. Le devoir de vigilance vise précisément à anticiper sur les risques résultant des activités non seulement de la société mère, mais encore de tous les acteurs de la chaîne - filiales, sous traitants, fournisseurs - et à faire peser l'absence d'anticipation sur la société mère en priorité. C'est donc bien d'une part le comportement de la société mère qui est seul en cause et, d'autre part, s'il est en cause, c'est bien parce qu'il existe une « relation préexistante » entre elle-même et l'éventuelle autre personne impliquée dans la réalisation du dommage. Il est donc parfaitement possible d'argumenter en faveur d'une application systématique ou, en tout cas, large, de la clause d'exception en matière de RSE en général et d'obligation de vigilance en particulier.

Une telle analyse, toutefois, reste d'une mise en oeuvre incertaine. On le voit, la structure même de ce délit nouveau est une incitation forte à une application de la loi du fait générateur. L'utilisation de la clause d'exception viendrait donc pallier un rattachement fondamentalement défaillant, ce qui n'est en principe pas son rôle ⁽⁴⁰⁾. Il est de ce fait loin d'être certain que la Cour de justice se ralliera aisément à une telle approche de la clause d'exception, permettant de recourir de façon sinon systématique en tout cas large au critère du fait générateur, expressément exclu par la règle de principe ⁽⁴¹⁾.

De telles incertitudes, sous l'angle des lois de police comme sous celui de la clause d'exception, achèvent de convaincre de l'inadaptation fondamentale du rattachement de principe du règlement Rome II en matière de RSE. La modification de celui-ci ne pourrait toutefois passer que par l'insertion dans le règlement d'une disposition particulière qui viendrait s'ajouter aux règles prévues pour certains délits spéciaux. La voie n'est pas exclue, mais elle est loin d'être acquise.

* * *

C'est là sans doute la conclusion principale de ce bref tour d'horizon des questions de droit international privé posées par le devoir de vigilance : la nécessité de réinventer le conflit de lois.

Les catégories nouvelles de la RSE montrent que celle-ci est à l'étroit dans le conflit de lois classique. Confronté à la loi de la société, on a vu qu'une solution pourrait consister à sortir le devoir de vigilance du champ d'application de la *lex societatis*. Confronté au délit, on se rend compte que le rattachement de principe a le défaut de permettre à l'auteur principal d'échapper à la loi française et, partant, à ses sanctions.

Une solution technique à ces difficultés pourrait consister en l'élaboration progressive d'une catégorie spécifique du conflit de lois. C'est l'une des principales missions du droit international privé que de réfléchir à des catégories et si, historiquement, celles-ci se sont progressivement affinées, c'est précisément pour accueillir des questions nouvelles qui appelaient des rattachements nouveaux. La RSE pourrait dès lors faire l'objet d'une catégorie nouvelle, qui permettrait d'isoler des normes spécifiques, auxquelles on donnerait un champ d'application spécifique, centré sur l'entreprise donneuse d'ordre. Cette catégorie engloberait donc à la fois la détermination des acteurs de la responsabilité sociale et de la responsabilité qui en découle.

Une telle solution serait un incontestable progrès. Elle ne répondrait pas pourtant aux objections fondamentales auxquelles se heurte le principe même du conflit de lois. Malgré tous ses avantages, la technique du conflit de lois présente en effet un défaut rédhibitoire en matière de RSE : ne permettre le rattachement qu'à la loi d'un seul ordre juridique étatique. Droit public, normes privées et normes de *soft law* sont exclus du raisonnement conflictuel, au profit de normes étatiques de droit privé dont l'importance certes grandissante ne doit pas faire oublier qu'elles ne sont pas les véhicules principaux de la RSE.

Il nous semble qu'il y a là suffisamment de matière pour inciter à une réflexion d'envergure sur les mécanismes d'applicabilité internationale du devoir de vigilance et, au-delà, des normes de RSE, *soft law* ou *hard law*. Dans sa diversité, celle-ci pose des problèmes nouveaux d'opposabilité internationale déjà bien identifiés en doctrine ⁽⁴²⁾. Dans ce cadre, la technique du conflit de lois est bien trop pauvre et sans doute le droit international privé devra-t-il se réinventer en profondeur pour saisir dans toute sa complexité normative le phénomène de la RSE ⁽⁴³⁾. Le chantier est d'importance, on le voit, mais c'est incontestablement à une réflexion de cette envergure qu'incite l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le devoir de vigilance.

Mots clés :

ENTREPRISE * Effectif de l'entreprise * Devoir de vigilance * Chaînes d'approvisionnement mondiales * Société mère * Entreprises donneuses d'ordre

(1) Sur ce point, v. récemment, parmi une littérature pléthorique, l'important ouvrage de J.-P. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise : globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, 2016 ; *adde* : L. Dubin et alii (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017.

(2) Pour une synthèse récente en langue française, v. K. Martin-Chenut et R. de Quénaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Pedone, 2016.

(3) Dir. n° 2014/95/UE, 22 oct. 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE, n° L 333, 15 nov., p. 1.

(4) Pour une première analyse, v. déjà : O. Boskovic, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé*, D. 2016. 385.

- (5) Sur l'ensemble de la question, v. spéc. R.-C. Drouin, Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ?, *Dr. soc.* 2016. 246 .
- (6) Règl. UE n° 1215/2012, 12 déc. 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, n° L. 351, 20 déc., p. 1.
- (7) O. de Schutter, Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'État d'origine, in M.-A. Moreau *et alii* (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail : du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz 2010. 107 ; La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales, in I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant 2010. 707-777.
- (8) Sur ces notions, v. spéc. D. Roman, « Droits humains et libertés fondamentales », des notions « intelligibles » mais « imprécises » ? À propos du devoir de vigilance des sociétés multinationales, *RDT* 2017. 391 .
- (9) V. par ex. A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *D.* 2017. 1610, spéc. p. 1615 .
- (10) En ce sens, v. O. Boskovic, *préc.*, n° 3.
- (11) Sur ce débat, v. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., LGDJ, 2011, n^{os} 12 s.
- (12) M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^e éd., LGDJ, 2016, n^{os} 53 s. La solution est imposée par les art. 1837 du code civil et L. 210-3 du code de commerce.
- (13) V. par ex. M. Audit *et alii, ibid.* Les auteurs remarquent toutefois que la solution du droit français en cas de dissociation entre siège réel et siège statutaire « n'est pas d'une parfaite clarté » (n° 58), avant de détailler les solutions du droit de l'Union (n^{os} 85 s).
- (14) Sur laquelle, v. M. Menjuq, *op. cit.*, p. 123 s.
- (15) « *Draft Rules on the law applicable to companies and other bodies* », adopté à la session de Milan en sept. 2016, disponible sur : www.gedip-egpil.eu/ (dernière visite sept. 2017) ; sur ce projet, v. F. Garcimartin Alferez, *GEDIP's proposal on the law applicable to companies*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2016. 949, spéc. p. 968.
- (16) C. Gerner-Beurle et F. Mucciarelli, *EP Schuster et M. Siems, Study on the law applicable to companies*, juin 2016, disponible sur : <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en> (dernière visite sept. 2017).
- (17) P. ex. F. Garcimartin Alferez, *préc.*, p. 958, qui affirme de la façon la plus claire que « *Party autonomy is thus the underpinning principle* » « L'autonomie de la volonté est donc bien le principe sous-jacent (c'est nous qui traduisons) ».
- (18) v. par ex. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 3^e éd., PUF, 2014. 648 s.
- (19) La possibilité d'appliquer des lois de police figure dans la plupart des règlements européens en matière de droit international privé. Une éventuelle codification des conflits de lois en matière de société ne devrait pas échapper à la règle, comme en témoigne l'art. 10 du projet GEDIP.
- (20) Sur ces justifications, v. P. de Vareilles-Sommières, *Lois de police et politiques législatives*, *Rev. crit. DIP* 2011. 207 .
- (21) CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art*, *D.* 2004. 491, et les obs.  ; note E. Pataut  ; *ibid.* 2003. 2874, chron. M. Menjuq  ; *Rev. sociétés* 2004. 135, note J.-P. Dom  ; *Rev. crit. DIP* 2004. 151, note H. Muir Watt  ; *RTD eur.* 2004. 533, chron. C. Prieto .
- (22) Sur l'ensemble, v. en langue française : R. Sefton-Green et L. Usunier, *La concurrence normative, mythes et réalités*, Société de législation comparée, 2013, et spéc. A. Sotiropoulou, *Concurrence normative et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés*, p. 67.
- (23) Sur ce débat fondamental, v. spéc. H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, *RCADI*, t. 307, 2004. 25-383, et, plus récemment, J. Basedow, *The law of open societies - Private ordering and public regulation of international relations*, *RCADI*, t. 360, 2013. 9-516.

(24) Le présent règlement ne porte pas atteinte au respect des obligations découlant d'une responsabilité sociale (responsabilité sociale des entreprises), telle que définie par une règle nationale, européenne ou internationale (c'est nous qui traduisons).

(25) Sur l'impact de cette approche sur la gouvernance des groupes, v. spéc. T. Sachs, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation, RDT 2017. 380 .

(26) A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D. 2017. 1610, préc. D'autres analyses, bien évidemment, sont beaucoup plus critiques et contestent l'opportunité même d'une telle législation. V. par ex. D. de Saint-Affrique, De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou adapté ?, JCP E 2017. 1064.

(27) V. déjà O. Boskovic, préc., n° 5.

(28) Règl. CE n° 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JOUE, n° L. 199, 31 juill., p. 40.

(29) D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, t. II, n°s 1003 s.

(30) v. p. ex. A. Danis-Fatôme et G. Viney, préc., p. 1615.

(31) Sur ce point, v. not. H. Muir Watt, Rome II et les « intérêts gouvernementaux » : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle, *in* S. Corneloup et N. Joubert (dir.), Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Litec, 2008. 129.

(32) V. not. J. Basedow, Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence, Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005. 55.

(33) L'expression « lois de police » se retrouve, cette fois explicitement, au consid. n° 32 du règlement.

(34) Préc., n° 6.

(35) Pour une approche récente sur le sujet, v. part. L. d'Avout, Les lois de police, *in* T. Azzi et O. Boskovic, Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, Bruylant, 2015. 91 s.

(36) Sur cette discussion, v. P. de Vareilles-Sommières, Lois de police et politiques législatives, Rev. crit. DIP 2011. 207 , spéc. n°s 41 s ; *adde* : L. d'Avout, préc., p. 101.

(37) V. not. D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, t. I, n°s 521 s.

(38) Sur l'ensemble, v. not. C. Nourissat et E. Treppoz, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles Rome 2, JDI 2003. 7.

(39) Sur les liens entre les deux ordres de responsabilité, v. S. Bollée, La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé, Mélanges B. Audit, LGDJ, 2014. 119.

(40) Sur le sujet, v. not. P. Rémy Corlay, Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, Rev. crit. DIP 2003. 37 .

(41) En matière contractuelle, la Cour de justice de l'Union a clairement pris partie en faveur d'une utilisation exceptionnelle et neutre de la clause d'exception. V. not. CJUE, 12 sept. 2013, aff. C-64/12, *Anton Schleker*, D. 2013. 2225  ; *ibid.* 2014. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke  ; RDT 2013. 785, obs. F. Jault-Seseke et P. Rémy  ; Rev. crit. DIP 2014. 159, note E. Pataut .

(42) I. Daugareilh, La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité, *in* A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), Prendre la responsabilité au sérieux, PUF, 2015. 183, et, sur l'ensemble, K. Martin-Chenut et R. de Quénaudon (dir.), La RSE saisie par le droit, Pedone, 2016.

(43) Et au-delà, d'ailleurs, des nouveaux phénomènes normatifs dans leur ensemble. Sur ce point, v. les importantes réflexions d'ensemble *in* H. Muir Watt et D. Fernandez Arroyo (dir.), *Private international law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.

Droit social 2018 p.17

Le droit du licenciement économique

Gérard Couturier, Professeur émérite de l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne

L'essentiel

En la matière, le changement consiste d'abord dans une recomposition du périmètre où s'opère le contrôle du motif économique - limité désormais au territoire national - avec pour corollaires des définitions du groupe de sociétés et du secteur d'activité. Une reconfiguration analogue est opérée quant au champ d'application de l'obligation de reclassement, laquelle peut, par ailleurs, s'exécuter désormais par diffusion de listes d'emplois disponibles. Les règles nouvelles visent des solutions simples évitant les incertitudes et les contestations. Mais elles remettent en cause frontalement les idées-forces qui fondaient des jurisprudences majeures : la jurisprudence fondatrice des arrêts *Thomson-Videocolor* et *TWR-REPA*, celle faisant référence à l'article L. 2331-1 du Code du travail pour la définition du groupe, celle affirmant la spécificité du « groupe de reclassement ».

Comment caractériser d'emblée ce que les ordonnances du 22 septembre apportent de nouveau dans le droit du licenciement économique ?

Tels qu'évoqués en général, les changements que ces ordonnances opèrent, comme ceux résultant des multiples réformes de ces dernières années, sont tantôt présentés comme des remises en cause fondamentales (effondrements catastrophiques selon les uns, refondation sur des bases nouvelles selon les autres), tantôt comme des aménagements, des prolongements, des étapes dans des évolutions engagées depuis longtemps, des strates supplémentaires venant se déposer sur les précédentes. Certains empruntent sagement au langage de l'informatique l'adjectif « incrémental » pour qualifier des processus dans lesquels des ajouts successifs apportent chacun quelque chose sans pour autant déstabiliser l'existant. En ce sens, on peut dire que l'évolution du droit du licenciement économique dont il va être question ici relève de l'incrémental.

Les dispositions dont il s'agit sont inscrites dans l'ordonnance n° 2017-1387 « relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail », dont le titre II porte précisément sur les dispositions relatives au licenciement pour motif économique. Il est divisé en cinq chapitres respectivement intitulés : Définition du périmètre d'appréciation de la cause économique ; Obligations de reclassement en matière de licenciement pour motif économique ; Critères d'ordre des licenciements ; Faciliter les reprises des entités économiques autonomes ; Conséquences de la mise en place d'un conseil social et économique (CSE) sur les dispositions relatives au licenciement économique.

Sous ces différentes rubriques, il est apparent que les changements prévus sont d'une portée limitée. S'agissant du contrôle du motif économique, ce n'est pas l'objet de ce contrôle qui est redéfini, seulement, comme c'est indiqué explicitement, le « périmètre d'appréciation ». En ce qui concerne les obligations de reclassement, deux questions seulement sont abordées, celle, à nouveau, du périmètre à l'intérieur duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées et celle des modalités selon lesquelles les offres de reclassement doivent être présentées. Quant à l'ordre des licenciements, il ne s'agit que d'une nouvelle tentative pour préciser les conditions auxquelles il est permis de délimiter à l'intérieur de l'entreprise un périmètre réduit pour l'application des critères d'ordre. Pour le dispositif censé faciliter les reprises de site, c'est seulement une correction qui est apportée à un dispositif initié par la loi travail du 8 août 2016 afin d'en élargir le champ d'application. Quant aux dispositions relatives à la procédure des grands licenciements collectifs, elles sont en effet des mesures d'adaptation nécessitées par la substitution - du fait de l'ordonnance n° 2017-1386 - du CSE aux comités d'entreprise et comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Au début du processus des ordonnances, d'autres mesures avaient été envisagées, qui auraient pu se traduire par une certaine reconstruction du régime des licenciements économiques. On pense surtout à une redéfinition des seuils (d'effectifs ou tenant au nombre des licenciements envisagés) qui avait été annoncée et effectivement inscrite dans la loi d'habilitation du 15 septembre 2017. Au e) du 2° de son article 3, celle-ci prévoyait la possibilité de modifier les dispositions relatives au licenciement pour motif économique « en adaptant les modalités de licenciements collectifs à la taille de l'entreprise et au nombre de ces licenciements ». Le Conseil constitutionnel a jugé la chose possible (1), mais cette disposition de la loi d'habilitation n'a pas eu de suites dans l'ordonnance n° 2017-1387.

Il reste que parmi les règles nouvelles qu'apporte l'ordonnance n° 2017-1387 en matière de licenciement économique, certaines remettent en cause, au-delà des solutions qui étaient celles du droit positif, des constructions jurisprudentielles qui, reprises ou non dans les textes du code du travail, occupaient en la matière une place considérable. Il faudrait prendre la mesure du retentissement de cette remise en cause tant en ce qui concerne le contrôle du motif économique qu'en ce qui concerne les exigences de reclassement, y compris celles qui se rapportent au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

C'est ce qui nous conduira, à un moment où le processus législatif est encore en cours et où les règles peuvent encore évoluer, à limiter cette étude aux deux thèmes qui donnent matière à ces questionnements spécifiques : celui du contrôle du motif économique et celui des exigences de reclassement.

I - Sur le contrôle du motif économique

S'il trouvait son origine dans la définition du licenciement pour motif économique formulée lors de la réforme de 1989, l'article L. 1233-3 avait déjà à plusieurs reprises été élargi à des dispositions complémentaires. Son actualisation à l'occasion de la loi travail du 8 août 2016 visait, d'une part, à intégrer au texte des acquis jurisprudentiels incontestés et, d'autre part, à préciser les difficultés économiques susceptibles de justifier le licenciement en coupant court à toute contestation lorsque la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires s'est prolongée pendant une durée déterminée, variable en fonction de la taille de l'entreprise. Dans le projet de loi initial, il était prévu aussi de définir le périmètre à retenir pour la constatation des suppressions et transformations

d'emploi ou des modifications de contrat de travail ainsi que pour l'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou des exigences de compétitivité. Mais il est sans doute apparu que, pour cette dernière appréciation, la détermination du périmètre telle qu'envisagée dans le projet de loi faisait difficulté ; le législateur de 2016 y a renoncé et seul a subsisté dans le texte issu de la loi travail l'alinéa selon lequel « la matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise ».

C'est ce qui a conduit la loi d'habilitation (a) du 2° de l'article 3) à revenir sur cette difficulté en habilitant le gouvernement à prendre les dispositions destinées à définir « la règle selon laquelle la cause économique d'un licenciement, dans une entreprise appartenant à un groupe, est appréciée au niveau des entreprises appartenant au même groupe, situées sur le territoire national et relevant du même secteur d'activité, ainsi que les éventuels aménagements à cette règle ».

A - Un périmètre limité au territoire national

Dans sa nouvelle rédaction (2), l'article L. 1233-3 comprend donc désormais un alinéa selon lequel : « Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national ». C'est cette dernière précision qui est essentielle en ce qu'elle remet en cause la solution jusqu'à présent acquise en droit positif.

À l'origine de la jurisprudence de référence, il est vrai que le grand motif de droit de l'arrêt *Thomson Videocolor* du 5 avril 1995, s'il énonce méthodiquement dans quel périmètre chaque composante du motif économique de licenciement doit être appréhendée, ne fait pas explicitement mention d'une délimitation territoriale (3). Mais, d'une part, on sait qu'il s'agissait en l'espèce de délocalisation d'activités vers le Brésil et que le secteur d'activité évoqué était donc celui d'un groupe transnational. Quand, d'autre part, la question lui a été posée, la Cour de cassation a explicitement pris position : « Les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national » (4). La formule est reprise exactement dans les mêmes termes dans la jurisprudence la plus récente (5).

L'ordonnance n° 2017-1387 contredit délibérément cette jurisprudence à laquelle il est reproché de gêner la réorganisation nécessaire d'entreprises connaissant en France de réelles difficultés économiques (6). Il est expliqué que la position jurisprudentielle confère au droit français une singularité pénalisante aux yeux des investisseurs et qu'il y a lieu d'y remédier. Ainsi, dans le rapport au président de la République : « Si un groupe rencontre des difficultés économiques au sein d'une filiale française, le motif économique sera apprécié au niveau national, comme dans la grande majorité des pays européens. Cette disposition va accroître l'attractivité du territoire français pour les investissements internationaux, ce qui aura un impact bénéfique sur l'emploi sur notre sol ». S'exprimant sur la loi de ratification, la ministre a parlé à cet égard, d'une « remise au standard européen ».

Il n'a jamais été ignoré, cependant, que la limitation du contrôle du motif économique à l'espace national créait des risques en permettant à des groupes de placer artificiellement leur filiale française dans une situation propre à justifier le licenciement économique de ses salariés dans le but de délocaliser ses activités à l'étranger (7).

Aussi bien était-il prévu depuis l'origine de prendre des précautions et de poser des limites. Sans remonter aux projets de 2016, il est significatif que la loi d'habilitation du 15 septembre 2017 ait prévu (art. 3, 2°, b) la possibilité de modifier par voie d'ordonnances les dispositions relatives au licenciement pour motif économique en « prenant toute disposition de nature à prévenir ou à tirer les conséquences de la création artificielle, notamment en termes de présentation comptable, de difficultés économiques à l'intérieur d'un groupe à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois ». L'étude d'impact de cette loi (p. 14) donnait de ces dispositions une présentation assez large, s'agissant « de traiter des situations dans lesquelles seraient créées artificiellement des difficultés au niveau d'une entreprise dans le seul but de justifier des licenciements pour motif économique [...] et de prévenir ces pratiques de contournement et d'optimisation sociale ». Étaient cités en exemple le transfert de la trésorerie d'une filiale française au profit d'une autre filiale, les allocations de charges communes excessives ou les choix stratégiques qui, manifestement, cherchent à organiser l'insolvabilité d'un site français.

Cependant, alors que le rapport au président de la République faisait encore état d'un contrôle du juge portant sur « les fraudes, par exemple des prix de transfert conduisant artificiellement à pénaliser la filiale française », cette réserve et les précautions envisagées dans la loi d'habilitation sont absentes de l'ordonnance. Dans le cadre de la discussion de la loi de ratification à l'Assemblée nationale, la ministre a expliqué que la réserve de la fraude avait été retirée du texte conformément à une indication du Conseil d'État selon laquelle elle aurait été superflète (8). Dans le prolongement de cette suppression et de son explication, la ministre relevait « un consensus sur le sujet : s'il existe une fraude, typiquement avec une remontée artificielle des bénéfices à la maison mère, en dépouillant une filiale, le juge peut déjà l'apprécier et il pourra encore le faire demain ». Elle se déclarait en outre disposée à accepter un amendement à la loi de ratification portant sur ce sujet.

Effectivement, un tel amendement « destiné à se prémunir contre la création artificielle de difficultés économiques au sein d'un groupe » a été proposé et voté par l'Assemblée nationale. Il dispose : « Après le premier alinéa du 1° de l'article L. 1233-3, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : "Le premier alinéa du présent 1° ne s'applique pas en cas de création artificielle, notamment en matière de présentation comptable, de difficultés économiques à l'intérieur d'un groupe à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois" ».

Si la formulation est reprise de la disposition citée plus haut de la loi d'habilitation, cette présentation paraît n'assurer à cette mesure de précaution que la portée la plus limitée. La situation du texte dans l'article L. 1233-3 le rattache exclusivement à l'alinéa qui précède, c'est-à-dire à une règle particulière relative à la preuve des difficultés économiques. Par ailleurs, la seule référence à la présentation comptable évoque mal la diversité des pratiques envisageables : prix de transfert pénalisant la filiale française (comme dans le rapport au président de la République), transfert de la trésorerie de la filiale française, allocations de charges communes excessives, voire, plus largement encore choix stratégiques (comme dans l'étude d'impact).

Si le texte reste en l'état, il apparaît que ce sera aux juges qu'il appartiendra de l'interpréter de la façon qui lui assure toute la portée souhaitable. Avec, éventuellement, une application complémentaire de la sanction de la fraude admise conformément aux indications données par la ministre.

À la détermination du périmètre dans lequel s'opère le contrôle du motif économique se rattachent encore deux

définitions ambitieuses : celle du groupe de sociétés et celle du secteur d'activité.

B - Une définition restrictive du groupe de sociétés

C'est, en effet, un autre choix caractéristique de la présente réforme : une définition du groupe de sociétés valant pour l'application de règles relatives au contrôle du motif économique ou à différentes obligations de reclassement est précisée et c'est une définition délibérément restrictive. Elle figure désormais, en particulier, dans un antépénultième alinéa de l'article L. 1233-3 qui, tel que réécrit par la « sixième ordonnance » du 20 décembre 2017, dispose : « Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce ».

Dans l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre, l'alinéa se présentait de façon différente : il y était prévu que « pour l'application du présent article », le groupe était « défini conformément au I de l'article L. 2331-1 ». Le renvoi était donc opéré à l'article L. 2331-1, texte qui définit le groupe de sociétés en vue de la mise en place du comité de groupe.

A priori, cette référence à l'article L. 2331-1 ne devait pas surprendre. Dans l'ensemble du droit du travail est apparue, au cours de la dernière période, une tendance à la généraliser en considérant, chaque fois qu'une règle vise le groupe de sociétés, qu'il s'agit en principe du groupe configuré conformément à cet article, c'est-à-dire en fonction des rapports de contrôle ou d'influence dominante qui y sont évoqués. Cet article pouvait ainsi apparaître « désormais » comme un « texte directeur » (9). Cette valeur de texte de référence s'était manifestée tout particulièrement s'agissant d'identifier ou de délimiter le groupe en vue de l'application des règles relatives au licenciement économique. Les importants arrêts de Cour de cassation du 16 novembre 2016 sont apparus à cet égard comme un point d'aboutissement en ce qu'ils confirmaient que, pour apprécier la cause économique d'un licenciement, « le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail » (10).

Mais, en réalité, il existe une différence majeure entre la référence faite par cette jurisprudence aux « conditions définies par l'article L. 2331-1 » et la référence inscrite dans le texte issu de l'ordonnance n° 2017-1387, laquelle était limitée au seul I du même article. La portée de cette limitation est essentielle au regard de la lecture habituelle de l'article L. 2331-1 qui voit dans cet article la juxtaposition de deux approches complémentaires (11) : celle du I qui évoque un contrôle de l'entreprise dominante passant par les mécanismes du droit des sociétés, avec renvoi aux dispositions du code de commerce, et celle du II qui évoque un rapport de domination tenant à la réalité des relations entre les entreprises et de la dévolution du pouvoir dans l'ensemble en cause (12). Dans l'ordonnance 2013-1387, la précision selon laquelle « le groupe est défini conformément au I de l'article L. 2331-1 » commandait donc de s'en tenir désormais à vérifier que l'entreprise dominante exerce sur les autres composantes un contrôle tel qu'il est prévu dans les dispositions du code de commerce. Il s'agissait effectivement de « resserrer la définition du groupe sur les seuls critères de contrôle prévus au I de l'article L. 2331-1 du code du travail (en excluant du coup les critères de l'influence dominante du II) » (13).

La rédaction résultant de la « sixième ordonnance » du 20 décembre 2017 accentue ce resserrement, ou, du moins, le rend encore plus apparent. Maintenant, l'alinéa en cause ne fait plus référence au I de l'article L. 2331-1 (14), mais il en reprend lui-même exactement les termes en évoquant un contrôle de l'entreprise dominante s'exerçant « dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce ».

Ainsi, le groupe que ce texte s'attache à délimiter est formé dans tous les cas par une entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle. C'est à la définition de ce contrôle que s'appliquent les différents articles du Code de commerce qui y sont énumérés (15). Il s'agit, en premier lieu, du texte définissant le rapport entre société mère et filiale par la possession de plus de la moitié du capital (art. L. 233-1 C. com.). Il s'agit, en deuxième lieu, des dispositions en vertu desquelles une personne est, dans différentes hypothèses, considérée comme en contrôlant une autre (ou est présumée la contrôler) en raison des droits de vote dont elle dispose ou du pouvoir qu'elle a de désigner ou révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de la société (art. L. 233-3, I et II). Il s'agit, en dernier lieu, de dispositions relatives aux comptes consolidés, en particulier de celle selon laquelle (art. L. 233-16, II, 3°) « le contrôle exclusif par une société résulte... du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet ». Cette dernière disposition prête à interprétation en ce qui concerne les conséquences de son rattachement au régime des comptes consolidés ou en ce qui concerne les contrats dont il est question, mais elle paraît susceptible d'une application relativement large (16).

Reste que la définition du groupe désormais introduite à l'alinéa 13 de l'article L. 1233-3 du Code du travail limite la prise en considération des rapports de pouvoir que sont les phénomènes de groupe à ce qui résulte d'une application stricte de mécanismes de droit des sociétés. Cette limitation délibérée peut trouver des justifications dans les objectifs de simplification, voire de sécurisation, qui sont prêtés à l'ordonnance : la constatation de ce que les conditions du contrôle telles qu'elles sont maintenant posées sont remplies est simple ; elle ne devrait pas soulever de contestations ; elle laisse peu de place à une appréciation des juges. En revanche, cette limitation s'oppose à une prise en compte de la diversité des situations - et spécialement des rapports de domination dans leur réalité - prise en compte que la jurisprudence précédente permettait manifestement.

C - Une définition précise du secteur d'activité ?

Depuis les arrêts *Thomson Videocolor* et *TWR REPA* du 5 avril 1995, déjà évoqués plus haut, il est donc acquis en jurisprudence que les difficultés économiques ou les exigences de compétitivités susceptibles de justifier des licenciements économiques doivent être appréciées, le cas échéant, dans le cadre du secteur d'activité du groupe où se situe l'employeur. Mais depuis lors aussi les praticiens et les juges ont pu mesurer combien il était difficile d'appliquer, dans sa simplicité apparente, le concept de secteur d'activité aux structures réelles des groupes qui sont d'une infinie diversité, tenant aux techniques de production ou de distribution mais aussi d'organisation, aux cultures d'entreprise mais aussi nationales, etc.

Il est communément admis que la jurisprudence, si elle ne donne pas de définition explicite du secteur d'activité, met en oeuvre cette notion selon la méthode du faisceau d'indices (17). C'est ainsi, par exemple, que les juges peuvent, en « appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis, retenir, en prenant en considération un faisceau d'indices relatifs à la nature des produits, à la clientèle à laquelle ils s'adressaient et au

mode de distribution mis en oeuvre par l'entreprise, que celle-ci relevait du secteur d'activité de l'ameublement » (18).

C'est la même démarche que l'on retrouve dans la disposition que l'ordonnance n° 2017-1387 consacre à la question. Il s'agit d'un nouvel avant-dernier alinéa de l'article L. 1233-3 qui dispose : « Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché » (19). Ce texte a été présenté comme une « définition du secteur d'activité », destinée à « donner une plus grande visibilité aux entreprises » ; si l'on prévoit des restrictions par rapport à la jurisprudence antérieure, c'est essentiellement en raison de la limitation au territoire national qui, comme on sait, est opérée par ailleurs (20). Ce n'est en réalité qu'une énumération simplement indicative d'un certain nombre d'indices, assortie de l'indication selon laquelle ils doivent se rapporter à un même marché. La précision peut sembler aller de soi ; certains redoutent néanmoins qu'elle soulève des difficultés (21).

En définitive, et sous réserve de ces dernières précisions relatives à la définition du secteur d'activité, la reconfiguration par l'ordonnance du périmètre dans lequel est opéré le contrôle du motif économique se caractérise surtout en ce qu'elle contredit différentes solutions jurisprudentielles acquises. Il faut alors observer que ces solutions étaient partie intégrante d'une construction d'ensemble constituant une composante essentielle du régime des licenciements économiques.

Le motif de droit des arrêts *Thomson Videocolor* et *TWR-REPA* était d'un seul tenant (22) : dans le même temps, étaient définis différents motifs économiques susceptibles de justifier les licenciements et était précisé le périmètre dans lequel chacun de ces motifs devait être appréhendé. Ce périmètre est indissociable du motif lui-même, il est celui où se situent les réalités économiques en cause. La jurisprudence était conçue pour rester au plus près de ces réalités afin d'assurer l'effectivité du contrôle du motif économique.

Il en est ainsi pour les difficultés économiques qui doivent être considérées dans le cadre du secteur d'activité du groupe et non dans un cadre réduit à chaque filiale. Dans les groupes, la situation déficitaire d'une entité (par ex. d'une unité de production) particulière peut ne pas être significative : elle peut tenir à la répartition des rôles dans un ensemble où certaines activités peuvent être normalement déficitaires. C'est pourquoi la réalité des difficultés économiques n'est établie que lorsqu'elle l'est dans le cadre économiquement significatif, le secteur d'activité du groupe ; ce qui conduisait à juger qu'elle n'était pas établie lorsque la démonstration était limitée au territoire français (23).

De même, *a fortiori*, lorsqu'il s'agit de la sauvegarde de la compétitivité (24). Les « menaces pesant sur la compétitivité » (25), qui nécessitent une réorganisation comprenant des licenciements, tiennent à la situation et à l'évolution du marché ; leur réalité doit donc être établie dans le cadre du secteur d'activité du groupe correspondant à ce marché. C'est le cadre réellement pertinent, de sorte qu'il n'y avait pas lieu, selon la formule jurisprudentielle citée plus haut, « de le réduire aux entreprises situées sur le territoire national ».

Ainsi, les dispositions de l'ordonnance qui réduisent le périmètre pour le contrôle du motif économique - en le limitant au territoire national, mais aussi en adoptant une définition restrictive du groupe de sociétés - mettent à mal la cohérence du système jurisprudentiel précédent. L'effectivité du contrôle du motif risque de s'en trouver affectée : du fait de la réduction du périmètre, l'objet du contrôle se trouve lui-même réduit et déformé. Les représentants du personnel risquent en conséquence d'être privés d'éléments d'information essentiels. Le débat portant sur la justification du licenciement économique risque d'être détourné des réalités économiques réellement décisives.

Le Conseil constitutionnel a déjà jugé que les dispositions de la loi d'habilitation prévoyant que l'appréciation de la cause économique d'un licenciement pourrait être opérée « au niveau des entreprises appartenant au même groupe, situées sur le territoire national et relevant du même secteur d'activité » ne méconnaissent pas le droit à l'emploi (26). Dans l'une des décisions rendues en référé le 7 décembre 2017, le Conseil d'État en a immédiatement tiré des conséquences (27). Il reste tout de même à rechercher par quels moyens les risques d'ineffectivité du contrôle du motif résultant de la réduction du périmètre pourront être conjurés.

II. - Sur les exigences de reclassement

L'habilitation donnée au gouvernement dans la loi du 15 septembre 2017 prévoit, en particulier au c) du 2° de l'article 3, la possibilité de « préciser les conditions dans lesquelles l'employeur satisfait à son obligation de reclassement ». Dans l'ordonnance, ces précisions portent sur la forme des propositions de reclassements, sur l'éventualité de reclassement à l'étranger et sur le reclassement à rechercher dans le groupe.

A - Offres ou liste

L'obligation de reclassement objet de l'article L. 1233-4 du code du travail est de portée générale puisqu'elle est explicitement fondée sur le principe selon lequel « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré [...] ». La recherche de toutes les possibilités de reclassement s'impose donc à l'employeur. Elle doit déboucher sur des propositions faites aux salariés concernés. Le licenciement n'est justifié que si cette recherche a été menée et est restée infructueuse.

Cette obligation et son incidence sur la justification du licenciement économique ont été d'abord mises en évidence par la jurisprudence (28), qui a été ensuite consacrée par le législateur au titre du « volet licenciements économiques » de la loi dite « de modernisation sociale » du 17 janvier 2002. C'est cette loi qui a fait place dans le texte à une exigence particulière, ignorée jusqu'alors en jurisprudence, celle imposant que les offres de reclassement proposées au salarié soient précises et écrites. Il se trouve que la jurisprudence a intégré cette exigence pour en faire une application particulièrement rigoureuse. Donnant à la règle prescrivant un écrit toute la portée possible, la Cour de cassation a jugé que l'employeur qui n'avait pas adressé aux salariés d'offre de reclassement écrite ne pouvait pas échapper à une condamnation pour licenciement injustifié en rapportant par tous moyens la preuve que des propositions significatives leur avaient effectivement été faites (29). Corrélativement, elle excluait que les offres de reclassement puissent ne passer que par d'autres moyens de diffusion n'impliquant pas un examen individuel des possibilités de reclassement (30).

Les dispositions introduites dans l'article L. 1233-4 par l'article 16 de l'ordonnance offrent désormais à l'employeur une option. Il conserve la possibilité d'adresser « de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié », auquel cas « les offres de reclassement proposées au salarié sont précises et écrites ». Mais il peut aussi « diffuser par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés, dans des conditions précisées

par décret ».

L'ouverture de cette seconde voie a été justifiée, d'un côté, par les inconvénients résultant des règles jusqu'à présent applicables aux offres de reclassement : lourdeur d'un système n'admettant que les offres individualisées et insécurité résultant de la rigueur des exigences de forme applicables aux offres et des sanctions qui s'y attachent (31). Elle a été justifiée, de l'autre côté, par les mérites de la formule alternative, la simplicité du procédé consistant à diffuser la liste de l'ensemble des emplois disponibles (32), l'avantage résultant de ce que cette liste peut être actualisée en permanence pendant toute la période de reclassement (33).

En ce qui concerne cette voie nouvelle, l'utilisation des outils numériques pour l'établissement et la diffusion de la liste des postes disponibles a été souvent évoquée. Le décret d'application précise d'une part qu'en cas de diffusion d'une liste, celle-ci comprend les postes disponibles situés sur le territoire national dans l'entreprise et les autres entreprises du groupe. Il prévoit, d'autre part, que la liste précise les critères de départage entre salariés en cas de candidatures multiples sur un même poste, ainsi que le délai dont dispose le salarié pour présenter sa candidature, délai qui ne peut être inférieur à quinze jours et au terme duquel l'offre est réputée refusée (art. D. 1233-2-1, III rédaction du décret n° 2017-1725 du 21 déc. 2017). Les indications que les offres doivent comporter sont les mêmes quel que soit le mode de diffusion. Le décret d'application en donne donc une seule énumération : intitulé du poste et son descriptif ; nom de l'employeur ; nature du contrat de travail ; localisation du poste ; niveau de rémunération ; classification du poste (art. D. 1233-2-1, II, nouveau).

Quant à la première voie, son avenir paraît incertain. La règle selon laquelle les offres de reclassement faites à un salarié doivent être précises et écrites reste, certes, en vigueur. Mais il est douteux qu'elle soit appliquée à l'avenir comme elle l'était précédemment tant le contexte est modifié. En ce qui concerne l'exigence de précision, les indications énumérées au II du nouvel article D. 1233-2-1 seront sans doute considérées toujours comme suffisantes. En ce qui concerne l'exigence d'écrit, la jurisprudence évoquée plus haut selon laquelle en l'absence d'écrit l'employeur est réputé avoir manqué à son obligation de reclassement et est donc condamné pour licenciement injustifié même s'il a proposé autrement des postes de reclassement peut paraître maintenant dépassée (34). N'aurait-elle pas quelque chose d'anachronique, dès lors que l'ordonnance n° 2017-1387 a, s'agissant de l'indication écrite du motif dans la lettre de licenciement, réécrit l'article L. 1235-2 pour neutraliser une jurisprudence analogue (35), sur le fondement de l'idée générale selon laquelle il ne faut pas que la violation d'une règle de forme entraîne condamnation pour absence de cause réelle et sérieuse ?

On croit comprendre que, dans l'intention du législateur, la diffusion d'une liste de postes est un procédé qui se substitue à celui des offres individualisées beaucoup plus qu'il ne constitue une simple possibilité alternative.

B - Reclassements à l'étranger, suite et fin

Dans l'élaboration progressive de la jurisprudence relative à l'obligation de reclassement, il y eut le moment où la Cour de cassation a étendu cette obligation à la recherche de postes disponibles dans des entités du groupe situées à l'étranger. « Les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers » (36). Cette jurisprudence n'a pas cessé d'être critiquée. On lui reprochait son irréalisme. La proposition d'un poste lointain aux conditions locales, en particulier de rémunération, ne peut qu'être refusée. Il est déraisonnable d'en faire une obligation pour l'employeur. Le salarié, quant à lui, peut la ressentir comme inappropriée, dérisoire, voire blessante.

En fonction de ce débat, le législateur est intervenu à plusieurs reprises en l'espace de quelques années. Il s'est agi d'abord de la loi du 18 mai 2010 « visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une mesure de reclassement ». Elle faisait aux règles générales de l'article L. 1233-4 portant sur les emplois de reclassement une retouche ajoutant une exigence relative au niveau de rémunération. Mais elle prévoyait surtout dans un nouvel article L. 1233-4-1 un régime particulier du reclassement à l'étranger. Il en résultait qu'avant toute proposition de reclassement hors du territoire national, l'employeur devait interroger le salarié pour savoir s'il acceptait de recevoir de telles propositions, pour quels lieux et « sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de localisation et de rémunération ». La loi Macron du 6 août 2015 est allée beaucoup plus loin puisqu'elle a purement et simplement limité au territoire français l'obligation de reclassement du premier alinéa de l'article L. 1233-4 : désormais l'employeur n'est plus tenu de rechercher les possibilités de reclassement que sur des « emplois disponibles situés sur le territoire national ». Pour conserver, toutefois, une certaine place au reclassement à l'étranger, la même loi récrivait l'article L. 1233-4-1 afin de prévoir la possibilité pour le salarié dont le licenciement est envisagé de demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans les établissements situés à l'étranger en précisant d'éventuelles restrictions quant aux caractéristiques des emplois souhaités.

L'ordonnance n° 2017-1387 mène cette évolution à son terme en abrogeant ce dispositif spécifique de l'article L. 1233-4-1. Le décret d'application du 10 décembre 2015 (C. trav., art. D. 1233-2-1) en avait fait apparaître toute la complication : si l'employeur n'avait plus à interroger d'abord le salarié sur ses intentions (comme dans la loi de 2010), il devait tout de même « informer individuellement le salarié de la possibilité de recevoir des offres de reclassement hors du territoire national » ; cette information déclenchait le délai dont disposait le salarié « pour formuler par écrit sa demande de recevoir ces offres » ; suivait, « le cas échéant », l'envoi de offres elles-mêmes assorties du délai ouvert au salarié pour les accepter ou les refuser. L'abrogation de l'article L. 1233-4-1 peut bien être présentée comme une mesure de simplification libérant l'employeur de contraintes inutilement formalistes (37).

La limitation au territoire national que l'ordonnance applique maintenant au contrôle du motif économique résultait donc déjà, en ce qui concerne l'obligation de reclassement, de la loi Macron de 2015. Il en résulte assurément qu'un licenciement ne peut plus être contesté au motif que l'employeur n'aurait pas suffisamment recherché des possibilités de reclassement existant hors de France. Cela n'exclut pas, en revanche, que des dispositifs favorisant la mobilité internationale des salariés soient mis en place dans des perspectives de réorganisation, voire de réduction d'effectifs. Ils peuvent avoir leur place parmi les mesures de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ils peuvent aussi être prévus dans le cadre de PSE et être alors pris en compte pour l'appréciation de la pertinence et de l'équilibre du plan.

C - Le groupe de reclassement

Revenons à la jurisprudence des arrêts *Thomson Videocolor* et *TWR REPA* pour rappeler la fin de leur grand motif de droit, laquelle porte sur les exigences de reclassement (38) : « Qu'enfin, les possibilités de reclassement des

salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». Cette formule fait apparaître une limitation spécifique du périmètre : ce qui importe au premier chef quand il s'agit de reclassement, c'est l'existence d'une aire de mobilité caractérisée par une permutableté effective des salariés.

Ce critère de la permutableté était jugé suffisamment décisif pour que soient retenues pour délimiter le champ de l'obligation de reclassement des aires de mobilité ne correspondant pas à des groupes de sociétés au sens du droit des sociétés... ou au sens du droit du comité de groupe. Exemple significatif : celui des arrêts du 16 novembre 2016 qui concerne les centres Leclerc fait bien apparaître qu'un « groupement de commerçants indépendants, se structurant autour d'une association des centres distributeurs décidant de l'attribution de l'enseigne à ses adhérents et définissant les orientations globales du réseau » était susceptible de constituer « un même groupe de reclassement », pour autant qu'il serait démontré « que l'organisation du réseau de distribution auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel » (39).

Un arrêt plus ancien vaut d'être cité ici parce qu'il est particulièrement explicite relativement à l'autonomie du groupe de reclassement : « Le groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées, en cas de licenciement pour motif économique, ne se confond pas avec le groupe juridiquement défini par l'article L. 439-1 du code du travail relatif à la constitution du comité de groupe mais s'entend de l'ensemble formé par les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel » (40).

Au regard de la jurisprudence ainsi rappelée, les adjonctions apportées à l'article L. 1233-4 par le 1° de l'article 16 de l'ordonnance n° 2017-1387 peuvent paraître contradictoires. D'abord, en effet le premier alinéa de l'article L. 1233-4 est complété par la reprise de la formule qui, en jurisprudence, caractérise le groupe de reclassement : « [...] et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » (41). Mais ensuite est ajouté un deuxième alinéa, analogue à celui ajouté à l'article L. 1233-3 et qu'on a évoqué plus haut ; comme lui, il a été réécrit à l'occasion de la « sixième ordonnance » du 20 décembre 2017 et il dispose donc désormais : « Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce ». Ce renvoi direct aux articles du Code de commerce contredit sans aucun doute la jurisprudence de l'arrêt *Pigier* du 31 janvier 2001 ; il en résulte une définition certainement restrictive du groupe de sociétés (42). Son introduction dans l'article L. 1233-4 opère une limitation nouvelle des exigences de reclassement dans les groupes.

L'ordonnance, si elle reprend la formule jurisprudentielle relative au champ d'application de l'obligation de reclassement, en réduit considérablement la portée. Pour la Cour de cassation, jusqu'à présent, la réalité des possibilités de permutations de personnel entre différentes entreprises était la condition nécessaire mais suffisante pour que les reclassements aient à être recherchés dans l'ensemble de ces entreprises. La définition du groupe telle qu'introduite au deuxième alinéa de l'article L. 1233-4 implique une autre condition : il faut aussi - il faut d'abord, sans doute - que l'on soit en présence d'un groupe de sociétés *stricto sensu*, reconnu comme tel au regard des règles du Code de commerce (43). La dynamique de la jurisprudence procédait de l'idée selon laquelle, en matière de reclassement, tout ce qui peut être fait doit être fait. Il est clair que la nouvelle rédaction de l'article L. 1233-4 rompt avec cette dynamique. Il en résultera un recul de l'obligation de reclassement qu'il est sans doute trop tôt pour mesurer exactement.

Le questionnement sur l'autonomie du groupe de reclassement pourrait, au demeurant, être prolongé dans une autre direction. En ce qui concerne le contenu du PSE qui doit être établi pour les grands licenciements économiques, l'appartenance de l'employeur à un groupe a donné lieu à plusieurs arrêts récents caractéristiques de l'état de la jurisprudence à la veille de la réforme de 2017. À partir de la directive, jurisprudentielle à l'origine mais consacrée par la loi en 2002, selon laquelle « la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens dont disposent l'entreprise et le groupe dont elle fait partie pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement », ces arrêts font une distinction : s'agissant des possibilités de reclassement au sein du groupe, la pertinence des mesures figurant au PSE « doit s'apprécier parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel » ; en revanche, s'agissant des moyens financiers du groupe, « la pertinence doit s'apprécier compte tenu des moyens de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national » (44).

Ces solutions vont évidemment devoir être mises à jour, en fonction des évolutions du droit des licenciements économiques. Le cadre est maintenant (depuis 2013) celui d'un contrôle du contenu du plan exercé par l'autorité administrative et portant sur le PSE unilatéral soumis à son homologation (art. L. 1233-57-3, 1°) (45). Sous cette réserve, il paraît inévitable de distinguer encore : s'agissant du contrôle portant spécifiquement sur les mesures de reclassement, il doit forcément tenir compte des limites (restriction au territoire national, définition restrictive du groupe) apportées aux exigences de reclassement par les nouveaux textes ; s'agissant de la mesure des moyens du groupe, il est moins évident qu'une remise en cause des solutions de la jurisprudence (celle de la Cour de cassation) s'impose (46).

Mots clés :

LICENCIEMENT * Licenciement économique * Reclassement * Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 * Motif économique * Contrôle du juge * Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017
TRAVAIL * Généralités * Code du travail * Réforme * Ordonnances du 22 septembre 2017 * Rupture du contrat de travail

(1) V. Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC :

« 48. En premier lieu, le législateur a autorisé le gouvernement à modifier les règles relatives au licenciement économique en adaptant les modalités des licenciements collectifs à la taille de l'entreprise et au nombre de ces licenciements. Ce faisant, le législateur a suffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention. Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 38 de la Constitution doit être écarté.

49. En second lieu, ce faisant, le législateur n'a pas retenu des critères qui, par eux-mêmes ou par les conséquences

qui en découlent nécessairement, seraient contraires au principe d'égalité devant la loi. Les dispositions contestées ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de l'article 38 de la Constitution, de respecter ce principe. Le grief tiré de sa méconnaissance doit donc être écarté ».

(2) La rédaction maladroite de cet alinéa qui résultait de l'ordonnance n° 2017-1387 a déjà été corrigée par la « sixième ordonnance » (ordonnance n° 2017-1718 du 20 déc. 2017).

(3) V. Soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690, Bull. civ. V, n° 123 ; D. 1995. 503 [📄](#), note M. Keller [📄](#) ; *ibid.* 367, obs. I. de Launay-Gallot [📄](#) ; Dr. soc. 1995. 482, note P. Waquet [📄](#) ; *ibid.* 489, note G. Lyon-Caen [📄](#). Le motif, figurant aussi en tête des arrêts *TWR REPA* du même jour (n° 93-43.866, Bull. civ. V, n° 123 ; D. 1995. 503 [📄](#), note M. Keller [📄](#) ; *ibid.* 367, obs. I. de Launay-Gallot [📄](#) ; Dr. soc. 1995. 482, note P. Waquet [📄](#)), est dans toutes les mémoires : « Si la réalité de la suppression ou transformation d'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail est examinée au niveau de l'entreprise, les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée ; [...] qu'enfin, les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ».

(4) V. not., Soc., 12 juin 2001, n° 99-41.571, Bull. civ. V, n° 214 ; D. 2001. 2560 [📄](#) ; Dr. soc. 2001. 894, obs. C. Masquefa [📄](#).

(5) On pense en particulier aux importants arrêts de la chambre sociale du 16 nov. 2016 (n^{os} 15-15.190, 15-19.927 et 14-30.063, publiés au Bulletin ; D. 2016. 2407, obs. N. explicative de la Cour de cassation [📄](#) ; *ibid.* 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier [📄](#) ; *ibid.* 840, obs. P. Lokiec et J. Porta [📄](#) ; Dr. soc. 2017. 221, étude M. Gadrat [📄](#) ; RDT 2017. 44, obs. M. Kocher [📄](#)) et à la série des arrêts du 21 sept. 2017 (n° 16-23.223, publié au Bulletin ; D. 2017. 1922 [📄](#) ; JCPS 2017. 1348, note Morvan) qui seront évoqués plus loin.

(6) Dans son rapport à l'Assemblée nationale sur la loi de ratification (rapp. AN n° 369, p. 348), M. Pietraszewski parle de « contrecarrer une jurisprudence qui a conduit par le passé à priver des entreprises manifestement confrontées à des difficultés économiques de toute possibilité de réorganisation ».

(7) Ce risque a encore été dénoncé lors de la discussion parlementaire de la loi de ratification, par exemple dans les termes suivants : « Vous allez créer un appel d'air en laissant aux multinationales tout loisir de détruire des emplois dans des sites français quand elles estimeront qu'il sera plus intéressant de les délocaliser dans des pays à fiscalité ou aux coûts sociaux plus intéressants (J.-P. Lecoq, AN, 2^e séance du 23 nov. 2017 sur les amendements 68 et 359).

(8) Observons toutefois que dans son avis sur la loi d'habilitation en date du 22 juin 2017 (avis n° 393357, n° 13, p. 4), le Conseil d'État se référait à son avis précédent portant sur le projet de loi travail (avis, 17 mars 2016, n° 391197, pt 26), dans lequel il considérait que le complément de la définition du motif économique du licenciement par une disposition concernant le cas, qui ne procède ni de la fraude, ni d'une décision de gestion de l'entreprise, dans lequel cette dernière organise artificiellement une situation à seule fin de pouvoir justifier des licenciements pour motif économique, se fondait sur un motif d'intérêt général tenant à la préservation de l'emploi sur le territoire national, sans pour autant porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Il y estimait que cette disposition visant à régir des situations s'apparentant à un abus de droit ne se heurtait pas à des difficultés constitutionnelles.

(9) Comme l'écrit P. Morvan, note préc. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-23.223, D. 2017. 1922 [📄](#) qui y voit un facteur de « cohérence du droit positif ».

(10) V. Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, D. 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier [📄](#) ; *ibid.* 840, obs. P. Lokiec et J. Porta [📄](#) ; *ibid.* 881, obs. D. Ferrier [📄](#) ; Rev. sociétés 2017. 243, note F. Petit [📄](#) ; Dr. soc. 2017. 221, étude M. Gadrat [📄](#) ; RDT 2017. 44, obs. M. Kocher [📄](#) et Soc., 16 nov. 2016, n° 15-19.927, *Centres Leclerc*, publiés au Bulletin ; D. 2016. 2408, obs. N. explicative de la Cour de cassation [📄](#) ; *ibid.* 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier [📄](#) ; *ibid.* 840, obs. P. Lokiec et J. Porta [📄](#) ; Rev. sociétés 2017. 243, note F. Petit [📄](#) ; Dr. soc. 2017. 221, étude M. Gadrat [📄](#) ; RDT 2017. 44, obs. M. Kocher [📄](#) ; JCP S 2017. 1030, note B. Bossu.

(11) La dualité de ces approches complémentaires remonte au moins à la rédaction de l'article L. 439-1 (texte ayant précédé l'article L. 2331-1) résultant de la Loi du 12 nov. 1996.

(12) C'est à cette lecture que correspondent, en jurisprudence, la distinction du contrôle et de l'influence dominante et, dans son prolongement, celle des « liens capitalistiques » et du « rapport de domination » (v., not. Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, préc.).

(13) A. Fabre, *Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ?*, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1784, p. 4,

(14) Cette référence à l'art. L. 2331-1, I dans l'ordonnance 2017-1387 faisait difficulté parce que, relatif à la constitution du comité de groupe, ce texte évoque exclusivement le groupe formé par une entreprise dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle. Il en résultait des complications de rédaction qui ont disparu avec la réécriture du texte par la « sixième ordonnance ».

(15) V. le tableau intitulé « La définition du contrôle d'une filiale par une société mère au sens du code de commerce », tel qu'il figure dans le rapport précité de M. L. PIETRASZEWski sur la Loi de ratification, p. 349.

(16) L'expression « influence dominante » qui y est utilisée est généralement considérée comme caractéristique ... du II de l'article L. 2331-1.

(17) « S'agissant du secteur d'activité, cette notion jurisprudentielle n'a toutefois jamais été définie clairement par le juge, qui s'appuie sur un faisceau d'indices relatifs à la nature des produits, à la clientèle à laquelle ils s'adressent et au mode de distribution mis en oeuvre par l'entreprise » (L. Pietraszewski, rapp. AN n° 19, sur la loi d'habilitation, 6 juill. 2017. 192, et rapp. AN n° 369, sur la loi de ratification, 9 nov. 2017) ; comp. L'étude d'impact de la loi d'habilitation, p. 42.

(18) Soc., 10 févr. 2010, n° 08-41.109, NP. C'est sans doute cette méthode qui conduit à juger que la technologie mise en oeuvre n'est pas à elle seule décisive et à décider en conséquence qu'au sein du groupe Kodak l'argentique et le numérique ne constituaient pas des secteurs d'activité distincts : « Relèvent d'un même secteur d'activité les entreprises dont l'activité économique a le même objet, quelles que soient les différences tenant aux modes de production des biens et de fournitures des services comme aux caractéristiques des produits ou des services ; la fabrication et la commercialisation de produits liés à l'imagerie, dont les seules différences tiennent à leurs caractéristiques techniques résultant, dans un cas, de l'utilisation de la méthode dite « argentique » et, dans l'autre, de la technique dite "numérique" relèvent en conséquence d'un seul et même secteur d'activité » (Soc., 24 oct. 2012, n°s 11-23.418, 11-23.419 et 11-23.420, NP).

(19) Noter : la retouche (le « ainsi que ») portée au texte par la « sixième ordonnance du 20 déc. 2017.

(20) V. L. Pietraszewski, rapp. AN n° 369, préc., p. 350.

(21) V. A. Fabre, préc., p. 4, qui se rassure toutefois : elles pourraient n'être que « théoriques compte tenu de la limitation de l'appréciation du motif économique aux entreprises établies sur le territoire national ».

(22) Soc., 5 avr. 1995, n°s 93-42.690 et 93-43.866, préc. (motif reproduit ci-dessus, note 2).

(23) V., par ex., Soc. 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ. V, n° 5 ; D. 2009. 815, obs. S. Maillard  ; *ibid.* 2128, obs. J. Péliissier, T. Aubert, M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Péliissier et B. Reynès  ; RDT 2009. 306, obs. J.-Y. Frouin .

(24) Observons que les arguments avancés pour justifier les limitations du périmètre opérées par l'ordonnance portent exclusivement sur le contrôle des difficultés économiques. Ainsi, dans son rapp. AN n° 369 préc., M. Pietraszewski évoque seulement la « définition du périmètre d'appréciation des difficultés économiques ».

(25) Pour reprendre une formule de la Cour de cassation, v., par ex. Soc., 20 juin 2007, n° 06-40.853, NP.

(26) Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, préc., n° 43.

(27) « Par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 15 de l'ordonnance contestée, qui se bornent à modifier en ce sens l'article L. 1233-3 du code du travail, porteraient atteinte au droit à l'emploi n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de ces dispositions » (CE, 7 déc. 2017, n° 415243, n° 14).

(28) À partir de deux arrêts fondateurs, l'arrêt *Assurance Mutuelle universitaire* (Soc., 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494, Bull. civ. V, n° 228 ; D. 1992. 155 ) et l'arrêt *Jardin* (Soc., 8 avr. 1992, n° 89-41.548, Bull. civ. V, n° 258, p. 158, D. 1992. 147  ; Dr. soc. 1992. 626 .

(29) Soc., 20 sept. 2006, n° 04-45.703, Bull. civ. V, n° 276 ; D. 2006. 2345, obs. E. Pahlawan-Sentilhes  ; *ibid.* 2007. 686, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, P. Lokiec, E. Peskine et C. Wolmark  ; Dr. soc. 2006. 1151, note G. Couturier . Le communiqué accompagnant cet arrêt exprimait la volonté de la Cour de prendre « en considération la finalité de cette disposition, qui tend à assurer l'effectivité du droit du salarié au reclassement et la certitude de la réalité des offres de reclassement ».

(30) V. not. Soc., 26 sept. 2006, n° 05-43.840, RDT 2006. 316, obs. P. Waquet . En l'espèce, était prévue la diffusion d'une liste de postes disponibles sur le site intranet de l'entreprise.

(31) « Les procédures utilisées aujourd'hui présentent plusieurs écueils : la procédure actuelle constitue une charge importante pour les entreprises en matière d'organisation dès lors que chaque offre doit être personnalisée ; elle insécurise les entreprises car un défaut d'information sur le reclassement peut fragiliser juridiquement les licenciements, sans gain réel pour les salariés » (étude d'impact de la loi d'habilitation, p. 43).

(32) Ainsi, dans le rapport au président de la République sur l'ordonnance : « Les processus de reclassement sont simplifiés : tous les salariés pourront avoir accès à toutes les offres d'emploi disponibles de l'entreprise, en toute transparence, par affichage ou par l'intranet de l'entreprise par exemple ».

(33) V. les déclarations de la ministre lors de la discussion à l'Assemblée nationale de la loi de ratification (AN, 2^e séance du 23 nov. 2017) : « Le vrai plus, c'est que, dorénavant, en période de reclassement, les salariés auront accès à toutes les offres d'emploi proposées en interne, de façon continue pendant toute la durée du plan, par voie intranet ou par d'autres moyens ».

(34) Soc., 20 sept. 2006, n° 04-45.703, préc.

(35) Celle, évidemment, de l'arrêt *Rogie* (Soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308, Bull. civ. V, n° 598 ; D. 1991. 3  ; Dr. soc. 1991. 99, note J. Savatier .

(36) Soc., 7 oct. 1998, n° 96-42.812, Bull. civ. V, n° 407 ; D. 1999. 310 , note J. K. Adom  ; *ibid.* 177, obs. B. Reynès .

(37) « Cette procédure issue de la loi du 6 août 2015 en contrepartie de la fixation d'un périmètre national aux obligations de reclassement interne pesant sur l'employeur, représentait une charge lourde pour ce dernier en termes d'information individuelle des salariés, pour des propositions d'offres souvent éloignées des attentes des salariés » (L. Pietraszewski, rapp. AN n° 369 préc., p. 350).

(38) Soc., 5 avr. 1995, n°s 93-42.690 et 93-43.866, préc.

(39) Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, préc. - En ce qui concerne les réseaux de franchise, v. Com., 15 janv. 2014, n° 12-22.944, D. 2015. 943, obs. D. Ferrier  : « L'activité dans le cadre d'un contrat de franchise ne suffit pas à démontrer l'absence de possibilités de permutation de personnel ».

(40) Soc., 31 janv. 2001, n° 98-43.897, *Groupe Pigier*, Dr. soc. 2001. 565, obs. G. Couturier .

(41) L'expression « assurent la permutation » utilisée ici paraît moins exacte que l'expression « permettent la permutation » utilisée par la Cour de cassation. Le rapporteur à l'Assemblée nationale de la loi de ratification l'a signalé (v. L. Pietraszewski, rapp. AN n° 369 préc., p. 351), mais il ne semble pas que la correction ait été décidée.

(42) Dans le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2017-1387, il est simplement avancé que « la définition retenue de la notion de groupe est celle du code de commerce ».

(43) C'est la perception qu'en a A. Fabre (préc., p. 5) : « Le renvoi à l'article L. 2331-1, I brise assurément cette jurisprudence. Dorénavant, il est clair que le groupe de reclassement ne peut être qu'un sous-groupe de sociétés ».

(44) V. Soc., 16 nov. 2016, n° 15-15.190, publié au Bulletin ; D. 2016. 2407, obs. N. explicative de la Cour de cassation  ; *ibid.* 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier  ; *ibid.* 840, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2017. 221, étude M. Gadrat  ; RDT 2017. 44, obs. M. Kocher  - Plus récemment encore Soc., 21 sept. 2017, n° 16-23.223, préc.

(45) Sur ce contrôle, le Conseil d'État a déjà mis au point ses formules : « Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier la conformité de ce document et du plan de sauvegarde de l'emploi dont il fixe le contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles applicables [...] ; qu'à ce titre elle doit, au regard de l'importance du projet de licenciement, apprécier si les mesures contenues dans le plan sont précises et concrètes et si, à raison, pour chacune, de sa contribution aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés, elles sont, prises dans leur ensemble, propres à satisfaire à ces objectifs compte tenu, d'une part, des efforts de formation et d'adaptation déjà réalisés par l'employeur et, d'autre part, des moyens dont disposent l'entreprise et, le cas échéant, l'unité économique et sociale et le groupe » (v. par ex. CE, 30 mai 2016, n° 38411, *Sté Milonga*).

(46) P. Morvan (préc. sous Soc., 21 sept. 2017, n° 16-23.223 ; D. 2017. 1922 ) écrit qu'il serait « déconcertant que la cause économique de licenciement s'apprécie et l'obligation de reclassement des salariés licenciés s'exécute désormais sur le seul territoire national (selon l'ordonnance n° 2017-1387) » tandis que le caractère suffisant du PSE se mesurerait encore « à l'aune des moyens financiers dont disposent les sociétés du groupe situées en France comme à l'étranger ».

Revue de droit du travail 2017 p.790

Coemploi : les juges du fond ne désarment pas !
Douai (ch. soc.), 29 septembre 2017, n° 17/1817

Gilles Auzero

« De l'ensemble de ces éléments, il ressort, d'une part, que les conventions conclues entre les parties ont favorisé une imbrication des comptes et mis directement en cause les prérogatives comptables de la société Imprimerie Georges Frère laquelle ne disposait plus, au regard de cette immixtion dans sa gestion économique, de la moindre autonomie en la matière, et d'autre part, qu'il existait entre les patrimoines des sociétés du groupe Mercator Press des relations financières anormales caractérisées par des mouvements financiers sans contrepartie, dans le dessein ou avec l'effet d'avantager les patrimoines des sociétés mères et grand-mères au détriment du patrimoine de la filiale et constitutives d'une confusion des patrimoines.

Il convient en conséquence de confirmer le jugement en ce qu'il retient que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales doivent être considérées comme coemployeurs au même titre que la société Imprimerie Georges Frère. »

Sonnant avant tout comme un rappel à l'ordre à destination des juges du fond, l'arrêt *Molex* rendu le 2 juillet 2014 a durablement marqué la volonté de la Cour de cassation de cantonner le coemploi à des situations exceptionnelles (1). Cette position de principe s'est d'ailleurs par la suite accompagnée d'un nombre considérable de décisions de la chambre sociale censurant des arrêts d'appel ayant, sans doute trop facilement, retenu le coemploi. Sans nullement entrer en résistance, certains juges du fond n'ont pourtant pas renoncé à admettre des situations de coemploi, s'efforçant de motiver leur position au regard des exigences énoncées par la Cour de cassation. Une remarquable décision rendue le 29 septembre 2017 par la cour d'appel de Douai en porte témoignage (2).

Pour aller à l'essentiel, était en l'espèce en cause la société Imprimerie Georges Frère, créée en 1954. En 1989, elle était devenue la filiale de la société Mercator Press NV, laquelle assure l'activité de production du groupe Mercator Press, un groupe belge spécialisé dans l'impression offset et composé de la société Mercator Press et de la société Mercator Press Sales, société holding qui détient 99 % du capital de la société Mercator Press. Depuis 2010, la totalité du capital de la société Imprimerie Georges Frère était détenue par la société Mercator Press. Consécutivement à la liquidation judiciaire de la société Imprimerie Georges Frère, intervenue en 2011, trente-huit salariés ont été licenciés pour motif économique (3). Vingt-neuf d'entre eux, dont le salarié ayant interjeté appel, ont alors saisi la juridiction prud'homale de demandes formées à l'encontre des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales pour obtenir, à titre principal, paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en se prévalant de la qualité de coemployeurs de ces deux sociétés.

La cour d'appel de Douai confirme le jugement prud'homal en ce qu'il a retenu que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales doivent être considérées comme coemployeurs au même titre que la société Imprimerie Georges Frère. Prenant d'abord soin de rappeler le motif de principe énoncé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Molex* (4), les juges d'appel s'emploient ensuite à caractériser, comme il se doit, l'immixtion anormale des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales dans la gestion économique et sociale de la société Imprimerie Georges Frère. Pour être tout à fait précis, cette ingérence anormale vient ici en déduction du constat de « relations financières anormales entre les sociétés, caractérisées par des mouvements financiers sans contrepartie, dans le dessein ou avec l'effet d'avantager les patrimoines des sociétés mères et grand-mères au détriment du patrimoine de la filiale et constitutives d'une confusion des patrimoines » (5).

S'appuyant notamment sur le bilan économique et social de la société Imprimerie Georges Frère établi par l'administrateur judiciaire, les juges relèvent, de façon générale, que « les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales ont toujours été redevables de sommes très conséquentes à l'égard de leur filiale en se refusant d'honorer les factures présentées par celle-ci ». Entrant ensuite dans le détail, les magistrats s'attachent à relever un certain nombre d'anomalies dans la mise en oeuvre de conventions de gestion de trésorerie et de prestations de services, non sans avoir souligné que ces conventions correspondent à un système d'organisation fréquent au sein d'un groupe (6).

Ainsi, une convention de trésorerie signée en 2010 entre les sociétés Georges Frère, Mercator Press et Mercator Press Sales avait inclus « les flux entre les sociétés et opérations financières telles que les avances de trésorerie, facturations et prestations entre sociétés » (7), ce qui a permis, selon la cour d'appel de Douai, « de déposséder la filiale de la maîtrise de sa comptabilité ». La facturation des commandes réalisées par la société Imprimerie Georges Frère était effectuée, depuis le 31 janvier 2011, directement aux clients par la société Mercator Press Sales, laquelle procédait à la mobilisation de ces créances et percevait à J+1, 85 % du montant de la facturation mobilisée, tandis que la société Imprimerie Georges Frère facturait à la société mère les travaux qui lui avaient été confiés selon le principe « prix pour prix ».

En outre, il est relevé que l'administrateur judiciaire avait indiqué, dans son rapport, que depuis le mois de janvier 2011, la société Georges Frère n'avait perçu de Mercator Press Sales qu'un paiement partiel des sommes dues alors même qu'au titre du solde de refacturation arrêtée en février cette société était débitrice de la somme de 1 312 660 €, montant auquel devaient s'ajouter les dernières factures de mars, privant ainsi la filiale de liquidités. Par ailleurs, la société Mercator Press Sales avait refacturé à la filiale la totalité de la rémunération annuelle de ses techniciens s'agissant pourtant d'interventions ponctuelles, faisant ainsi supporter à la société Imprimerie Georges Frère, des sommes sans aucune contrepartie. Il faut encore ajouter que l'examen du compte Mercator Press/Georges Frère a mis en évidence la créance de la seconde à l'égard de la première d'un montant de 913 587 € au titre de prestations et fournitures de matériel.

La cour d'appel mentionne enfin l'achat par la société Imprimerie Georges Frère, pour la somme de 1 400 000 €, d'une machine offset appartenant à la société Mercator Press. Le paiement devait s'effectuer par compensation en diminution du compte-courant débiteur de la société mère chez la société Imprimerie Georges Frère, qui détenait une créance de 1 500 000 €. Or, selon les magistrats, les circonstances ayant entouré cette vente « traduisent une immixtion anormale du groupe Mercator Press dans la gestion économique de sa filiale ». Outre que la machine en

cause, livrée en pièces détachées, n'avait jamais fonctionné en l'absence des cartes mères, il s'avère que le prix de vente était bien au-dessus de la valeur réelle de la machine ¹⁰(8).

Au total, les magistrats de la cour d'appel de Douai considèrent que « de l'ensemble de ces éléments, il ressort, d'une part, que les conventions conclues entre les parties ont favorisé une imbrication des comptes et mis directement en cause les prérogatives comptables de la société Imprimerie Georges Frère laquelle ne disposait plus, au regard de cette immixtion dans sa gestion économique, de la moindre autonomie en la matière, et d'autre part, qu'il existait entre les patrimoines des sociétés du groupe Mercator Press des relations financières anormales caractérisées par des mouvements financiers sans contrepartie, dans le dessein ou avec l'effet d'avantager les patrimoines des sociétés mères et grand-mères au détriment du patrimoine de la filiale et constitutives d'une confusion des patrimoines ».

On pourrait, de prime abord, s'étonner qu'il soit fait référence dans l'arrêt à la confusion des patrimoines, dont on sait qu'elle fonde, dans le droit des entreprises en difficulté, l'extension d'une procédure collective ouverte à l'encontre d'un débiteur à une ou plusieurs autres personnes. *A priori*, on ne situe pas ici sur le même registre que le coemploi. On rappellera à cet égard que dans la célèbre affaire *Metaleurop*, tandis que la Chambre sociale a admis l'existence d'une situation de coemploi ¹¹(9), la Chambre commerciale a censuré l'arrêt de la cour d'appel de Douai procédant à une extension de procédure en raison d'une confusion des patrimoines ¹²(10). À s'en tenir là, il pourrait être avancé que les critères du coemploi ne sont pas ceux de la confusion des patrimoines ; ce qui, par là même, conduirait à porter un regard critique sur l'arrêt présentement commenté. Il y a cependant là un pas que l'on se gardera bien de franchir. Au contraire, le raisonnement suivi par les magistrats douaisiens paraît devoir être pleinement approuvé ; ce qui revient à dire que fonder le coemploi sur des critères pouvant par ailleurs être retenus pour caractériser la confusion des patrimoines est judicieux.

D'un point de vue général, il existe une certaine proximité entre la jurisprudence de la Chambre sociale relative au co-emploi et celle de la Chambre commerciale en matière de confusion des patrimoines. Alors que la première refuse que la caractérisation d'une situation de coemploi puisse résulter de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, la seconde entend faire la « distinction entre interdépendance économique ou financière (ou unité économique d'entreprise) et confusion des patrimoines » ¹³(11).

Il apparaît ainsi que le coemploi, pas plus que la confusion des patrimoines, ne peut dépendre de l'étroitesse des relations existant entre deux sociétés. On reste ici dans le registre du « normal », qui ne peut être sanctionné au titre de ces techniques. La difficulté, dans un cas comme dans l'autre, est de déterminer à quel moment on tombe dans « l'anormal ». S'agissant de la confusion des patrimoines, il en va surtout ainsi lorsqu'elle procède de l'existence de relations financières anormales entre deux sociétés ¹⁴(12). Ainsi qu'il est observé, « l'anormalité se déduit d'abord de l'absence de toute contrepartie. L'existence ou non de cette contrepartie devrait s'apprécier au regard de l'ensemble des relations nouées entre les deux personnes, et non pas au regard d'une opération envisagée isolément, sous peine d'interdire toute concertation entre des sociétés membres d'un même groupe. La poursuite d'un intérêt commun peut ainsi établir cette contrepartie et justifier un sacrifice apparent [...] ».

Pour en revenir à l'arrêt commenté, il apparaît clairement que des relations financières anormales avaient été établies entre la société Georges Frère et les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, qui plus est de façon systématique. Il est en outre tout aussi clair que ces relations ne servaient pas un intérêt commun ¹⁵(13), mais, pour reprendre les termes de l'arrêt, avaient permis d'avantager les seuls patrimoines des sociétés mères et grand-mères.

On admettra qu'au lieu d'affirmer que ces relations financières anormales étaient constitutives d'une confusion des patrimoines, la cour d'appel de Douai aurait tout aussi bien pu dire qu'elles témoignaient d'une triple confusion d'activités, de direction et, surtout, d'intérêts. Il ne s'agit pas de dire ici que la confusion de patrimoine, au sens du droit des entreprises en difficulté, doit systématiquement être assimilée à la triple confusion fondant le coemploi, mais que la confusion de patrimoine telle qu'elle a été caractérisée en l'espèce revient à établir la « triple confusion » du coemploi.

Cela étant démontré, et sous réserve de l'improbable situation dans laquelle le dirigeant d'une filiale accepterait, en toute liberté, de la déposséder de ses actifs au profit de ses actionnaires majoritaires ¹⁶(14), il y lieu de considérer que cette situation ne pouvait qu'être la conséquence d'une immixtion anormale des sociétés mères et grand-mères dans la gestion économique et sociale de leur filiale. Remarquons que, dans un cas comme dans l'autre, est complètement méconnu l'intérêt social de la filiale. Il importe à cet égard que relever que, statuant sur le bien-fondé du licenciement économique du salarié appelant, les magistrats de la cour d'appel de Douai soulignent que l'immixtion des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales dans la gestion économique de la société Georges Frère leur a permis « de prendre dans leur intérêt exclusif des décisions dommageables pour celle-ci qui ont aggravé sa situation économique et l'on privée de toute capacité d'agir conformément à son intérêt social ». Cela revient à dire que les sociétés mères et grand-mères avaient non seulement méconnu l'intérêt social de la filiale, mais avaient, qui plus est, agi dans leur intérêt égoïste.

Tout cela témoigne d'un abus de personnalité juridique que, soit dit en passant, la confusion des patrimoines vient, dans le champ du droit des entreprises en difficulté, sanctionner ¹⁷(15). On peut toutefois avancer que c'est plutôt la fictivité de la filiale qui était ici en cause ¹⁸(16). En tout état de cause, cela tend à accréditer l'idée que le co-emploi est, avant tout, la sanction d'un abus de personnalité morale ¹⁹(17). Mais l'enseignement majeur de l'arrêt sous examen nous paraît résider dans le fait que l'immixtion anormale d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre, dont la preuve directe s'avère généralement délicate à établir, peut tout à fait être déduite de l'anormalité des relations entre les sociétés et de la méconnaissance par l'une de l'intérêt social de l'autre. En d'autres termes, il est des situations dans lesquelles la confusion d'intérêts, d'activités et de direction ne peut qu'être la conséquence d'une immixtion anormale d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre.

Mots clés :

ENTREPRISE * Employeur * Coemploi * Existence du coemploi * Juges du fond

(1) Soc. 2 juill. 2014, n° 13-15.208, Bull. civ. V, n° 159 ; D. 2014. 1502 ²⁰ ; *ibid.* 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ²¹ ; *ibid.* 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ²² ; Rev. sociétés 2014. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ²³ ; RDT 2014. 625, obs. M. Kocher ²⁴ ; Rev. crit. DIP 2015. 594, note F. Jault-Seseke ²⁵ ; JCP S 2014. 1311, note G. Loiseau ; Sem. soc. Lamy 2014, n° 1645, note G. Auzero ; CSB 2014, n° 266. 151, note J. Icard.

(2) L'auteur remercie S. Ranc, doctorant à l'Université de Bordeaux, qui lui a transmis cet arrêt.

(3) Il n'est pas inintéressant de relever que le liquidateur avait assigné les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale, les tenant pour dirigeants de fait de celle-ci. Cette action s'est soldée par un accord transactionnel par lequel ces sociétés se sont engagées à verser la somme de 400 000 €.

(4) Rappelons que, pour la Cour de cassation, « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ».

(5) Nous reprenons ici les termes mêmes de l'arrêt sous examen.

(6) Ce qui démontre, là encore, que les juges d'appel ont entendu se situer dans le sillage de la Cour de cassation, celle-ci ayant considéré que le seul fait que des conventions de trésorerie et d'assistance aient été signées entre deux sociétés ne peut suffire à caractériser une situation de coemploi, v. Soc. 7 mars 2017, n° 15-16.865, D. 2017. 650 ; Dr. soc. 2017. 843, chron. S. Tournaux ; RDT 2017. 256, obs. G. Auzero.

(7) Une précédente convention, signée en 2007 entre les sociétés Georges Frère et Mercator Press et modifiée en 2008, excluait expressément tous les flux commerciaux ou opérations pouvant découler de l'activité propre des parties et des prestations, livraisons intragroupes et de tous les paiements comptabilisés dans les comptes clients et fournisseurs de chacune des parties.

(8) Ce qui avait conduit le comité d'entreprise à faire usage de son droit d'alerte, celui-ci considérant que ce projet d'acquisition risquait de compromettre l'avenir de la société Imprimerie Georges Frère.

(9) Soc. 28 sept. 2011, n° 10-12.278, inédit, D. 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; 12 sept. 2012, n° 11-12.343, inédit.

(10) Com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094, Bull. civ. IV, n° 92 ; D. 2005. 1225, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2005. 897, note D. Robine et J. Marotte ; RTD com. 2005. 541, obs. C. Champaud et D. Danet. Il est à souligner qu'appelée à statuer une nouvelle fois dans cette affaire sur une question de coemploi, la cour d'appel de Douai s'est refusée à l'admettre, se fondant notamment sur les contrats de gestion de trésorerie intervenus entre les sociétés, v. Douai, ch. soc., 31 janv. 2017, Bull. Joly 2017. 626, note E. Mouial-Bassilana.

(11) J.-Cl. Procédures collectives, v° Exploitation en commun et confusion des patrimoines, par A. Jacquemont, fasc. 2165, § 9. Au soutien de son affirmation, l'auteur invoque notamment l'arrêt rendu le 19 avril 2005 par la chambre commerciale dans l'affaire *Metaleurop* (préc.), dans lequel il est affirmé « en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société mère avec celui de la filiale, la cour d'appel [...] n'a pas donné de base légale à sa décision ». V. aussi Com. 16 déc. 2014, n° 13-24.161, Bull. civ. IV, n° 190 ; D. 2015. 70 ; *ibid.* 1970, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2015. 202, obs. L. C. Henry.

(12) La confusion des patrimoines peut aussi résulter de l'imbrication des patrimoines qui doit être distinguée des relations financières anormales, v. A. Jacquemont, préc., § 11 s.

(13) Intérêt commun qui peut être assimilé à l'intérêt du groupe.

(14) Ce qui évidemment ne resterait pas sans conséquence pour le dirigeant...

(15) V. en ce sens, A. Jacquemont, étude préc., § 1.

(16) V., sur la question, G. Auzero, « La nature juridique du lien de coemploi », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1600, p. 7 ; « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », RDT 2016. 27.

(17) L'arrêt commenté tend ainsi à démontrer qu'il n'est pas complètement inepte de prétendre lier le coemploi à un abus de personnalité morale, établi notamment par la poursuite d'un intérêt égoïste de la part de l'actionnaire majoritaire ; v. M. Bonnechère, note ss. Amiens, 28 juin 2016, Dr. ouvrier 2016. 778, spéc. p. 786.

Drout social 2017 p.221

Les périmètres du groupe en drout du licenciement pour motif économique

Magali Gadrat, Maître de conférences à l'université Paris XIII

L'essentiel

Dans trois arrêts rendus le 16 novembre 2016, la Cour de cassation définit les différents périmètres du groupe à prendre en considération en matière de licenciement pour motif économique. C'est ainsi au regard de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante au sens de la mise en place d'un comité de groupe que doivent être appréciés la réalité et le sérieux du motif de licenciement tout comme la proportionnalité des moyens financiers mobilisés pour le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), alors que la pertinence des mesures de reclassement prévues par le PSE s'apprécie, comme le respect de l'obligation individuelle de reclassement, au niveau des entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel. La Cour précise en outre que la charge de la preuve de l'étendue du « groupe de reclassement » ne pèse pas particulièrement sur l'une des parties.

Réalité économique entendue comme « un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, formant une unité économique en raison de liens financiers étroits » (1), le groupe ne fait pas l'objet d'une définition unique en drout positif. En effet, c'est une notion fonctionnelle, relative, dont les contours varient selon que l'on s'intéresse à lui dans le cadre du drout des sociétés, du drout fiscal, du drout de la concurrence, du drout européen des concentrations, ou encore du drout du travail (2).

Ainsi, en dépit de leur très grande influence dans la vie économique, il n'existe pas en drout français de réglementation d'ensemble des groupes de sociétés, ce qui a pu conduire un auteur à qualifier le groupe d'« Arlésienne », en ce que si le groupe est une réalité, « nous en parlons sans le voir, au sens où les juristes voient - les juristes voient quand ils ont clairement qualifié une réalité » (3).

Le drout du travail conçoit essentiellement le groupe comme un périmètre dont le pourtour diffère selon qu'il s'agit d'instaurer un comité de groupe (4), de négocier et conclure un accord de groupe (5) ou de mettre en place un système d'intéressement, de participation ou un plan d'épargne salariale au niveau d'un groupe d'entreprises (6).

Si dans ces domaines, le code du travail prend la peine de définir le groupe, tel n'est pas le cas en matière de drout du licenciement pour motif économique alors même que la notion de groupe est mobilisée pour apprécier le réel et le sérieux de la cause économique de rupture du contrat, l'accomplissement effectif de l'obligation de reclassement individuelle préalable à tout licenciement pour motif économique ou encore pour s'assurer, dans certaines circonstances (7), de la pertinence et de la suffisance du contenu du PSE.

Certes, ces obligations relatives à la justification du licenciement, à l'exigence qu'il n'intervienne qu'en ultime recours lorsque l'employeur a mobilisé tous les moyens à sa disposition pour éviter que le salarié ne se retrouve sans emploi et à l'élaboration du PSE tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement est inéluctable (8) ne pèsent que sur l'employeur, à l'exclusion des autres entreprises du groupe (9).

Toutefois, ne pouvant ignorer la réalité que constituent les groupes de sociétés dont l'organisation implique le plus souvent une dissociation entre le niveau auquel est prise la décision de procéder à une restructuration destructrice d'emploi et celui auquel elle est mise en oeuvre, la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative a décidé de prendre en compte l'existence d'un groupe pour apprécier le respect des différentes obligations susvisées.

Ainsi, c'est au niveau du groupe ou, lorsque celui-ci est divisé en secteurs d'activité distincts, au niveau du secteur auquel appartient l'entreprise que doivent être appréciés le réel et le sérieux de la cause économique invoquée à l'appui du licenciement (10), à l'exception notable de la cessation d'activité laquelle ne s'apprécie qu'au niveau de l'entreprise (11).

De même, Cour de cassation et Conseil d'état jugent de longue date que c'est au niveau du groupe que l'employeur est tenu de rechercher des emplois disponibles susceptibles d'assurer le reclassement du salarié menacé de licenciement pour motif économique, solution jurisprudentielle consacrée par le législateur à l'article L. 1233-4 du code du travail.

Enfin, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013, la conformité du contenu du PSE aux exigences légales s'appréciait en toute hypothèse au regard des moyens du groupe (12).

Si le drout du licenciement pour motif économique contient donc de multiples références au groupe, celui-ci n'est l'objet en cette matière d'aucune définition légale, ce qui a contraint les juges à prendre position sur cette question.

Jusqu'aux arrêts du 16 novembre 2016, seul le périmètre du « groupe de reclassement » avait été défini par la jurisprudence à l'exclusion de celui à prendre en considération pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique ou la validité d'un PSE.

  ce titre, deux des arrêts rendus le 16 novembre 2016 confirment la définition du groupe retenue pour s'assurer du respect par l'employeur de son obligation de reclassement individuelle fondée sur l'article L. 1233-4 du code du travail (13). La Cour de cassation réitère ainsi l'affirmation selon laquelle pour satisfaire à cette obligation l'employeur doit rechercher des emplois disponibles correspondant à la qualification du salarié menacé de licenciement pour motif économique au niveau des entreprises avec lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable. La Cour de cassation apporte une précision inédite dans ces arrêts relative à la charge de la preuve du périmètre de l'obligation de reclassement qui ne pèse pas particulièrement sur l'une ou l'autre des parties, mais est répartie entre elles (II).

Pour ce qui concerne l'étendue du groupe à retenir pour apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique invoqué à l'appui de la rupture, la Cour de cassation estime que celui-ci correspond au groupe tel que défini par l'article L. 2331-1 du code du travail pour la mise en place d'un comité de groupe, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national (I).

Quant à l'appréciation de la validité du PSE, la Cour de cassation retient deux définitions distinctes du groupe. Pour s'assurer de la proportionnalité des mesures contenues dans le plan aux moyens financiers du groupe, les juges doivent prendre en considération le groupe entendu sens de l'article L. 2331-1 du code du travail, alors que la pertinence d'un PSE quant aux possibilités de reclassement au sein du groupe doit s'apprécier parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel (III).

I. - Le contrôle du motif économique de licenciement au niveau du groupe au sens de l'instauration d'un comité de groupe

Dans deux arrêts rendus le 16 novembre 2016, des salariés licenciés pour motif économique reprochaient aux juges du fond de s'être basés uniquement sur l'existence - ou l'absence - de liens capitalistiques entre des sociétés pour déterminer le périmètre au niveau duquel devaient être appréciés le réel et le sérieux du motif économique ayant présidé à la rupture de leur contrat (14).

Ainsi, dans l'une des affaires (15), une salariée d'une société exploitait un hypermarché Leclerc prétendait que la réalité et le sérieux du motif économique de son licenciement auraient dû être appréciés par la cour d'appel au niveau du réseau de distribution des enseignes Leclerc auquel appartenait la société employeuse et non au seul niveau de l'entreprise, peu important l'absence de lien capitalistique, de domination ou de contrôle entre les sociétés.

L'entreprise appartenant à un réseau de distribution qui constituait un groupement de commerçants indépendants, se structurant autour d'une association des centres distributeurs Leclerc décidant de l'attribution de l'enseigne à ses adhérents et définissant les orientations globales du réseau, et d'un groupement d'achat commun aux centres Leclerc et de coopératives régionales qui assurent des fonctions logistiques au bénéfice des commerçants adhérents, la salariée estimait que c'était au niveau du réseau de distribution Leclerc dans son ensemble que devaient être appréciés le réel et le sérieux des difficultés économiques invoquées à l'appui de la rupture.

La Cour de cassation devait donc décider si le périmètre du groupe à prendre en considération pour apprécier la réalité et le sérieux du motif économique de licenciement devait être défini en caractérisant l'existence d'un pouvoir économique exercé par une société sur d'autres, comme le soutenait la demanderesse au pourvoi, ou être circonscrit par référence aux critères de droit commercial faisant prévaloir l'existence entre différentes sociétés de liens capitalistiques et de vecteurs de contrôle, comme l'avait retenu la cour d'appel.

La Cour de cassation ne retient pas l'argumentation de la salariée. Elle affirme dans un attendu de principe que « la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient ; [...] le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national ».

Pour mémoire, aux termes de ce texte, un groupe est constitué par une « entreprise dominante », dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle domine dans les conditions définies par le code de commerce, qu'il s'agisse de sociétés filiales (16), de celles qu'elle « contrôle », c'est-à-dire dans lesquelles elle dispose de plus de la majorité des droits de vote (17), mais aussi de celles sur lesquelles elle exerce pour une autre raison un « contrôle exclusif » au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, ce qui est le cas par exemple des sociétés dont elle désigne la majorité des membres des organes d'administration ou sur lesquelles elle exerce une influence en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires.

En outre, toujours selon l'article L. 2331-1 du code du travail, appartient également au groupe toute société dont cette entreprise dominante détient au moins 10 % du capital et sur laquelle elle exerce une « influence dominante », lorsque la permanence et l'importance de leurs relations établissent « l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique ». L'article L. 2331-1 établit d'ailleurs une présomption - simple - d'influence dominante lorsqu'une entreprise peut, directement ou indirectement, nommer plus de la moitié des membres des organes de direction ou surveillance d'une autre, dispose de la majorité des voix ou détient la majorité de son capital.

Retenir la définition du groupe afférente à l'instauration d'un comité de groupe pour apprécier la réalité et le sérieux du motif économique invoqué à l'appui d'un licenciement semble justifié à deux points de vue. En premier lieu, comme le souligne la Cour de cassation dans la note sous cet arrêt (18), la limitation de l'appréciation de la cause économique de rupture au seul groupe au sens de la mise en place d'un comité de groupe s'explique au regard des attributions de cette instance parmi lesquelles figure notamment celle « de recevoir les informations sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent ainsi que la communication des comptes et du bilan consolidés » (19). Un projet de licenciement pour motif économique, du moins collectif, envisagé dans l'une des sociétés représentées au comité de groupe semble donc aux termes de l'article L. 2332-1 du code du travail devoir faire l'objet d'une information dudit comité justifiant ainsi le périmètre retenu par la Cour pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique.

En second lieu, cette solution s'inscrit dans la logique qui a présidé à la décision de la Cour de cassation d'étendre au niveau du groupe l'appréciation du réel et du sérieux d'une cause économique de licenciement. En effet, c'est parce que dans les groupes de sociétés la décision de procéder à une restructuration destructrice d'emplois est le plus souvent prise au niveau du groupe et non de la seule entreprise employeur qu'il est nécessaire d'apprécier si cette décision est justifiée au niveau auquel elle a été entérinée. À ce titre, cette solution s'accorde parfaitement avec les raisons qui ont fondé en 1995 l'exigence d'appréciation de la cause économique au niveau du groupe, parmi lesquelles figure notamment la volonté de combattre les pratiques de *dumping* social mises en oeuvre par certains groupes peu scrupuleux qui orchestrent l'insolvabilité d'une filiale, jusque-là prospère en France, alors même qu'ils sont en plein essor et ce dans le seul but d'en délocaliser l'activité vers un pays où la main-d'oeuvre est moins chère (20).

C'est bien parce que le groupe au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail implique un pouvoir de contrôle ou une influence d'une société sur d'autres qu'il faut s'assurer que le bien-fondé des ruptures prononcées pour motif économique est réellement établi au niveau du groupe ou du secteur d'activité auquel l'entreprise appartient, le cas

échéant. Cette définition du périmètre d'appréciation de la cause économique aux seules sociétés membres d'un groupe au sens de la mise en place d'un comité de groupe est donc cohérente.

Toutefois, une incertitude subsiste quant à la faculté pour un groupe d'instrumentaliser cette solution pour que la cause du licenciement ne soit appréciée au seul niveau de l'entreprise, quand bien même celle-ci serait dominée, contrôlée ou sous l'influence dominante d'une autre.

En effet, l'article L. 2331-1 du code du travail n'impose la mise en place d'un comité de groupe qu'à la stricte condition que le siège social de l'entreprise dominante soit sises en France, à l'exclusion de l'hypothèse dans laquelle plusieurs filiales situées sur le territoire français appartiendraient à un groupe dont la société dominante serait située à l'étranger.

Certes, la Cour de cassation prend le soin dans l'arrêt du 16 novembre 2016 de rappeler, comme elle le faisait auparavant ⁽²¹⁾, que, pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique, il n'y a pas lieu de limiter le groupe, entendu au sens de la mise en place d'un comité de groupe, aux seules sociétés situées en France. Dès lors deux interprétations sont possibles.

La première consiste à considérer qu'il n'y a lieu d'apprécier la justification d'un licenciement pour motif économique au niveau du groupe qu'à la stricte condition que la société dominante soit située sur le territoire français, hypothèse dans laquelle devraient être prises en compte l'ensemble des sociétés dominées, contrôlées par cette entreprise ou « sous son influence dominante », peu important leur situation géographique.

La seconde conduit à considérer qu'il importe peu que le siège social de la société dominante soit en France ; dès lors que sont caractérisés la domination, le contrôle ou l'influence dominante de cette société sur d'autres, c'est au niveau de l'ensemble de ces sociétés que le juge doit vérifier qu'il existe bien un motif économique réel et sérieux de nature à justifier le prononcé d'un licenciement pour motif économique.

Retenir la première interprétation serait dévastateur en ce qu'il suffirait à l'entreprise dominante de délocaliser son siège social à l'étranger pour échapper à l'appréciation au niveau du groupe, de la justification des licenciements pour motif économique prononcés dans les entreprises qu'elle domine, contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante, et limiter cette appréciation au seul niveau de l'entreprise prononçant les licenciements.

Il semble toutefois que cette interprétation ne devrait pas être celle retenue par la Cour de cassation dans la mesure où Sophie Depelley, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, écrit qu'« il est à noter que la Cour de cassation s'écarte de l'article L. 2331-1 qui vise un siège social présent sur le territoire français puisqu'elle indique qu'"il n'y a pas lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national"» ⁽²²⁾.

Il semble donc qu'en présence d'une société basée à l'étranger exerçant une domination, un pouvoir de contrôle ou une influence dominante sur d'autres sociétés, le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique prononcé par l'une d'entre elles située en France devrait être apprécié au niveau de l'ensemble des entreprises dominées, contrôlées ou « sous influence dominante ».

Espérons que la Cour de cassation retiendra cette interprétation. À défaut, contourner l'appréciation de la justification d'un licenciement pour motif économique au niveau du groupe, ou du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise qui l'a prononcé, serait par trop aisé.

En tout état de cause, la Cour de cassation maintient sa position tendant à prendre en considération la situation économique de l'ensemble des entreprises du groupe, au sens de la mise en place d'un comité de groupe, ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, y compris celles situées à l'étranger, alors même que le premier projet de loi « Travail » déposé à l'Assemblée nationale avait envisagé de réduire le périmètre d'appréciation du motif économique aux seules entreprises situées sur le territoire national ⁽²³⁾, réduction abandonnée suite à la concertation avec les syndicats.

C'est donc une analyse téléologique qui fonde la définition du périmètre du groupe retenue par la Cour de cassation pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique. C'est parce que la décision de restructuration destructrice d'emploi est prise au niveau du groupe caractérisé par la domination, le contrôle ou l'influence dominante d'une société sur d'autres qu'il faut se placer à ce niveau pour s'assurer que le motif économique invoqué est légitime. Cette solution devrait être reprise par le Conseil d'État qui affirma dès 1980 qu'il fallait se placer au niveau du groupe pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique ⁽²⁴⁾, afin de tenir compte des différents niveaux auxquels sont arrêtées les décisions de compression d'effectif d'une part et mises en oeuvre de l'autre ; le fait qu'il ait récemment repris la définition judiciaire du « groupe de reclassement » laisse envisager une telle harmonisation entre jurisprudences administrative et judiciaire ⁽²⁵⁾.

C'est également une analyse téléologique qui gouverne la définition du groupe de reclassement confirmée par la Cour de cassation dans les arrêts du 16 novembre 2016 ⁽²⁶⁾. Leur apport en cette matière tient au fait que la Cour précise que la charge de la preuve de l'étendue du périmètre du « groupe de reclassement » ne pèse pas davantage sur l'employeur que sur le salarié.

II. - Le périmètre du « groupe de reclassement » et la charge de la preuve de son étendue

Découlant du droit constitutionnel à l'emploi garanti par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ⁽²⁷⁾, l'obligation de reclassement est censée participer à son effectivité en imposant à l'employeur qui projette un licenciement pour motif économique d'avoir tout mis en oeuvre pour essayer de maintenir le salarié dans un emploi avant de prononcer la rupture de son contrat, qui, par définition, repose sur un motif non inhérent à sa personne ⁽²⁸⁾.

Consciente des liens économiques et organisationnels existant au sein d'un groupe et souhaitant conférer au droit à l'emploi une effectivité maximale, la Cour de cassation a précisé dès 1992 que « la recherche des possibilités de reclassement du salarié [doit] s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » ⁽²⁹⁾. Cette définition du périmètre du groupe de reclassement est confirmée dans les arrêts rendus le 16 novembre dernier.

La définition du groupe de reclassement est donc fondée sur une analyse téléologique qui ne peut qu'être approuvée. Si les entreprises d'un groupe entretiennent des relations financières, logistiques, ou de partenariat telles que leurs salariés peuvent être amenés à travailler successivement sous l'autorité de l'une ou de l'autre, il

apparaît on ne peut plus logique qu'elles soient incluses dans l'aire dans laquelle l'employeur doit rechercher des postes de reclassement.

La définition du groupe de reclassement est en principe éloignée de toute considération capitaliste (30) : l'absence de dépendance financière entre sociétés (31), ou à l'inverse l'existence de liens financiers (32), ne suffisant pas à caractériser ou à exclure l'obligation pour l'employeur d'étendre ses recherches de reclassement hors de l'entreprise. De même, le groupe de reclassement n'est pas assimilable au groupe tel que défini à l'article L. 2231-1 du code du travail pour la mise en place d'un comité de groupe (33).

Ainsi, la Cour de cassation a pu identifier l'existence d'un groupe de reclassement entre une association gérant une gare routière et des entreprises de transport (34), entre une société et ses partenaires (35), entre la société employeur et une autre société dans laquelle le gérant de la première avait des intérêts (36), ou entre des mutuelles de santé et la fédération à laquelle celles-ci ont adhéré (37).

Par ailleurs, en matière d'inaptitude, les régimes de l'obligation de reclassement du salarié inapte et du salarié menacé de licenciement pour motif économique étant très proches (38), un raisonnement par analogie est donc envisageable, la Cour de cassation a censuré des juges du fond n'ayant pas retenu un groupe de permutableté entre des hôtels juridiquement et financièrement distincts, bénéficiant de la même enseigne Accor dans le cadre d'un contrat de franchise (39). La Cour de cassation n'exclut pas non plus la caractérisation d'un groupe de reclassement entre une centrale d'achat et les centres de distribution qu'elle est chargée d'approvisionner (40).

L'employeur doit donc rechercher, et surtout proposer, des emplois disponibles dans les entreprises du groupe avec lesquelles la permutation des salariés est possible. Peu importe que des permutations aient déjà eu lieu, ce qui compte c'est qu'elles soient envisageables. Si la possible permutation du personnel entre les sociétés est le critère discriminant du groupe de reclassement, reste à déterminer comment se caractérise la permutableté des salariés entre les différentes entreprises du groupe, ce que la jurisprudence a précisé au fil des décisions. Ainsi, constitue un indice de la possible permutation de tout ou partie du personnel l'organisation des entreprises au sein du groupe : une éventuelle unité de direction étant à ce titre susceptible de favoriser la mobilité des salariés entre les différentes entreprises (41), tout comme la compatibilité ou la connexité des activités des entreprises ainsi que la similitude des métiers exercés en leur sein (42). La Cour de cassation a, à ce titre, estimé relativement récemment que des entreprises exploitant sous la même enseigne une activité de commerce de gros constituaient un même groupe dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation leur permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (43).

De ce point de vue, la solution retenue dans l'un des arrêts du 16 novembre 2016 peut, du moins de prime abord, surprendre. En effet, la salariée licenciée par l'hypermarché Leclerc estimait que les recherches de reclassement auraient dû être menées au niveau de l'ensemble du réseau de distribution Leclerc et non de seulement quatorze sociétés membres de ce réseau comme l'avait fait son employeur (44), argumentation qui ne fut pas retenue par les juges du fond qui ne furent pas censurés par la Cour.

Or, au-delà de l'arrêt précité reconnaissant l'existence d'un groupe de reclassement entre des entreprises juridiquement indépendantes exploitant la même activité de commerce de gros sous une même enseigne, la Cour de cassation a affirmé que la similitude des métiers exercés au sein de sociétés juridiquement indépendantes constituait un indice de la permutableté du personnel et que le fait que l'activité de l'employeur s'exerce dans le cadre d'un contrat de franchise prévoyant expressément une totale indépendance et responsabilité du franchisé dans tous les aspects de son exploitation n'était pas de nature à exclure la possible permutation des personnels au sein du réseau de franchise (45).

Il semble de ce point de vue que les différents supermarchés et hypermarchés exploités sous l'enseigne Leclerc, certes indépendants d'un point de vue juridique et capitaliste, n'en exercent pas moins des activités communes, voire identiques (la vente de produits de consommation courante), et il apparaît à première vue à toute personne ayant déjà fréquenté plusieurs de ces magasins que des métiers identiques ou similaires existent en leur sein, qu'il s'agisse des « fonctions support » telles que la direction des ressources humaines, le service comptable, ou des activités propres à la grande distribution : gestion des stocks, réalisation des inventaires, hôtes de caisse, etc.

On pourrait donc penser, au regard des solutions précédemment adoptées par la Cour, que le groupe de reclassement aurait dû intégrer, en l'espèce, l'ensemble des magasins exploitant un supermarché ou un hypermarché sous l'enseigne Leclerc.

Cependant, la solution retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt doit être appréciée à l'aune de celle retenue par le Conseil d'État lorsqu'il a adopté pour la première fois la même définition du groupe de reclassement qu'elle dans un arrêt du 9 mars 2016 (46), en retenant toutefois une formule légèrement différente de celle jusqu'alors présente sous la plume de la Cour de cassation, formule qu'elle a reprise à propos du reclassement d'un salarié inapte dans un arrêt du 23 novembre 2016 (47).

Ainsi, consacrant une solution déjà retenue par les juridictions administratives du fond (48), le Conseil d'État estime que « pour apprécier si l'employeur a satisfait à son obligation en matière de reclassement, l'autorité administrative doit s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, qu'il a procédé à la recherche des possibilités de reclassement du salarié dans les entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, *en raison des relations qui existent avec elles*, d'y effectuer la permutation de tout ou partie de son personnel, et ne peut se contenter de relever que les entreprises avaient ou avaient eu des dirigeants en commun, des activités comparables et que plusieurs de leurs documents comportaient un même logo mentionnant leur appartenance à un même "groupe" » (49).

L'apport de cet arrêt est l'ajout de l'incise « en raison des relations qui existent avec elles », incise reprise par la Cour de cassation dans l'arrêt du 23 novembre 2016 précité (50).

Il semble donc à la lecture de ces arrêts de novembre 2016 que la Cour de cassation restreint son approche du groupe de reclassement. La seule similarité ou connexité des activités exercées par différentes entreprises et des métiers existant en leur sein ne saurait caractériser la possible permutation de tout ou partie du personnel, il importe avant tout qu'existent des relations entre ces entreprises.

De ce point de vue, la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 16 novembre 2016 semble logique. Si tous les hypermarchés Leclerc exercent une activité similaire impliquant l'existence de métiers identiques au sein de chacun d'entre eux, dès lors qu'ils n'entretiennent pas de relations, l'ensemble du réseau de distribution Leclerc

ne saurait constituer un groupe de reclassement. Si cette solution est cohérente en ce qu'elle n'impose pas à l'employeur d'effectuer des démarches pour reclasser ses salariés auprès de sociétés avec lesquelles il n'a jamais entretenu de relations, même si elles exercent la même activité et disposent en leur sein de métiers similaires ou connexes, en restreignant le périmètre du groupe de reclassement, elle réduit dans le même temps les chances pour le salarié menacé de licenciement d'être reclassé. Toutefois, le manque de réalisme de l'aire du groupe de reclassement ayant été maintes fois souligné (51), limiter les recherches de l'employeur aux sociétés avec lesquelles il a effectivement développé des relations devrait offrir davantage de sécurité juridique pour les employeurs, dont les démarches sont désormais clairement limitées aux entreprises « partenaires », y compris celles situées à l'étranger. En effet, la Cour de cassation rappelle dans ces arrêts que le périmètre du groupe de reclassement ne se limite pas aux entreprises situées sur le territoire national, bien que pour ce qui concerne les modalités de reclassement à l'international l'employeur ne soit tenu de procéder à des recherches hors de l'Hexagone que si le salarié en a exprimé le souhait en application de l'article L. 1233-4-1 du code du travail.

Le critère du groupe de reclassement et son périmètre étant relativement flous, certains souhaitent d'ailleurs que le législateur intervienne pour clarifier ces questions (52), des contestations sur le périmètre de ce groupe peuvent s'élever, ce qui était le cas dans deux des trois affaires examinées par la Cour de cassation le 16 novembre 2016 (53).

À ce propos, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur la charge de la preuve de l'étendue du groupe de reclassement en estimant que celle-ci ne pèse pas particulièrement sur l'une ou l'autre partie. Pour déterminer le périmètre dans lequel l'employeur aurait dû procéder à des recherches de poste de reclassement, le juge doit former sa conviction à partir des éléments fournis par les deux parties, à l'instar de ce que prévoit l'article L. 1235-1 du code du travail en matière de justification du licenciement.

La solution a de quoi surprendre et ce pour diverses raisons. En effet, d'une part, selon une jurisprudence constante, c'est à l'employeur qu'il incombe d'établir qu'il a satisfait à son obligation de reclassement à laquelle il est tenu (54), ce que rappelle d'ailleurs la Cour de cassation dans le communiqué accompagnant l'un des arrêts (55), dans lequel elle affirme également que la charge de la preuve de l'existence d'un groupe de reclassement et de son périmètre ne pèse pas pour sa part exclusivement sur ce dernier (56).

Si ces deux affirmations ne sont pas contradictoires, elles apparaissent toutefois difficilement conciliables dans la mesure où la preuve du respect par l'employeur de son obligation de reclassement devrait, à notre sens, impliquer, le cas échéant, qu'il démontre l'avoir exécutée au sein de l'ensemble des sociétés « appartenant au groupe de reclassement », analyse rejetée par la Cour de cassation.

D'autre part, alors même que, en application de l'article L. 1235-1 du code du travail, la preuve de l'existence/de l'absence d'une cause économique réelle et sérieuse à l'appui d'un licenciement ne pèse pas particulièrement sur l'employeur mais est partagée entre les parties, la Cour de cassation décide que lorsque la cause de la rupture doit être appréciée au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, la preuve de l'existence de ce secteur et de son périmètre pèse en revanche exclusivement sur l'employeur (57).

Il est de ce point de vue paradoxal que lorsque la charge de la preuve de l'(in)exécution d'une obligation, en l'occurrence l'existence d'un motif économique réel et sérieux à l'appui d'un licenciement, est répartie entre employeur et salarié, la Cour de cassation décide qu'il appartient au seul débiteur de l'obligation de prouver l'étendue du périmètre dans lequel elle doit être exécutée, et qu'à l'inverse, s'agissant d'une obligation de moyens renforcée dont la charge de la preuve de l'exécution pèse uniquement sur le débiteur, elle décide que pour ce qui concerne la détermination de l'étendue du périmètre dans lequel cette obligation, l'obligation de reclassement en l'occurrence, doit être satisfaite la charge de la preuve est répartie entre les parties...

Faut-il s'attendre à un revirement sur la charge de la preuve de l'étendue du périmètre du secteur d'activité du groupe au niveau duquel doit être caractérisée la cause économique de licenciement ? L'avenir le dira.

En tout état de cause, la solution tendant à répartir la charge de la preuve entre employeur et salarié en matière de périmètre du groupe de reclassement, telle qu'énoncée dans ces arrêts, nous semble critiquable. À l'instar du périmètre du secteur d'activité du groupe, il apparaît que l'employeur a accès à davantage d'informations, de documents et de sources que le salarié pour démontrer l'étendue du groupe de reclassement ; il sait avec quelles sociétés il entretient ou non des relations de nature à permettre la permutation de tout ou partie du personnel. Certes, prouver l'impossible permutation de son personnel avec d'autres sociétés et rapporter une preuve négative est toujours délicat.

Toutefois, il semble particulièrement ardu pour le salarié de rapporter des éléments de preuve concrets tendant à démontrer l'existence de relations entre différentes sociétés et celle qui l'emploie de nature à permettre une permutation de tout ou partie de leur personnel et ce singulièrement lorsque son employeur n'est pas membre d'un groupe au sens de la mise en place d'un comité de groupe.

La solution retenue par la Cour de cassation est d'autant plus contestable qu'elle affirme que les juges du fond apprécient souverainement l'étendue du groupe de reclassement au regard des éléments fournis par les deux parties, excluant ainsi un contrôle de sa part sur cette question, hormis sur le caractère suffisant de la motivation des juges du fond.

Néanmoins, afin de répartir équitablement la charge de la preuve de l'étendue du « groupe de reclassement », on pourrait imaginer que les juges s'inspirent de la répartition de la charge de la preuve en matière de discriminations ou de harcèlement (58). En cas de litige sur l'étendue du groupe de reclassement, le salarié devrait ainsi « seulement » produire devant les juges des éléments laissant supposer qu'existent des possibilités de permutation entre le personnel de l'entreprise qui l'emploie et celui d'autres entreprises, à charge pour l'employeur (sur lequel pèserait le risque de la preuve) de démontrer que les relations existant (ou non) avec les entreprises que le salarié considère comme appartenant au « groupe de reclassement », leurs activités ou les métiers exercés en leur sein ne sont pas de nature à permettre la permutation avec elles de tout ou partie du personnel.

La Cour de cassation retient donc deux définitions du groupe selon qu'il s'agit d'apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique ou le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, définitions qui sont toutes deux retenues pour le contrôle de la pertinence du PSE.

III. - La dualité du périmètre du groupe pour apprécier la validité du PSE

Dans un troisième arrêt rendu le 16 novembre 2016 (59), la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe que « la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens dont

disposent l'entreprise et le groupe dont elle fait partie pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement ; [...] s'agissant des possibilités de reclassement au sein du groupe, cette pertinence doit s'apprécier parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel ; [...] en revanche, s'agissant des moyens financiers du groupe, la pertinence doit s'apprécier compte tenu des moyens de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national ».

Au regard de ce qui précède, cette solution ne saurait surprendre en ce qu'elle procède du même raisonnement téléologique que celui qui fonde les positions précitées.

D'une part, il est logique que le périmètre dans lequel est apprécié le respect par l'employeur de son obligation « collective » de reclassement dans le cadre du PSE soit identique à celui retenu pour s'assurer qu'il a bien satisfait à son obligation individuelle de reclassement au titre de l'article L. 1233-4 du code du travail. Ces deux obligations poursuivant le même but, assurer l'effectivité du droit constitutionnel à l'emploi en proposant au salarié des emplois disponibles dans l'entreprise ou le groupe, il serait incompréhensible de retenir deux périmètres distincts du « groupe de reclassement » et compliquerait encore davantage la tâche de l'employeur, sans justification aucune.

D'autre part, l'exigence de proportionnalité des mesures contenues dans le plan aux moyens du groupe résultant de l'article L. 1235-10 du code du travail en vigueur à l'époque des faits est fondée sur le raisonnement selon lequel lorsqu'un groupe décide de mettre en oeuvre une restructuration destructrice de nombreux emplois dans l'une de ses entreprises, il ne peut se désintéresser du sort des salariés menacés de perdre leur emploi du fait de sa décision. Il doit assumer sa responsabilité sociale et donc abonder le plan afin que celui-ci permette effectivement de limiter le nombre de licenciements et place les salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu dans les meilleures conditions possibles pour pouvoir retrouver au plus vite une activité professionnelle, salariée ou non.

Il est donc cohérent que la Cour de cassation estime que c'est au niveau du groupe entendu au sens de la mise en place d'un comité de groupe que doit être appréciée la proportionnalité du PSE élaboré par l'employeur au regard des moyens financiers du groupe, et partant sa validité, dans la mesure où c'est bien parce que des entreprises sont unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante et qu'elles poursuivent donc dans une certaine mesure un objectif et une stratégie économiques communs qu'elles doivent participer financièrement à l'accompagnement social des salariés, membres de cet ensemble, dont l'emploi est menacé.

Cette solution a été rendue par la Cour de cassation sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013 qui confie désormais le contrôle du PSE à la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte), sous le contrôle du juge administratif (60). Depuis l'entrée en vigueur de cette loi et de la loi Macron du 6 août 2015, l'exigence de proportionnalité du PSE aux moyens du groupe se cantonne aux seuls PSE élaborés unilatéralement par l'employeur après avoir consulté les représentants du personnel dans une entreprise *in bonis*, à l'exclusion des PSE ayant fait l'objet d'un accord au titre de l'article L. 1233-24-1 du code du travail ou de ceux élaborés dans une entreprise soumise à une procédure collective.

Reste donc à savoir si, pour apprécier la légalité des décisions administratives de validation relatives notamment au contenu du PSE, le Conseil d'État retiendra la même définition duale du groupe que celle issue de cet arrêt du 16 novembre 2016.

Tel pourrait être le cas à notre sens, eu égard à la qualité du dialogue entre Cour de cassation et Conseil d'État. En effet, comme nous l'avons vu plus haut le Conseil d'État a adopté la même définition du groupe de reclassement que celle dégagée par la Cour de cassation, en y ajoutant une incise que celle-ci a par la suite reprise. De surcroît, il a retenu une conception identique de la notion de catégories professionnelles pour la mise en oeuvre des critères de l'ordre des licenciements que celle dégagée par la Cour de cassation (61) et repris sa jurisprudence exigeant que le PSE contienne des mesures « précises et concrètes » (62).

Toutefois, retenir cette dualité de périmètre du groupe pour s'assurer de la proportionnalité du contenu du PSE aux moyens du groupe auquel appartient l'employeur est difficilement conciliable avec la position du Conseil d'État selon laquelle la Direccte doit apprécier les mesures contenues dans le PSE de manière globale (63)...

Il convient donc d'attendre une prise de position claire du Conseil d'État sur le ou les périmètres du groupe à prendre en considération pour s'assurer de la conformité du PSE aux exigences légales, étant précisé que pour l'heure les juridictions administratives du fond n'ont pas, à notre connaissance, pris position sur cette question, à la différence du « groupe de reclassement ».

Mots clés :

LICENCIEMENT * Licenciement économique * Groupe de sociétés * Définition * Cause économique * Obligation de reclassement

(1) Lexique des termes juridiques, 12^e éd., Dalloz, 1999.

(2) En ce sens, v. not. Y. Chalaron, Groupe de sociétés, J.-Cl. Travail, fasc. 16-20 ; Q. Urban, Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe, LPA 2005, n° 79, p. 23 ; C. Hillig-Poudevigne et G. Louvel, La notion de groupe à l'épreuve du droit social, JCP E 2005. 1393.

(3) R. Vatinet, La pieuvre et l'Arlésienne, Dr. soc. 2010. 801 (60).

(4) C. trav., art. L. 2331-1.

(5) C. trav., art. L. 2232-30 et L. 2232-31.

(6) C. trav., art. L. 3344-1.

(7) D'une part, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, la Direccte ne doit contrôler la proportionnalité du contenu du PSE aux moyens du groupe qu'en présence d'un PSE élaboré unilatéralement par l'employeur après avoir consulté les représentants du personnel (C. trav., art. L. 1233-57-3) et non en cas de PSE ayant fait l'objet d'un accord collectif en application de l'art. L. 1233-24-1 du code du travail (C. trav., art. L. 1233-57-2). D'autre part, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, la Direccte n'a plus à contrôler la proportionnalité du PSE aux moyens du groupe lorsqu'il a été élaboré dans une entreprise soumise à une procédure collective (C. trav., art. L. 1233-58).

(8) C. trav., art. L. 1233-61.

(9) Soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776, Bull. civ. V, n° 5 ; D. 2010. AJ 271 ; D. 2010. 1129, note B. Dondero ; *ibid.* 2029, obs. J. Péliissier, M.-C. Amauger-Lattes, A. Arseguet, T. Aubert-Monpeyssen, P. Fadeuilhe, B. Lardy-Péliissier et B. Reynès ; Dr. soc. 2010. 474, obs. G. Couturier ; *ibid.* 1052, étude M.-A. Moreau ; RDT 2010. 230, obs. F. Géa ; Dr. ouvrier 2010. 214, obs. G. Loiseau ; JCP S 2010. 1225, note J.-M. Olivier ; JS Lamy 2010, n° 270-2, obs. M. Hautefort ; Sem. soc. Lamy 2010, n° 1432, p. 12, obs. M. Hautefort.

(10) Soc., 5 avr. 1995, n° 93-43.866, *Vidéocolor*, Bull. civ. V, n° 123 ; D. 1995. 503, note M. Keller ; *ibid.* 367, obs. I. de Launay-Gallot ; Dr. soc. 1995. 482, note P. Waquet ; GADT, 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 114 ; RJS 1995, n° 497 ; JCP 1995. II. 22443, note G. Picca ; JCP E 1995. I. 499, n° 3, obs. P. Coursier ; G. Lyon-Caen, Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux, Dr. soc. 1995. 489 - Soc., 14 déc. 2011, n° 10-11.042, Bull. civ. V, n° 295, D. 2012. 104 - Il convient d'indiquer que le Conseil d'État avait dès 1980 estimé lui aussi qu'il convenait de prendre en compte la situation du groupe, en ce sens, CE, 18 janv. 1980, n° 10804, Lebon.

(11) Soc., 28 févr. 2006, n° 03-47.880 ; JCP S 2006. 1474, note P. Morvan - CE, 4^e sous-sect., 15 janv. 2014, n° 367932, inédit.

(12) C. trav., anc. art. L. 1235-10, dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013.

(13) Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063 et 15-19.927, publiés au Bulletin, D. 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier ; RDT 2017. 44, obs. M. Kocher ; v. aussi Dalloz actualité 21 déc. 2016, obs. B. Ines.

(14) Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063 et 15-19.927, préc.

(15) Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, préc.

(16) Celles dont elle détient plus de la moitié du capital.

(17) Grâce par exemple à la part du capital détenue par elle et ses filiales.

(18) Note sous Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, préc., publiée sur le site de la Cour de cassation.

(19) C. trav., art. L. 2332-1.

(20) En ce sens égal., v. A. Lacabarats, Le licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés, JCP S 2013. 1436.

(21) Soc., 12 juin 2001, n° 99-41.571, Bull. civ. V, n° 214, D. 2001. 2560 ; Dr. soc. 2001. 894, obs. C. Masquefa.

(22) S. Depelley, La notion de groupe pour l'appréciation du motif économique, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1745.

(23) Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2016, art. 30.

(24) CE, 18 janv. 1980, n° 10804, préc.

(25) V. *infra*.

(26) Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063 et 15-19.927, préc.

(27) Cons. const., 13 janv. 2005, n° 2004-509 DC, AJDA 2005. 905, note V. Champeil-Desplats ; D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; Dr. soc. 2005. 371, étude X. Prétot ; *ibid.* 403, étude G. Couturier ; RFDA

2005. 289, note R. Hostiou , JO 19 janv., p. 896.

(28) En ce sens, B. Lardy-Pelissier, L'obligation de reclassement, D. 1998. 399 .

(29) Soc., 25 juin 1992, n° 90-41.244, Bull. civ. V, n° 420, D. 1992. 209  ; Dr. soc. 1992. 710 et les obs.  ; *ibid.* 826, concl. R. Kessous  ; *ibid.* 1993. 272, note Q. Urban  - En réalité, dès 1991 la Cour de cassation avait dégagé le principe selon lequel l'aire du reclassement était le groupe sans autre précision, en ce sens Soc., 20 févr. 1991, n° 89-45.251, Bull. civ. V, n° 86, D. 1991. 82 .

(30) Ainsi, une association peut constituer avec des entreprises un groupe de reclassement, en ce sens, Soc., 23 mai 1995, n° 93-46.412, Dr. soc. 1995. 678 , obs. F. Favennec-Héry ; RJS 1995, n° 765.

(31) Soc., 27 oct. 1998, n°s 96-40.626 et 96-40.629, Bull. civ. V, n° 459 ; RJS 1998, n° 1456 - Soc., 10 févr. 2009, n° 07-45.712, RDT 2009. 377, obs. Y. Chagny .

(32) Soc., 10 déc. 2002, n° 00-45.518, NP ; RJS 2/03, n° 171 - Soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.684, NP ; RJS 2/09, n° 153 - Soc., 1^{er} déc. 2010, n° 09-68.380, inédit - Soc., 22 janv. 2014, n° 12-19.099, inédit.

(33) Soc., 10 déc. 2002, n° 00-45.518, préc.

(34) Soc., 23 mai 1995, n° 93-46.142, préc.

(35) Soc., 5 oct. 1999, n° 97-41.838, Bull. civ. V, n° 368 ; D. 2000. 382 , obs. B. Reynès  ; Dr. soc. 1999. 1112, obs. G. Couturier .

(36) Soc., 23 janv. 2003, n° 00-44.882, Bull. civ. V, n° 27 ; D. 2003. 531 .

(37) Soc., 11 févr. 2015, n° 13-23.573, Bull. civ. V, n° 26 ; D. 2015. 434  ; Dalloz actualité, 26 févr. 2015, obs. B. Ines.

(38) V. not. F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, th. Paris, LGDJ, 2000.

(39) Soc., 20 févr. 2008, n° 06-45.335, NP - Cette position a été confirmée par un arrêt qui affirme que « l'activité dans le cadre d'un contrat de franchise ne suffit pas à démontrer l'absence de possibilités de permutation de personnel », Soc., 25 mai 2011, n° 10-14.897, NP.

(40) Soc., 15 févr. 2011, n° 09-67.354, NP.

(41) Soc., 17 déc. 1992, n° 91-40.944, Bull. civ. V, n° 604.

(42) Soc., 15 janv. 2014, n° 12-22.944, D. 2015. 943, obs. D. Ferrier .

(43) Soc., 27 nov. 2013, n° 12-18.470.

(44) Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, préc.

(45) Soc., 15 janv. 2014, n° 12-22.944.

(46) CE, 4^e et 5^e sous-sect. réun., 9 mars 2016, n° 384175, Lebon  ; AJDA 2016. 990  ; C. Radé, À propos du reclassement au sein du « groupe » des salariés licenciés pour motif économique : quand le Conseil d'État adopte la définition de la Cour de cassation, Lexbase hebdo, éd. soc., 24 mars 2016, LXB n° N1900BWB.

(47) Soc., 23 nov. 2016, n° 15-18.092, publié au Bulletin ; D. 2016. 2409, obs. N. explicative de la Cour de cassation  ; *ibid.* 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier  ; JCP S 2017. 1004, obs. M. Babin.

(48) CAA Paris, 3^e ch., 17 juin 1999, n° 98PA00345 : « Le ministre n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que la société n'avait pas à procéder à des recherches de reclassement externe au sein du groupement d'intérêt économique Réseau Plus au sein duquel la permutation du personnel n'était pas envisageable » - CAA Lyon, 6^e ch., 3 mars 2016, n° 15LY02705 : « Groupe constitué par les différentes maisons familiales et rurales, et notamment des 63 MFR de Rhône-Alpes dans lesquelles une permutableté était possible » - CAA Versailles, 4^e ch., 8 déc. 2015, n° 14VE00226 : « Comme le fait qu'une fédération d'établissements spécialisés collationne et diffuse les offres d'emploi des associations adhérentes », attestant ainsi « des possibilités de permutation de personnel » -

CAA Versailles, 4^e ch., 7 juill. 2015, n° 14VE01917, AJDA 2015. 2093 , chron. C. Rollet-Perraud  : « Des possibilités de permutation de personnel sont possibles entre les différentes sociétés SPS, comme le soulignent les correspondances des sociétés anglaise, norvégienne, américaine qui répondaient à des demandes de reclassement ».

(49) CE, 4^e et 5^e sous-sect. réun., 9 mars 2016, n° 384175, préc.

(50) Dans lequel elle énonce qu'il appartient à l'employeur d'effectuer ses recherches de reclassement au profit d'un salarié « au sein de l'entreprise et des entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel », Soc., 23 nov. 2016, n° 15-18.092, préc.

(51) V. not. J.-E. Ray, La loi de cohésion sociale : continuité et contournements, Dr. soc. 2005. 359 .

(52) *Ibid.*

(53) Soc., 16 nov. 2016, n^{os} 14-30.063 et 15-19.927, préc.

(54) Soc., 5 juill. 2011, n° 10-14.625.

(55) Note sous Soc., 16 nov. 2016, n° 15-19.927, préc., publiée sur le site de la Cour de cassation.

(56) Soc., 16 nov. 2016, n° 15-19.927, préc.

(57) Soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ. V, n° 57 ; D. 2009. 815, obs. S. Maillard  ; *ibid.* 2128, obs. J. Pélissier, T. Aubert, M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès  ; RDT 2009. 306, obs. J.-Y. Frouin  ; JCP S 2009. 1190, note P.-Y. Verkindt ; JCP 2009. II. 10082, note D. Corrignan-Carsin ; F. Champeaux, L'étendue du secteur d'activité et du reclassement, Sem. soc. Lamy 2009, n° 1391, p. 11 ; J. Chauvire, rapp. sous Soc., 4 mars 2009 (extraits), Sem. soc. Lamy 2009, n° 1391, p. 12.

(58) C. trav., art. L. 1134-1 et L. 1154-1.

(59) Soc., 16 nov. 2016, n° 15-15.290.

(60) C. trav., art. L. 1233-57-1 à L. 1233-57-3.

(61) CE, 4^e et 5^e ch. réun., 30 mai 2016, n° 387798, Lebon  ; AJDA 2016. 1149  ; *ibid.* 1866, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  - Soc., 13 févr. 1997, n° 95-16.648, Bull. civ. V, n° 63, D. 1997. 171 , note A. Lyon-Caen  ; Dr. soc. 1997. 249, concl. P. de Caigny  ; *ibid.* 256, note G. Couturier  ; *ibid.* 331, étude T. Grumbach  ; *ibid.* 341, étude F. Favennec-Héry  - Soc., 25 juin 2008, n° 07-42.541.

(62) CE, 4^e et 5^e ch. réun., 13 juill. 2016, n° 387448, Lebon  ; RDT 2016. 706, obs. G. Dedessus-Le-Moustier .

(63) CE, 4^e et 5^e ch. réun., 13 juill. 2016, n° 387448, préc. CE, 4^e et 5^e ch. réun., 30 mai 2016, n° 383928, préc. - CE, 4^e et 5^e ch. réun., 30 mai 2016, n° 387798, Lebon  ; AJDA 2016. 1149  ; *ibid.* 1866, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  - CE, 4^e et 5^e ch. réun., 30 mai 2016, n° 384114, Lebon  ; AJDA 2016. 1866, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  - CE, ass., 22 juill. 2015, n° 383481, *Syndicat CGT de l'union locale de Calais et environs* - CE, 22 juill. 2015, n° 383481, *Syndicat CGT de l'union locale de Calais et environs*, Lebon  265 ; AJDA 2015. 1444  ; *ibid.* 1632 , chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe  ; *ibid.* 2016. 1866, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  ; D. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; RDT 2015. 514, concl. G. Dumortier  ; *ibid.* 528, étude F. Géa .

1076 Variations sur le groupe en droit du travail

Bernard TEYSSIÉ,

professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II),
président honoraire de l'université



L'objet « groupe » est-il un acteur de la vie juridique comme il est un acteur de la vie économique ? La réponse est *a priori* positive lorsque sont conclus des accords collectifs de groupe ou constitués des comités de groupe. Mais en vérité, pour que le groupe en tant que tel soit un véritable acteur de la vie juridique, il faudrait qu'il bénéficie de la personnalité morale. Est-ce concevable ? Est-ce opportun ?

1 - Un concept. – Le groupe en droit du travail... Si du droit du travail les éléments de définition sont connus, du groupe les contours sont plus flous. Affirmer l'existence d'un concept de groupe en droit du travail et en déterminer les traits est-il concevable ? « Concept »... Ce mot renvoie à la représentation mentale générale et abstraite d'un objet. Il entretient des rapports de voisinage avec les termes « idée » et « notion ». Il emporte un effort de généralisation et, par là même, d'abstraction. L'appliquer aux groupes de sociétés peut se révéler malaisé, d'autant que le groupe, acteur de la vie économique, ressort de schémas multiples correspondant à des modèles d'organisation qui sont eux-mêmes fonction du degré d'intégration souhaité, du type d'activité exercée, du champ géographique couvert... À la diversité des modèles d'organisation économique répond celle des modes d'organisation juridique. Dans un monde placé sous le signe de la diversité, est-il concevable d'accéder à une représentation mentale générale et abstraite de l'objet « groupe » dans le champ du droit et, plus spécialement, du droit du travail ? S'enquérir de sa présence (1), de son identification (2) et de son action (3) permet-il d'y parvenir ?

1. Présence

2 - Loi, jurisprudence, pratique professionnelle. – Appréhendé par le législateur (A), l'objet « groupe » l'est, dans la foulée, par le juge (B), l'un et l'autre poussés dans cette voie par la pratique professionnelle (C).

Ndlr : Cette étude et les études qui suivent, sous la signature de Bernard Boubli, Françoise Favennec-Héry, Arnaud Martinon, Arnaud Teissier, Jean-François Cesaro, Jean-Michel Mir, Rachid Brihi et Jean-Paul Lacomble sont issues d'un colloque organisé le 23 novembre 2012 par Capstan Avocats, associé au Centre de formation permanente et au Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II) sur le thème « L'emploi dans les groupes ».

A. - Le législateur

3 - Des textes. – Les textes ne manquent pas qui, dans plusieurs champs disciplinaires, appréhendent le groupe. Ainsi en est-il dans le périmètre du droit des sociétés avec les articles L. 233-1 et suivants du Code de commerce relatifs aux filiales, participations et sociétés contrôlées, dans celui du droit fiscal avec les articles 223-A et suivants du Code général des impôts dévolus aux normes fiscales spécifiques aux groupes de sociétés, dans le cercle du droit comptable avec les articles L. 233-16 et suivants du Code de commerce consacrés aux comptes consolidés, dans le champ du droit de la sécurité sociale lorsqu'aux articles L. 933-1 et suivants du Code de la sécurité sociale il est traité des institutions de prévoyance appartenant à un groupe.

4 - Des textes en droit du travail. – En droit du travail, l'objet « groupe » est d'abord pris en compte par le législateur au titre des **relations collectives** de travail. Il l'est dans l'ordre institutionnel lorsque l'article L. 2331-1 du Code du travail impose la création d'un comité de groupe « *au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle* ».

Le groupe est également au cœur des directives du 22 septembre 1994 (naguère) et du 6 mai 2009 (aujourd'hui) – dont traduction nationale est offerte aux articles L. 2341-1 et suivants du Code du travail – imposant la création d'un comité d'entreprise européen (ou d'une procédure d'information et de consultation sur les questions transnationales) dans les groupes de dimension communautaire. Le groupe est aussi lieu d'accueil d'une instance européenne de représentation du personnel lorsqu'est créée une société européenne ou une société coopérative européenne holding, donc une SE ou une

SCE constituée en surplomb d'un groupe de sociétés, l'une et l'autre ayant vocation à accueillir un dispositif d'implication des salariés¹.

S'il est déjà lieu de négociation lorsque, dans les groupes de dimension communautaire de même que dans les sociétés européennes et les sociétés coopératives européennes, il sert de cadre à la négociation d'un accord portant création d'une instance européenne de représentation du personnel², il l'est aussi lorsque sont débattus, dans l'ordre interne, les termes d'une convention ou d'un accord collectif de groupe tel que visé aux articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail. Catégorie particulière d'accords collectifs, des accords d'intéressement, de participation ou portant création d'un plan d'épargne d'entreprise peuvent être négociés dans le périmètre d'un groupe de sociétés. L'article L. 3344-1 du Code du travail en autorise la conclusion « au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques », avec un traitement particulier pour celles incluses dans un même périmètre de consolidation.

Le groupe constitue également, aux termes de l'article L. 2122-4 du Code du travail, un lieu d'appréciation de la représentativité syndicale... sans que le groupe ici visé ait été précisément identifié même s'il est permis de penser qu'il possède les mêmes contours que celui dans le cadre duquel doit être mis en place un comité de groupe.

Très présent dans le cercle des relations collectives de travail, le groupe n'est pas absent de celui des **relations individuelles**. Il est pris en compte par le législateur lorsqu'est envisagé un licenciement pour motif économique pour fixer les contours de l'obligation de reclassement (C. trav., art. L. 1233-4). Il l'est aussi lorsque, un salarié ayant été mis par son employeur, société mère, à la disposition d'une filiale étrangère, est posée la règle selon laquelle à l'expiration du temps de mise à disposition, l'intéressé doit être rapatrié et réintégré sur son poste ou un poste équivalent dans la société mère (C. trav., art. L. 1231-5).

5 - Un périmètre. – Dans tous les cas, le groupe est conçu comme un *périmètre*, qu'il s'agisse de :

- créer une instance de représentation du personnel ;
- conclure une convention ou un accord collectif ;
- organiser un dispositif d'intéressement ou de participation ou un plan d'épargne d'entreprise ;
- apprécier la représentativité d'une organisation syndicale ;
- conduire une opération de reclassement, que ce soit à l'occasion d'un licenciement pour motif économique ou à l'issue d'une opération de mise à disposition à caractère international.

B. - Le juge

6 - Une tendance « intégrationniste ». – Indépendamment des circonstances précédentes, l'objet « groupe », en droit du travail, retient aussi l'attention du juge. Mais alors que le législateur appréhende le groupe de manière généralement positive dans la mesure où il en reconnaît la spécificité *via* l'organisation d'institutions ou la consécration d'accords de type particulier, le juge adopte une approche qu'il est permis de qualifier de « négative » dans la mesure où il semble n'avoir pour ambition que d'étendre au groupe, ou à une fraction du groupe (donc, en général, à un sous-groupe), au prix d'une quasi négation ou d'une neutralisation de la personnalité morale des entités qui le composent, des dispositifs organisés par le législateur pour s'appliquer à une entreprise. Le degré d'intégration des

entités constitutives du groupe, la vigueur des liens les unissant le conduisent à prendre en considération le groupe en gommant, en tout ou partie, les frontières que trace le droit des sociétés. Une approche globale est retenue qui conduit à traiter le groupe (ou un sous-groupe) comme une entreprise. Cette tendance « intégrationniste » se manifeste dans le cercle des **relations collectives de travail** lorsqu'est forgée, dès le début des années 1970³, la notion d'unité économique et sociale qui, apparu en vue d'assurer la mise en place d'instances de représentation du personnel dans l'ensemble formé par une addition de personnes morales, reçut ensuite en partage d'autres terres (preuve du dynamisme du concept), qu'il s'agisse de déterminer le champ d'application des régimes obligatoires de participation des salariés aux résultats de l'entreprise (C. trav., art. L. 3322-2) ou d'apprécier la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1235-10, al. 2).

7 - L'effacement des frontières. – La volonté du juge de traiter le groupe à la manière d'une entreprise en effaçant les frontières que trace la personnalité morale des entités qui le composent s'exprime aussi dans le cercle des **relations individuelles de travail** en vue d'accroître tantôt le périmètre d'appréciation d'une opération, tantôt un périmètre de compétence, tantôt le nombre de débiteurs d'une obligation.

La volonté d'accroître le **périmètre d'appréciation d'une opération** est perceptible dans le droit du licenciement pour motif économique lorsque, pour juger du caractère réel et sérieux du motif de licenciement, la Cour de cassation décide que les difficultés invoquées doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise qui souhaite réduire ses effectifs⁴. Le propos est relayé par le Conseil d'État lorsqu'est envisagé le licenciement, pour un motif d'ordre économique, d'un salarié titulaire d'un mandat de représentant du personnel : les difficultés économiques de l'entreprise doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁵ sans qu'il y ait lieu de borner cet examen aux sociétés ayant leur siège social en France⁶ ; la recherche de postes de reclassement doit être conduite dans le périmètre du groupe auquel appartient l'entreprise dont relève au premier chef le salarié⁷, du moins dans le cercle des sociétés dont les activités ou l'organisation offrent au salarié la possibilité d'exercer des fonctions comparables à celles dont il est actuellement investi⁸ ; la recherche des possibilités de reclassement, dès lors que le salarié a manifesté son intérêt de principe pour un reclassement à l'étranger, doit être conduite, au-delà du territoire français, dans les sociétés du groupe ayant leur siège à l'étranger dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé, compte tenu de ses compétences et de la législation du pays d'accueil, la possibilité d'exercer des fonctions comparables à celles qui sont aujourd'hui les siennes⁹.

Le recours à une appréhension globale du groupe peut aussi constituer le moyen d'accroître un **périmètre de compétence**. Tel est le cas lorsque le juge admet que l'entretien préalable à la rupture du

1. Cf. C. trav., art. L. 2351-1 et s., pour le comité de la société européenne. – C. trav., art. L. 2361-1 et s., pour le comité de la société coopérative européenne.
2. Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 4 et s., pour le comité d'entreprise européen. – Dir. 81/2006/CE, 8 oct. 2001, art. 3 et s., pour l'implication des salariés dans la société européenne. – Dir. 2003/72/CE, 22 juill. 2003, art. 3 et s., pour l'implication des salariés dans la société coopérative européenne.

3. Cf. Cass. crim., 23 avr. 1970 : D. 1970, jurispr. p. 444 ; JCP G 1972, II, 17046. – Cass. soc., 8 juin 1972 : JCP G 1973, II, 17316.
4. Cass. soc., 1^{er} mars 2006, n° 04-44.742 : JurisData n° 2006-032468 ; JCP S 2006, 1385. – Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-45.578 : JurisData n° 2007-039168 ; JCP S 2007, 1648. – Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-41.109 : JurisData n° 2010-051593 ; RJS 2010, n° 321. – Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-11.042 : JurisData n° 2011-028126 et Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-13.922 : JurisData n° 2011-028128 ; RJS 2012, n° 233, 2^e et 3^e esp. ; JCP S 2012, 1085, note P.-Y. Verkindt.
5. CE, 29 déc. 2000, n° 199320 : JurisData n° 2000-061888 ; RJS 2001, n° 474.
6. CE, 8 juill. 2002, n° 226471 : JurisData n° 2002-064165 ; RJS 2002, n° 1148.
7. CE, 29 juin 2009, n° 307964 : JurisData n° 2009-075735 ; RJS 2009, n° 869.
8. CE, 17 nov. 2000, n° 206976 : JurisData n° 2000-061494 ; RJS 2001, n° 317.
9. CE, 4 févr. 2004, n° 255956 : JurisData n° 2004-066434 ; RJS 2004, n° 436.

contrat de travail soit conduit par le président¹⁰ ou le directeur des ressources humaines¹¹ de la société dominante alors même que le salarié a juridiquement pour employeur une filiale. De là à considérer que le salarié a pour employeur la filiale mais aussi la société mère, il n'y a qu'un pas.

Il est franchi lorsque le juge prend en compte le groupe en vue d'offrir au salarié une **pluralité de débiteurs**. Le recours à la notion de coemploi en est la manifestation la plus éclatante : affirmer la qualité de coemployeurs de la filiale qui a procédé au recrutement du salarié (et dans le cadre de laquelle il exerce, au quotidien, son activité) et de la société dominante permet de donner à l'intéressé une capacité d'action démultipliée pour obtenir paiement des sommes qui lui sont dues, à commencer par les indemnités de rupture dont il est créancier par suite de son licenciement. Il est classique – et légitime – d'admettre que si les salariés d'une filiale reçoivent directement des instructions de la société mère et doivent lui rendre compte de l'exécution des ordres reçus, ils ont pour employeur l'une et l'autre des entités précédentes¹². Plus récemment, un élan nouveau a été offert au concept de coemploi : cette situation est reconnue sans qu'il y ait lieu de démontrer que les salariés d'une société reçoivent directement des ordres de la part des dirigeants de la société mère ; il suffit qu'entre chacune des entités concernées soit constatée une confusion d'intérêts, d'activité et de direction¹³ ; l'immixtion de la société mère dans la gestion du personnel de la filiale contribue à établir cette confusion et à justifier la reconnaissance d'une situation de coemploi sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère¹⁴.

C. - La pratique professionnelle

8 - Instances et accords. – L'objet « groupe » est enfin pris en compte, en droit du travail, par la pratique professionnelle. Il l'est lorsque celle-ci met en place des organes de direction (direction financière, direction des ressources humaines, direction juridique, direction internationale, direction recherche et développement...) qui exerceront leur autorité à l'égard de l'ensemble des entités juridiques composant le groupe. Dans le cercle des relations de travail, la pratique professionnelle prend en compte l'objet « groupe » lorsqu'elle organise spontanément, à ce niveau, des instances de représentation du personnel. Créer un comité de groupe mondial participe de ce mouvement. De même en est-il de la négociation, au niveau du groupe, d'accords collectifs dont rien, légalement, n'impose la conclusion, ce qui est notamment le cas de l'ensemble des accords collectifs transnationaux, qu'ils soient conclus dans le cadre européen avec une organisation syndicale européenne ou une instance européenne de représentation du personnel ou au plan mondial avec une organisation syndicale internationale ou un comité de groupe mondial.

2. Identification

9 - Groupe, infra-groupe, para-groupe. – La question de l'identification du groupe (A) peut trouver prolongation dans les interroga-

tions que suscite l'organisation de sous-groupes (B) et la reconnaissance d'unités économiques et sociales (C).

A. - Le groupe

10 - Variations. – Que l'objet « groupe » soit fortement pris en compte par le législateur, le juge et la pratique professionnelle n'est guère contestable. Mais quels sont les éléments qui révèlent sa présence ? Le législateur ne le précise pas toujours (1°). Et lorsqu'il s'aventure sur ce terrain, il ne retient pas toujours la même définition (2°). Le balbutiement n'est pas exclu (3°).

1° Le silence de la loi

11 - Conventions et accords collectifs. – Du silence gardé, illustration est offerte par les dispositions relatives aux conventions et accords collectifs de groupe : l'article L. 2232-30 du Code du travail se borne à décider qu'ils fixent eux-mêmes leur champ d'application (constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe). Le projet de loi d'où ce texte est issu renvoyait aux dispositions fixant le périmètre de constitution des comités de groupe. Cette référence fut abandonnée au motif qu'il était « préférable de développer la négociation de groupe sur le fondement du droit commun de la négociation collective selon lequel les accords fixent eux-mêmes leur champ d'application »¹⁵. Contre la lettre et l'esprit du texte en définitive adopté, la circulaire du 22 septembre 2004 affirme néanmoins que « le nouvel article [L. 2232-30] du Code du travail fait du groupe, tel que défini à l'article [L. 2231-1] du Code du travail, un niveau de négociation à part entière »¹⁶. L'argument utilisé – selon lequel « si le législateur n'a donné aucune définition du groupe, le nouvel article [L. 2232-30] du Code du travail fait cependant explicitement référence à la notion d'entreprise dominante, renvoyant de la sorte à la définition prévue à l'article [L. 2231-1] du Code du travail qui dispose qu'un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante »¹⁷ – est d'une extrême fragilité : l'examen du processus législatif qui a conduit à l'adoption de l'article L. 2232-30, conduit à une conclusion fort différente¹⁸.

L'abandon, dans le texte législatif, de la référence à l'article L. 2231-1, n'ayant pas été accompagné d'un renvoi aux dispositions du Code de commerce relatives aux groupes de sociétés (*C. com.*, art. L. 233-1 et s.), sont concernés tous les rassemblements d'entreprises dans lesquels sont relevés les éléments de base d'un groupe, caractérisés par la présence d'une entreprise dominante et d'entreprises dominées, quelles que soient l'origine et l'ampleur du rapport de domination. Le silence gardé vaut renvoi à un accord des parties pour décider s'il existe un groupe au sens de l'article L. 2232-30 du Code du travail et en fixer le périmètre. Le juge – le tribunal de grande instance au premier degré – saisi par des syndicats, des représentants du personnel ou des salariés, présents dans une entreprise laissée hors du champ de la négociation, d'une demande en contestation du périmètre du groupe¹⁹, ne devrait pas, à notre sens, accepter de s'engager

10. Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.378 : *JurisData* n° 2007-037845 ; *JCP S* 2007, 1672, note B. Bossu.

11. Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *JurisData* n° 2009-049560 ; *RJS* 2009, n° 898 ; *JCP S* 2009, 1535, note S. Béal et P. Klein. – Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-21.926 : *JurisData* n° 2011-028472 ; *RJS* 2012, n° 208.

12. Cass. soc., 13 mai 1969 : *Dr. soc.* 1969, p. 513, obs. J. Savatier.

13. Cass. soc., 11 juill. 2000 : *TPS* 2000, comm. 348. – Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JurisData* n° 2011-000359 ; *RJS* 2011, n° 207 ; *Dr. soc.* 2011, p. 372, obs. G. Couturier ; *JCP S* 2011, note P. Morvan.

14. Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278 à n° 10-12.325 : *JurisData* n° 2011-020697 ; *RJS* 2011, n° 929 ; *JCP S* 2011, 1548, note H. Guyot.

15. J.-P. Anciaux, *JOAN CR*, 17 déc. 2003, 1^{re} séance, p. 12506.

16. *Circ.* 22 sept. 2004, pt 1.3 : *JO* 31 oct. 2004, p. 18472.

17. *Circ.*, 22 sept. 2004, fiche n° 5 : *JO* 31 oct. 2004, p. 18479. – *Rappr. P.-H. Antonmattei, La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe, satisfaction et interrogations : Dr. soc.* 2004, p. 602, n° 8.

18. *Rappr. FRS Lefebvre* 2004, 27/04, n° 70. – *RF social* 2004, n° 1107, suppl., p. 29.

19. Il se peut que les demandeurs prétendent que l'entreprise laissée hors du champ de la négociation relevant, en vérité, du périmètre du groupe, la discussion fut conduite dans des conditions irrégulières ou, à tout le moins, si la convention ou l'accord vise l'ensemble du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, que le contrat collectif intervenu doit y être appliqué.

dans la voie de l'identification dudit périmètre. Elle relève, pour l'application de l'article L. 2232-30 du Code du travail, du seul accord des parties. Il est leur loi et seules les parties la déterminent, sous la réserve habituelle de la fraude²⁰.

2° La parole de la loi

12 - Comité de groupe. – Dès lors qu'il s'aventure sur le terrain de l'identification du groupe et de ses contours, le législateur n'en retient pas toujours la même définition. L'une des plus élaborées ressort des dispositions relatives au comité de groupe : la présence d'un tel comité est obligatoire dans le groupe formé, quels que soient les effectifs des uns et des autres, par une entreprise dominante²¹ et, d'une part, les entreprises qu'elle contrôle, d'autre part, celles sur lesquelles elle exerce une influence dominante, le tout sous une réserve : la présence du siège social sur le territoire français. Si le siège de la société dominante est situé à l'étranger, il échappe à l'emprise du comité de groupe. Le propos vaut à l'identique pour l'entreprise contrôlée (formule qui renvoie à des rapports de type sociétaire) ou sous influence (référence qui mêle données de type sociétaire et rapports contractuels) dont le siège est implanté hors de France²².

• **Entreprises contrôlées** : cette rubrique renvoie aux entreprises sur lesquelles un contrôle est exercé dans les conditions définies aux articles L. 233-1, L. 233-3 et L. 233-16, alinéa 2, du Code de commerce. Sont donc concernées :

– les sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue par l'entreprise dominante (*C. com., art. L. 233-1*) ;

– celles dont une société (dite dominante) détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales (*C. com., art. L. 233-3 et L. 233-16, II*) ;

– celles dans lesquelles une société (entreprise dominante) dispose seule de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord (non contraire à l'intérêt de la société concernée) conclu avec d'autres associés (*C. com., art. L. 233-3*) ;

– celles dont une société (entreprise dominante) détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales ; le contrôle est présumé lorsqu'une entreprise dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne (*C. com., art. L. 233-3*) ;

– celles dont une autre société (entreprise dominante) désigne, pendant deux exercices successifs, la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance (*C. com., art. L. 233-16, II, 2°*) ;

– celles sur lesquelles une autre société (entreprise dominante) est en droit d'exercer une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires lorsque le droit applicable le permet et que la

société dominante est actionnaire ou associé de cette entreprise (*C. com., art. L. 233-16, II, 3°*).

• **Entreprises sous influence** : l'influence qu'exerce une entreprise sur une autre justifie l'intégration de la seconde dans le périmètre du groupe organisé autour de la première dès lors que : 1° l'influence exercée mérite le qualificatif d'influence « dominante » ; 2° elle est exercée par une entreprise qui détient au moins 10 % du capital de celle qu'elle domine ; 3° la permanence et l'importance des relations existant entre l'une et l'autre établissent leur appartenance à un même ensemble économique (*C. trav., art. L. 2331-1, II, al. 1^{er}*).

L'existence d'une influence dominante est présumée établie (mais il ne s'agit que de présomption simple) lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

– peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'Administration ;

– ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;

– ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise (*C. trav., art. L. 2331-1, II, al. 2*).

Lorsque plusieurs entreprises satisfont, à l'égard d'une même entreprise dominée, à un ou plusieurs des critères précédents, celle qui peut nommer plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise dominée est considérée comme l'entreprise dominante, sans préjudice de la preuve qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante (*C. trav., art. L. 2331-1, II, in fine*).

13 - Le relais de l'accord ou du juge. – L'identification du groupe et la détermination de son périmètre en vue de la mise en place d'un comité de groupe relèvent en principe d'un accord conclu entre les « parties intéressées » : sociétés concernées, comités d'entreprise présents dans celles-ci, organisations syndicales représentatives dans les dites sociétés (*C. trav., art. L. 2333-5*). L'initiative des négociations peut être prise par les dirigeants de l'une de ces sociétés mais aussi par tout comité d'entreprise présent dans l'une d'entre elles ou par une organisation syndicale occupant des sièges dans l'un de ceux-ci ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit représentative dans l'ensemble du groupe, ni même au sein de la société dominante²³. À défaut d'accord, le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la société dominante, saisi par l'une des « parties intéressées », doit trancher le débat²⁴. Une fois identifié un groupe dans lequel la constitution d'un comité du même nom présente un caractère obligatoire, le comité d'entreprise présent dans une société qui relève du même ensemble économique et se trouve placée sous le contrôle effectif de la société dominante ou sur laquelle cette dernière exerce une « influence dominante » peut demander l'inclusion dans le groupe de la société dans laquelle il a été élu²⁵. Une telle demande doit être transmise, par l'intermédiaire du chef de l'entreprise concernée, au chef de l'entreprise dominante qui, dans un délai de trois mois, doit faire connaître sa décision ; si le bien-fondé de la demande est établi, elle ne peut être que positive²⁶. En cas de litige, le comité

20. Si le juge décidait néanmoins de s'engager dans la voie de l'identification du périmètre du groupe, il devrait raisonner, au moins par analogie, à partir des dispositions du Code de commerce, prises, en cette matière, comme normes de droit commun.

21. Un groupement d'intérêt économique « ne présente pas, en principe, le caractère de société dominante ou de société contrôlée exigé par la loi pour faire partie d'un comité de groupe... Dans la mesure où le GIE répond à l'objet limité qui lui est donné par la loi – mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres – il doit être considéré comme une structure spécifique qui ne saurait être représentée au comité de groupe » (rép. min. : JOAN Q, 3 août 1987, p. 4363). Une société holding constitue, au contraire, « la société dominante d'un groupe » au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail (rép. min. : JOAN Q, 25 sept. 1989, p. 4295).

22. *C. trav., art. L. 2331-1, I*. Sur la constitution de comités de groupe dans les réseaux bancaires, comportant un organe central (Cf. *C. trav., art. L. 2331-5*).

23. Cf. *Cass. soc., 4 mai 1994 : Dr. soc. 1994, p. 688, obs. G. Borenfreund ; RJS 1994, n° 875*.

24. *C. trav., art. L. 2333-5*. Une filiale commune dont le capital est partagé entre deux sociétés ou groupes de sociétés qui la gèrent sur un plan de stricte égalité, n'appartient à aucun groupe (*Cass. soc., 9 févr. 1994 : Dr. soc. 1994, p. 251, rapp. P. Waquet*).

25. *C. trav., art. L. 2331-2, al. 1^{er}, III*. Sur la reconnaissance au comité d'entreprise d'une société de la faculté de solliciter l'inclusion de celle-ci dans le groupe au moment où il est en voie de formation (Cf. *CA Paris, 26 avr. 1988 : Dr. trav. 1988, n° 7, p. 21 ; D. 1988, somm. p. 312, obs. Ph. Langlois*).

26. En dépit de la formule selon laquelle, dans le délai de trois mois, le chef de l'entreprise dominante « fait droit » à la demande présentée (*C. trav., art. L. 2331-2, al. 1^{er}*), il n'est pas obligé de lui apporter une réponse favorable : il ne fera droit à la demande que s'il estime remplies les conditions de contrôle ou d'influence. Tout impose cette interprétation : la

d'entreprise ou les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise considérée ou dans une autre entreprise du groupe peuvent saisir le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la société dominante²⁷.

3° Les balbutiements de la loi

14 - Dispositifs de participation financière. – Selon l'article L. 3344-1 du Code du travail, un accord portant création d'un dispositif d'intéressement ou de participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise peut être conclu « au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques ». Le propos législatif ne va pas au-delà du balbutiement : le groupe ressort de l'existence de liens financiers et économiques. Nulle référence n'est opérée à un rapport de domination. Nul renvoi n'est effectué aux autres dispositions du Code du travail traitant du groupe, ni à celles, inscrites dans le Code de commerce, identifiant les vecteurs de contrôle caractéristiques d'un groupe de sociétés. La mise en place d'un dispositif de participation financière dans un groupe passant par la conclusion d'un accord, il est néanmoins permis d'admettre que doit être conduit, pour l'identification du groupe, un raisonnement similaire à celui tenu lorsqu'est envisagée la conclusion de tout autre accord collectif de groupe ce qui revient à admettre la mise en place de dispositifs de participation financière de groupe dans tout rassemblement d'entreprises dans lequel sont relevés les éléments de base d'un groupe, caractérisé par la présence d'une entreprise dominante et d'entreprises dominées, quelles que soient l'origine et l'ampleur du rapport de domination²⁸.

15 - Un double constat. – Par-delà des formulations qui peuvent différer selon les circonstances, les éléments d'identification d'un groupe s'articulent, en définitive, autour du double constat :

– d'une pluralité de personnes morales ;

– d'un contrôle exercé par l'une sur les autres susceptible de naître de la détention d'une part majoritaire du capital, de clauses statutaires créatrices d'un pouvoir spécifique de vote (dans les assemblées d'associés) ou de désignation (des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance) ou de contrats commerciaux porteurs d'influence (dominante) et source d'un courant d'échanges permanent et important.

Pour l'identification du périmètre précis du groupe, renvoi est opéré soit à la seule volonté des parties (ce qui est le cas pour les conventions et accords de groupe), soit à un accord et, à titre subsidiaire, nul accord ne pouvant être dérogé, à une intervention du juge, à commencer par le tribunal de grande instance (ce qui est le cas pour le comité de groupe).

B. - L'infra-groupe

16 - Du groupe au sous-groupe. – Un élément de complexité supplémentaire peut tenir à la coexistence, dans un groupe, de plusieurs secteurs d'activité. Comment identifier les contours de chacun d'entre eux ? La réponse doit être généralement recherchée dans l'organigramme du groupe, lequel fait apparaître, par exemple, une direction « chimie », une direction « textile », une direction « acier »... À chaque secteur d'activité correspond souvent un véritable sous-

groupe avec, à la clé, la question de savoir s'il peut lui-même constituer la structure d'accueil de conventions ou accords de groupe – ce qu'il convient d'admettre, rien n'excluant que le périmètre d'un accord de groupe soit ainsi limité – ou s'il convient d'y implanter des dispositifs conçus pour être mis en œuvre dans les groupes. Ainsi l'éventuelle constitution de comités d'entreprise européens dans les sous-groupes qui présentent eux-mêmes les caractères requis pour être considérés comme des groupes de dimension communautaire fit-elle débat avant que les auteurs de la directive du 22 septembre 1994, puis ceux de la directive du 6 mai 2009, ne l'excluent²⁹... ce qui n'empêche pas que, par voie d'accord, des comités de sous-groupe soient parfois mis en place.

C. - Le para-groupe

17 - Le groupe-UES. – Un autre élément de complexité tient aux rapports ambigus qu'entretiennent les concepts de groupe et d'unité économique et sociale. Celle-ci présente les caractéristiques d'un groupe : elle est une addition de personnes morales entre lesquelles sont établis des liens étroits et où s'exprime – au moins de manière sous-jacente – un rapport de domination. Parce que l'UES, en ce qui concerne le droit de la représentation du personnel, est assimilée à une entreprise³⁰, il est exclu qu'elle serve de cadre d'organisation d'un comité de groupe³¹ : dès lors qu'est atteint le seuil de cinquante salariés, elle est le lieu d'organisation d'un comité d'entreprise commun à l'ensemble des entités qui la composent. Mais est-il également exclu qu'elle serve de cadre à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de groupe ? La généralité des termes de l'article L. 2232-30 du Code du travail suggère que nul groupe n'échappe à son empire. À s'en tenir à la lettre du texte, rien n'exclut qu'une unité économique et sociale puisse servir de cadre à quelque convention ou accord collectif de groupe³². Selon la circulaire du 22 septembre 2004 les accords de groupe doivent néanmoins « être distingués des accords conclus au sein d'une unité économique et sociale. Les accords collectifs négociés et conclus, au sein d'une unité économique et sociale reconnue, par les organisations syndicales représentatives ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical dans ce cadre, sont soumis au régime des conventions et accords d'entreprise, ainsi qu'à leurs conditions de validité »³³. Une distinction doit, en vérité, comme le suggère d'ailleurs, en filigrane, la circulaire, être opérée selon que les organisations syndicales représentatives ont ou non procédé à la désignation de délégués syndicaux dans le cadre de l'UES. Dans l'affirmative, celle-ci doit, sur le point qui nous intéresse, être traitée comme une entreprise, ce qui exclut la conclusion, en son sein, d'une convention ou d'un accord de groupe. Dans le cas contraire, chacune des entreprises qui la composent étant dotée de ses propres délégués syndicaux³⁴, la solution inverse s'impose. Peut être conclu tout accord de groupe, quel qu'en soit l'objet, tel un dispositif de participa-

29. Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 1^{er}, § 5.

30. Cf. Cass. soc., 25 sept. 2012, n° 10-26-224 : JurisData n° 2012-021479 ; JCP S 2012, 1500, note H. Guyot, décidant que dès lors que les sociétés rassemblées en une UES constituent une entreprise elle-même divisée en établissements distincts, la contribution au financement des institutions sociales doit être calculée dans le cadre de l'entreprise, c'est-à-dire de l'UES, et le taux légal de cette contribution ensuite appliqué à chaque établissement, en l'absence d'usage plus favorable.

31. Cass. soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.398 : JurisData n° 1999-003595 ; RJS 2000, n° 68. – Cass. soc., 16 avr. 2008, n° 07-60.348 : RJS 2008, n° 803.

32. Rapp. Y. Chalaron, *La conduite de la négociation* : Dr. soc. 1990, p. 586.

33. Circ. 22 sept. 2004, fiche n° 5 : JO 31 oct. 2004, p. 18480.

34. Rapp. Cass. soc., 21 nov. 1990 : Dr. trav. 1990, n° 2, p. 18, décidant que « la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun ne fait pas obstacle à la recherche du cadre dans lequel, à l'intérieur de cette unité, il peut être procédé à la désignation de délégués syndicaux ».

teneur des débats parlementaires (Cf. Y. Bur., rapp. AN, 10^e législature, n° 2819, p. 34) ; la référence à une « demande » (non une injonction) du comité d'entreprise ; la place laissée à l'éventualité d'un litige que peut seule expliquer la faculté laissée au chef d'entreprise de refuser de déférer à la demande présentée.

27. C. trav., art. L. 2331-3, R. 2331-2. La conjonction « ou » figurant à l'article L. 2331-3 du Code du travail « place sur le même plan les organisations syndicales et le comité d'entreprise » (CA Paris, 26 avr. 1988, préc. note 25).

28. En ce sens, J.-S. Lipski, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, thèse 2010, n° 219.

tion financière valant pour l'ensemble des salariés relevant du champ d'application du contrat collectif intervenu³⁵. Mais l'ambiguïté est ici à son comble puisque, dès lors qu'a été mis en place un comité d'entreprise commun à l'ensemble des personnes morales composant l'UES, peut aussi être envisagée la conclusion d'un accord d'intéressement ou de participation avec ce comité...

3. Action

18 - Personnalité morale. – L'objet « groupe » est-il un acteur de la vie juridique comme il est un acteur de la vie économique ? La réponse est *a priori* positive dès lors que sont conclus des accords collectifs de groupe, constitués des comités de groupe, menées des opérations de reclassement dans le groupe... Mais en vérité, dans les situations précédentes, le groupe n'est pas réellement en situation d'acteur. L'opération est juridiquement conduite non pas par le groupe mais par la société dominante du groupe ou, dans quelques cas, par la société dominante et les sociétés dominées, celles-ci intervenant aux côtés de la première. Pour que le groupe en tant que tel soit un véritable acteur de la vie juridique, il faudrait qu'il bénéficie de la personnalité morale. Est-ce concevable ? (A) Est-ce opportun ? (B).

A. - Une solution concevable

19 - Réalité technique. – Dans un système de droit où domine la thèse de la réalité technique, la voie est largement ouverte à la reconnaissance, par le juge, de la personnalité morale aux groupements possédant un certain degré de structuration. Les critères jurisprudentiels d'attribution de la personnalité morale ressortent de l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 1954 à propos des comités d'établissement, soulignant d'emblée que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi »³⁶. La thèse de la réalité technique est consacrée. La théorie de la fiction – selon laquelle l'octroi de la personnalité morale relève du seul législateur, celui-ci permettant ainsi à un groupement d'acquiescer et d'exercer des droits – est écartée. Selon la Cour de cassation, la personnalité morale « appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ».

Un groupe de sociétés répond-il aux critères posés ? Un tel groupement n'est pas nécessairement doté d'une possibilité d'expression collective. Il existe des conglomerats de sociétés où la société dominante n'exerce pas, ou très peu, une « expression collective ». Ce sont les composantes du groupe (très décentralisé) qui apparaissent sur la scène médiatique et juridique : elles conduisent leur propre politique commerciale, mènent leurs propres campagnes de publicité, procèdent en toute liberté aux recrutements qu'elles jugent opportuns, négocient, sans interférence de la société dominante, avec les organisations syndicales présentes en leur sein. Mais, à l'opposé, il est des groupes fortement intégrés où la direction centrale décide de toutes les mesures importantes. La réalité du pouvoir est entre les mains des directions commerciale, juridique, financière, internationale constituées au « niveau groupe ». Les filiales ne sont que les agents d'exécution d'une politique décidée par la société dominante. Cette dernière s'exprime seule au nom du groupe (au point que les salariés, lorsqu'il leur est demandé où ils exercent leur activité, désignent généralement le groupe, non la société particulière qui est, juridiquement, leur employeur). Le groupe dispose dans ces circonstances d'une réelle « possibilité d'expression collective »... dont ne bénéficient guère, en

revanche, les entités qui le composent alors même qu'elles sont dotées de la personnalité civile.

Le groupe, incarné par la société dominante, s'exprime, en principe, pour la défense des intérêts commerciaux, financiers, sociaux de l'ensemble que forment les sociétés qu'il rassemble et tous ceux qui y exercent leur activité, à commencer par les salariés. Ce sont là des intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés.

20 - Débat. – À ce stade du raisonnement, il n'apparaît pas inconcevable qu'à certains groupes de sociétés soit reconnue la personnalité morale. Cette conclusion ne pourrait-elle cependant être écartée en faisant valoir que les groupements auxquels la Cour de cassation, dans le silence de la loi, a reconnu la personnalité morale, sont toujours des « organismes créés par la loi elle-même, avec mission de gérer certains intérêts collectifs, présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice »³⁷ ? Les comités d'établissement, le CHSCT, le comité de groupe sont des organismes créés par la loi, laquelle en impose la présence dans des circonstances qu'elle détermine elle-même. Avec les groupes de sociétés la situation est fort différente : la loi n'en impose pas la présence ; elle se borne à prendre acte de leur existence pour édicter certaines règles de droit des sociétés, droit fiscal, droit du travail, droit de la protection sociale, etc. Si l'argument selon lequel l'octroi de la personnalité morale à un « organisme » suppose qu'il ait été créé par la loi est retenu, le débat cesse : la personnalité morale doit être refusée aux groupes de sociétés. Mais l'argument n'est pas nécessairement décisif : les textes de nature législative qui, toutes disciplines confondues, visent le groupe sont tellement nombreux qu'il est permis d'admettre que si le groupe n'est pas créé par la loi, il reçoit cependant l'onction de la loi. Celle-ci reconnaît, au moins implicitement, qu'il a mission de « gérer certains intérêts collectifs, présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ». Sinon, pourquoi faudrait-il créer un comité de groupe ou un comité d'entreprise européen ?

21 - Frontières. – Mais s'il apparaît concevable que le groupe, en tant que tel, soit doté de la personnalité morale, comment identifier ceux qui méritent de disposer de pareil attribut ? Quels peuvent être les critères de nature à permettre de tracer la frontière séparant les groupes dotés en soi de la personnalité morale et ceux qui en sont privés ? Pour l'identification des premiers, des indices peuvent être trouvés dans :

- la communauté d'intérêts économiques des entités rassemblées, que contribue à révéler l'établissement de comptes consolidés ;
- l'existence d'une communauté de salariés, celle-ci ressortant elle-même de la soumission de l'ensemble des salariés du groupe à des normes homogènes ; la présence d'un accord collectif de groupe constitue, à cet égard, une donnée importante ; chaque fois qu'un tel accord est conclu, un pas supplémentaire est franchi sur la voie conduisant à l'identification d'une véritable communauté de salariés par-delà les barrières que dresse la personnalité morale des entités qui composent le groupe.

Mais l'élément déterminant pour l'identification des groupes auxquels il pourrait être envisagé de reconnaître la personnalité morale tient à la concentration des pouvoirs, la société dominante exerçant la réalité du pouvoir de direction sur l'ensemble des entités du groupe ; les dirigeants des personnes morales qui le composent :

- ne font que mettre en œuvre une politique commerciale, financière, sociale, internationale décidée par les organes de la société dominante et les équipes de direction qui y sont rassemblées ;
- ne prennent aucune décision importante sans en référer préalablement aux organes de la société dominante ou à l'équipe de direction créée au sein de cette dernière dont relève la décision envisagée.

35. Cf. J.-S. Lipski, thèse préc. note 28, n° 224 et s.

36. Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : D. 1954, jurispr. p. 217, note G. Levasseur ; JCP G 1954, II, 7978, concl. Lemoine ; Dr. soc. 1954, p. 161, note P. Durand.

37. Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954, préc. note 36.

S'exerce, selon une formule déjà pratiquée à propos des unités économiques et sociales³⁸, un « pouvoir de direction unique ».

B. - Une solution inopportune

22 - Révolution. – Reconnaître à un groupe de sociétés, donc à une addition de personnes morales, la personnalité juridique est-il juridiquement opportun ? Reconnaître au groupe, en tant que tel, la personnalité juridique aurait des conséquences considérables. Sur un plan théorique, une telle décision remettrait en cause un élément clé du régime juridique de la personnalité morale : le rôle de la volonté puisqu'il y aurait inclusion automatique des sociétés contrôlées dans le cercle des membres de la personne morale « groupe ». Or, il y a là un élément essentiel du droit de la personnalité morale : société, syndicat, association, naissent d'un processus d'essence contractuelle reposant, en vue de la réalisation d'un objet (qui doit être licite), sur un accord de volontés dont l'altération peut justifier une décision d'annulation (*C. civ.*, art. 1844-10, à propos des sociétés). Né d'un processus d'essence contractuelle, un groupement de personnes ne devrait rassembler que des volontaires, chacun demeurant libre de s'engager ou non et, dès lors que l'engagement souscrit est à durée indéterminée, de s'en extraire. S'il est vrai que le législateur et le juge n'ont pas hésité à rompre parfois avec le principe précédent, la rupture fut toujours perpétrée au profit de structures dotées d'un statut dont les contours sont légalement fixés. Or, en ce qui concerne les groupes de sociétés, d'un statut légal, fixant leur organisation, leur mode de fonctionnement, leurs modalités de dissolution, il n'est point de trace.

D'un point de vue pratique, constater que le pouvoir dans la personne morale « groupe » est exercé par les dirigeants de la société dominante ne résout pas la question de l'habit juridique que revêtirait cette personne morale ni des règles de fonctionnement qui la régiraient. Le débat n'avait pas lieu d'être pour le comité d'établissement, le comité de groupe ou le CHSCT s'agissant d'institutions créées par le législateur dont les normes de constitution et de gestion avaient été fixées par lui. Il surgit, en revanche, en ce qui concerne le groupe : il ne relève, en tant que tel, dès lors qu'il est pris en compte dans sa globalité, d'aucune figure juridique admise par le législateur français. Alors que la volonté des fondateurs d'un groupement s'exprime en principe dans les statuts qu'ils sont appelés à établir, fixant les conditions d'accès à l'entité créée, la nature de son activité, les modes de gestion, les obligations de chacun, la durée de vie de la personne morale constituée... il n'est ici rien de tel. Reconnaître la personnalité morale à un groupe de sociétés conduit à une foule de questions sans réponse.

D'un point de vue pratique, la reconnaissance de la personnalité morale au groupe conduirait en outre à un quasi-effacement de la personnalité morale des entités qui le composent. Elle subsisterait, leur permettant de négocier un contrat, d'agir en justice, mais la portée en serait sensiblement réduite. Il y a tout lieu de penser que si le groupe était doté, en soi, de la personnalité morale, la conclusion en serait tirée que le groupe serait, en tant que tel, *ipso facto*, partie aux opérations conduites par les filiales ; les salariés seraient promptement et automatiquement reconnus comme salariés de la filiale et du groupe (ce qui conduirait à faire jouer, entre autres, le principe d'égalité de traitement dans le cadre du groupe)³⁹. Le tout conduirait à une solidarité de fait de l'ensemble des entités composant ce dernier. Ac-

cessoirement, il deviendrait difficile de maintenir la jurisprudence qui refuse aux UES la personnalité morale⁴⁰.

23 - Franchir le pas ? – À supposer néanmoins que la décision soit prise de franchir le pas de la reconnaissance de la personnalité morale au groupe, se pose la question de savoir de qui elle pourrait venir. Une telle décision ne pourrait être prise par une chambre de la Cour de cassation agissant de manière isolée. L'impact de la reconnaissance au groupe de la personnalité morale est trop fort, dans tous les champs du droit, pour qu'une chambre puisse trancher seule cette question. Elle relève au minimum d'une délibération prise en assemblée plénière.

Mais même en assemblée plénière la Cour de cassation peut-elle prendre pareille décision ? Il est permis d'en douter eu égard aux effets qu'elle emporterait. Une telle mesure suppose un texte législatif précédé d'une étude d'impact conduite avec le plus grand soin, en n'éluant aucune difficulté. Parmi celles-ci, l'une concerne le degré d'intégration auquel un groupe devrait être parvenu pour que la personnalité morale lui soit reconnue. Sans doute faudrait-il exiger que soit identifié un pouvoir de direction unique trouvant traduction dans la présence de directions financière, sociale, juridique, internationale constituées au sein de la société dominante et dictant leur politique aux filiales. Mais, d'une part, la dose d'insécurité constatée serait fort importante, la recherche précédente devant être menée cas par cas et pouvant nourrir de multiples, complexes et donc interminables contentieux, nourrissant eux-mêmes, jusqu'à leur ultime dénouement, maintes interrogations. D'autre part, la volonté d'éviter que les conglomerats de sociétés ne soient reconnus, en tant que tels, au rang de personne morale, pourrait dissuader des groupes de bâtir des structures de commandement et de contrôle intégrées alors qu'elles sont souvent un gage d'efficacité ; elle pourrait, dans le cercle des relations de travail, les dissuader de mettre en œuvre une politique sociale harmonisée, notamment par constitution d'instances mondiales de représentation du personnel, négociation d'accords collectifs à caractère transnational, adoption de chartes d'éthique ou de codes de conduite de même ampleur, organisation de politiques globales de mobilité permettant d'offrir aux salariés des filiales des perspectives d'évolution répondant au souhait de certains de conduire une carrière internationale, construction de plans de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences prenant en compte la totalité du potentiel du groupe... Pareil renoncement serait, à coup sûr, fort dommageable pour tous, singulièrement pour les salariés eux-mêmes.

Une seconde difficulté ne manquerait pas de surgir lorsque le siège social de la société dominante d'un groupe intégré serait situé à l'étranger. Serait-il possible de reconnaître, dans le cercle français, la personnalité morale à un tel groupe ? S'il était répondu par la négative, des solutions différentes prévaudraient selon que la société dominante du groupe aurait son siège social en France ou hors de France... alors même que les deux groupes posséderaient le même degré d'intégration. L'attractivité du système juridique français, affaiblie par les dispositifs déjà inventés pour neutraliser les barrières de la personnalité morale, qu'il s'agisse de l'UES ou du coemploi (qui transforme déjà le groupe en une entreprise), se réduirait encore un peu plus. La distinction opérée pourrait contribuer à provoquer le départ pour l'étranger de sociétés dominantes actuellement implantées en France, ce qui n'est ni économiquement ni socialement souhaitable.

24 - Une situation hybride. – En multipliant les situations dans lesquelles le groupe est traité, sur les terres du droit du travail, à la manière d'une entreprise, le législateur et le juge ont contribué à compliquer l'émergence d'une représentation générale et abstraite de

38. *Cass. soc.*, 15 mai 2001, n° 00-60.048 : *JurisData* n° 2001-009571 ; *JCP E* 2001, p. 1479, note F. Duquesne.

39. Cf. aujourd'hui, *Cass. soc.*, 14 sept. 2010, n° 08-44.180 : *JurisData* n° 2010-016081 ; *RJS* 2010, n° 849, décidant que le principe d'égalité de traitement n'ayant vocation à s'appliquer qu'entre les salariés d'une même entreprise, il n'existe aucun principe juridique imposant à une société d'accorder à ses salariés des avantages identiques à ceux des salariés d'autres entreprises du groupe.

40. *Cass. soc.*, 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *JurisData* n° 2008-046307 ; *RJS* 2009, n° 254 ; *JCP S* 2009, 1140, note G. Blanc-Jouvan.

l'objet « groupe ». S'il naît d'une addition de personnes morales unies par des rapports de dépendance, rien n'exclut qu'il évolue vers un degré d'intégration qui pousse l'interprète à l'analyser en une entreprise. Néanmoins, et pour l'heure, tant que le législateur n'en décidera pas autrement, il est permis d'estimer préférable de rester dans une situation hybride, le groupe étant traité, à certains égards, comme une entreprise sans être pour autant doté de la personnalité juridique : quasi-entreprise, le groupe intégré est traité comme une quasi-personne morale. Et cette dose de « juridicité »⁴¹ suffit. Mais il est encore une autre éventualité : que les groupes intégrés finissent par être considérés systématiquement comme des unités économiques et sociales, ce qui conduirait à revoir l'architecture des ins-

tances de représentation du personnel et conduirait à la conclusion d'accords collectifs d'UES, susceptibles d'être analysés comme de véritables accords d'entreprise, obéissant aux règles qui gouvernent ces derniers. Il n'est pas sûr, toutefois, qu'à ce type d'évolution il faille souhaiter meilleur vent qu'à celle qui conduirait à reconnaître au groupe, en tant que tel, la personnalité morale.

MOTS-CLÉS : *Groupe de sociétés - Périmètre - IRP - Unité économique et sociale*

Institutions représentatives du personnel - Groupe de sociétés -

Périmètre - Unité économique et sociale

Unité économique et sociale - Groupe de sociétés - Périmètre -

Institutions représentatives du personnel

TEXTES : *C. com., art. L. 233-1, L. 233-3, L. 233-16. – C. trav., L. 2232-30, L. 2333-5, L. 3344-1*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, Fasc. 15-80, par Émeric Jeansen*

41. Cf. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé* : PUF, 2011, p. 107, n° 18.

Seconde partie :
Au – delà de l'entreprise

Les conditions du regroupement des branches

Christophe Frouin, Avocat associé, cabinet Fidere

L'objectif est fixé. Il est nécessaire de réduire le nombre des branches professionnelles d'environ sept cents (hors secteur agricole) à deux cents à l'horizon 2019, voire même, si cela est possible, à une centaine. Il s'agit de disposer de branches moins nombreuses mais plus fortes afin de constituer de véritables filières économiques (exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite El Khomri)¹.

Cette nécessité part du constat selon lequel le nombre de branche serait excessif en France² ce qui entraînerait un morcellement du paysage conventionnel qui serait la cause de difficultés multiples. Trop petites, certaines branches ne seraient plus en capacité de mener une activité conventionnelle satisfaisante notamment sur les sujets complexes pour lesquelles la branche a pourtant le plus d'utilité (pénibilité, égalité entre les femmes et les hommes, GPEC, etc.). Cela serait à l'origine d'un affaiblissement et d'une perte de lisibilité du droit conventionnel qui serait d'autant plus dommageable qu'il est attendu des branches professionnelles qu'elles donnent un socle conventionnel aux TPE et PME qui ne sont pas couvertes par des accords d'entreprise. Trop faibles, les branches ne pourraient pas jouer pleinement leur rôle de régulateur de la concurrence³, ni apporter aux entreprises les avantages attendus en termes de mutualisation et d'économie d'échelle

(formation, garanties de prévoyance, frais de santé, etc.).

La réflexion sur le sujet n'est pas nouvelle. Elle a donné lieu à plusieurs rapports⁴ avant de connaître une première traduction législative avec la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 qui a inséré dans le Code du travail une nouvelle section intitulée « restructuration des branches professionnelles » regroupant une série de mesures autorisant le ministère du Travail à procéder à des regroupements de branches.

Sur la base de ces premières dispositions, le ministère du Travail a lancé le processus de recomposition des branches en commençant par constituer un groupe de travail au sein de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC) qu'il a pérennisé sous la forme d'une « sous-commission de la restructuration des branches professionnelles »⁵ et dont le rôle est d'analyser la situation des branches en vue de susciter une réduction de leur nombre par voie conventionnelle et, en tant que de besoin, sur le fondement des dispositions légales permettant un regroupement forcé⁶.

Jugeant que le rapprochement des branches ne s'opérait pas assez vite, les pouvoirs publics ont décidé de renforcer le dispositif par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, dite Rebsamen, qui a rendu alternatifs les critères autorisant une fusion de branches et qui étaient jusque-là cumulatifs. Depuis lors, une fusion de branches peut être opérée en

présence de branches dont l'effectif est trop faible ou dont l'activité conventionnelle est insuffisante ou dont les organisations syndicales ne sont pas suffisamment représentatives.

En parallèle, le ministère du Travail a confié à M. Patrick Quinqueton, Conseiller d'État, la mission de proposer aux partenaires sociaux une méthodologie permettant le regroupement des branches (rapport remis le 17 décembre 2015).

Poursuivant sa démarche tout en souhaitant encore l'accélérer, le législateur est à nouveau intervenu avec la loi du 8 août 2016 qui a largement repris les préconisations du Rapport Quinqueton en renforçant encore le caractère coercitif des pouvoirs du ministère du Travail.

En outre, la loi a fixé un calendrier précis. L'objectif de deux cents branches doit être atteint avant 2019. Pour y parvenir, les partenaires sociaux sont invités à ouvrir une double négociation. La première au niveau national et interprofessionnel doit porter sur la méthode permettant d'atteindre l'objectif. La seconde au niveau des branches doit viser à opérer ces rapprochements. Ces deux négociations qui devaient s'ouvrir dans un délai de trois mois courant à compter de la publication de la loi, soit avant le 8 novembre 2016, ne semblent pas avoir connu l'engouement souhaité⁷.

Par ailleurs, le ministre du Travail devait engager avant le 31 décembre ●●●

1. V.A. Bugada, La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches, *JCP S* 2016, 1442 ; A. Sauret, Le regroupement des branches, *JCP S* 2016, 1441.

2. Il n'y en aurait que cent cinquante en Allemagne.

3. Rôle qui vient d'être accru par la loi du 8 août 2016 (C. trav., art. L. 2232-9).

4. La question était déjà traitée dans le Rapport de Virville de 2004, elle a été approfondie par le Rapport Poisson de 2008 sur la négociation collective et les branches professionnelles, puis par le Rapport Combret de 2013 sur la réforme de la représentativité patronale.

5. Cette sous-commission est composée : du ministre chargé du Travail ou de son représentant, du ministre chargé de l'Agriculture ou de son représentant, du ministre chargé de l'Économie ou de son représentant, de cinq représentants des salariés, à raison d'un pour chacune des OS représentées à la CNNC (CFDT, CFTC, CFE-CGC, CGT, CGT-FO), de cinq représentants des employeurs, à raison d'un au titre du MEDEF, un pour la CGPME, un pour l'UPA, un pour les professions agricoles, et un pour l'UNAPL.

6. C. trav., art. R. 2272-10 ; D. n° 2015-262, 5 mars 2015.

7. L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 25, II. À notre connaissance la négociation nationale interprofessionnelle n'a pas été ouverte. Par lettre du 28 janvier 2016, les partenaires sociaux ont mis en place un comité paritaire dont le rôle est notamment d'éclairer et de compléter les travaux de la sous-commission sur la restructuration des branches et d'aider les branches qui le souhaitent dans leur démarche de rapprochement. Aucune sanction n'est prévue sous réserve de la perspective d'un regroupement imposé.

●●● 2016 la fusion des branches dont le champ d'application géographique est uniquement régional ou local et des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des quinze années précédant la promulgation de la présente loi (depuis 2001). Le processus est largement engagé dans la mesure où une première liste d'environ cent trente branches avait déjà été soumise pour avis à la sous-commission de la restructuration des branches professionnelles en 2015 et 2016. Un premier arrêté de fusion a été promulgué le 5 janvier dernier procédant au regroupement de neuf branches⁸. On imagine que d'autres arrêtés devraient suivre rapidement et entraîner la disparition de dizaines de branches « mortes » (branches dont les signataires ont disparu ou ne sont pas représentatifs ou qui n'ont plus de salariés). Par ailleurs, plusieurs branches ayant des conventions locales ont ouvert des négociations sur le sujet même si elles ne s'inscrivent pas nécessairement dans ce cadre légal (FNSEA, Bâtiment, Métallurgie)⁹.

Enfin, il est prévu que le ministre du Travail engage à partir du 8 août 2019, la fusion des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des sept années précédant la promulgation de la loi (depuis 2011).

Même si la finalisation de la restructuration des branches n'est pas pour demain¹⁰, elle commence donc maintenant !

Naturellement, dans l'esprit du législateur, il est préférable que les branches choisissent librement les formes et les moyens de leurs regroupements. Toutefois, la menace est claire. Des regroupements forcés pourront être opé-

rés si l'objectif n'est pas atteint dans le délai. En soi, la contrainte est donc incitative ce qui devrait conduire les branches les plus menacées à se lancer dans des rapprochements conventionnels. Au final, le nombre de fusions forcées devraient être limité à l'exception de celles concernant des branches mortes (cf. ci-dessus). La voie du regroupement amiable est donc privilégiée. Pour autant, aucun dispositif de convergence n'a été prévu¹¹. Il semble que le législateur a estimé que les dispositions existantes suffisaient à condition que la situation postérieure au regroupement soit sécurisée. C'est l'autre apport majeur de la loi du 8 août 2016¹².

1 LES BRANCHES DEVANT SE REGROUPER

Il n'existe aucune définition légale de la branche professionnelle. D'ailleurs, il n'est peut-être pas utile, ni souhaitable d'en avoir une¹³. Cependant, en ce qui concerne le dossier du regroupement, la branche se résume au périmètre d'une convention collective ce qui a le mérite de la simplicité même si cela peut prêter à la critique.

Doivent se regrouper, de gré ou de force, les branches ou les conventions collectives qui (C. trav., art. L. 2261-32 et R. 2261-15) :

- ont un effectif inférieur à cinq mille salariés. Il y en aurait un peu plus de trois cents. Cependant, l'effectif attendu d'une branche par les pouvoirs publics est d'au moins cinquante mille salariés¹⁴ ;

- ont une activité conventionnelle trop faible, caractérisée par un nombre insuffisant d'accords signés et par un nom-

bre trop restreint de thèmes de négociation ouverts. Il ne suffit donc pas de conclure des accords sur les salaires, il faut également être à jour des négociations triennales sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, sur la GPEC, sur les travailleurs handicapés, et sur la formation ainsi que de la négociation quinquennale sur les classifications¹⁵ ;

- ont un champ géographique uniquement régional ou local¹⁶ ;

- ont des organisations professionnelles d'employeurs insuffisamment représentatives, le seuil étant fixé à moins de 5 % des entreprises adhérant à une organisation professionnelle représentative des employeurs ;

- dont la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation ne s'est pas réunie au cours de l'année précédente. Les branches doivent donc mettre en place les nouvelles commissions paritaires permanentes prévues par l'article L. 2232-9 dans le délai de deux ans qui leur est imparti par la loi à défaut de quoi, elles s'exposent à une fusion sanction ;

Ces critères sont alternatifs et non plus cumulatifs. Le ministère peut donc procéder à une fusion de champ conventionnel en raison de l'un ou l'autre de ces critères. La loi autorise à procéder à un regroupement forcé ou négocié de deux branches ou plus¹⁷.

2 LES OUTILS À LA DISPOSITION DU MINISTÈRE DU TRAVAIL¹⁸

Le ministre du Travail dispose de quatre outils pour procéder à la restructuration des branches : la fusion du

8. Arr. 5 janv. 2017, JO 12 janv.. Il s'agit de la convention collective nationale des industries de la mode et de la chapellerie, de la convention collective des tisseurs à domicile rubanier de la région de Saint-Étienne, de la convention collective locale de la tapisserie d'art d'Aubusson-Felletin, de la convention collective de l'industrie des fruits confits d'Apt, de la convention collective locale des industries du peigne de la Vallée de l'Hers et du Touyre, de la convention collective régionale des tresses rigides et élastiques de la région de Saint-Chamond et du Puy et Yssingeaux, de la convention collective locale pour le transit des primeurs d'Afrique du Nord à Marseille, et de la convention collective nationale des employés et techniciens des services généraux et administratifs de l'exploitation des théâtres cinématographiques.

9. V. Regroupement de branches des exemples : JCP S 2016, 1445 ; V. D. Devallee, La branche professionnelle, une notion historique en voie de définition, JCP S 2016, 1445.

10. P.-H. Antonmattei, Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain ! Semaine sociale Lamy, n° 1630.

11. Le Rapport Poisson de 2008 proposait la création de branches nouvelles par un système de convention de reconnaissance réciproque (J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Doc. fr., coll. des rapports officiels, p. 194 et s.). Ce dispositif n'a pas été retenu.

12. C. trav., art. L. 2261-33.

13. Propos de J.-D. Combrexelle rapportés dans AEF – colloque AEF-Alixio-Cedac, 11 mars 2016. P. Quinqueton, préfère quant à lui parler de champ conventionnel que de branche, ce qui renvoie au périmètre. Il distingue entre le champ conventionnel et la branche : « la branche c'est l'organisation qu'il y a derrière le champ conventionnel. Regrouper des champs conventionnels induit un regroupement des branches mais ce n'est pas un préalable » (P. Quinqueton, Comment passer de 700 à 100 branches ? Semaine sociale Lamy, n° 1703 ; V. D. Devallee, art. précité ; M. Oyaux, art. précité).

14. Rapport Quinqueton, Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles, p. 58.

15. Négociations mentionnées aux articles L. 2241-1 et s. (négociation annuelle sur les salaires et l'emploi), L. 2241-3 et s. (négociation triennale sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la GPEC, les travailleurs handicapés, la formation), L. 2241-7 et s. du Code du travail (négociation quinquennale sur les classifications).

16. Sauf pour la Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon pour lesquels des accords locaux peuvent être conclus à condition que ces périmètres soient expressément exclus du champ d'application de la convention collective nationale (C. trav., art. L. 2222-1).

17. V. l'article L. 2261-33 du Code du travail qui parle d'une « fusion des champs d'application de plusieurs conventions collectives » et d'un « accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions existantes ».

18. V. sur ce point Ch. Neau-Leduc, La restructuration des branches professionnelles imposée, JCP S 2016, 1444.

champ d'application de conventions collectives, le refus d'extension, le refus de représentativité des organisations professionnelles et syndicales de la branche et l'élargissement (*C. trav., art. L. 2261-32*).

Le recours aux trois premiers est justifié par l'intérêt général attaché à la question de la restructuration des branches professionnelles. Ces outils peuvent être mobilisés dans l'ensemble des cas mentionnés ci-dessus (*cf. infra*).

L'élargissement n'est possible qu'en vue d'intégrer un secteur territorial ou professionnel non couvert par une convention collective.

En raison de son efficacité, la fusion de champs conventionnels est celle qui retient le plus l'attention.

Elle peut être prononcée entre des branches présentant des conditions sociales et économiques analogues dans l'un des cas mentionnés plus haut ou, en dehors de ces cas, pour renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives (*C. trav., art. L. 2261-32, I*).

Deux procédures sont prévues, l'une pour les opérations de fusion et d'élargissement, l'autre pour les opérations de refus d'extension et de refus de représentativité.

► Procédure applicable aux fusions et aux élargissements¹⁹

Préalablement à toute décision de fusion ou d'élargissement, le ministre du Travail doit publier un avis au *Journal officiel* invitant les organisations et personnes intéressées à faire connaître leurs observations sur ce projet dans un délai de quinze jours. La Commission nationale de la négociation collective (ou sa sous-commission sur la restructuration) doit ensuite être consultée.

Deux organisations professionnelles d'employeurs ou deux organisations syndicales de salariés représentées à la CNNC peuvent proposer une autre branche de rattachement (fusion) ou un projet alternatif d'élargissement du

champ d'application par décision écrite et motivée adressée dans un délai de quinze jours à compter de la date de la première consultation de la CNNC.

Le ministre du Travail doit transmettre l'ensemble des propositions reçues aux représentants des organisations siégeant à la sous-commission de la restructuration des branches puis consulter à nouveau la CNNC dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de la première consultation. Une fois le nouvel avis rendu par la commission, le ministre peut prononcer la fusion ou l'élargissement, le cas échéant en passant outre les propositions alternatives.

À titre transitoire, jusqu'au 8 août 2019, le ministre du Travail ne pourra pas procéder à une fusion en cas d'opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la Commission nationale de la négociation collective, sauf si la fusion concerne des branches dont le champ est uniquement régional ou local et qui n'ont pas conclu d'accord lors des quinze années précédant la promulgation de la loi (*art. 25, V*).

Cette faculté d'opposition n'a pas été prévue en cas d'élargissement.

► Procédure applicable aux refus d'extension et de représentativité²⁰

La procédure est allégée en ce qui concerne le refus d'étendre la convention collective, ses avenants ou ses annexes et le refus d'arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations de salariés représentatives.

Le ministre du Travail a seulement l'obligation de recueillir l'avis préalable de la Commission nationale de la négociation collective en cas de refus d'extension auquel s'ajoute l'obligation de solliciter l'avis du Haut Conseil du dialogue social en cas de refus de représentativité. Aucune proposition alternative n'est possible ce qui se comprend eu égard à la nature des mécanismes en cause.

3 LES OUTILS DU REGROUPEMENT NÉGOCIÉ À LA DISPOSITION DES PARTENAIRES SOCIAUX²¹

Les modalités du regroupement conventionnel sont très souples.

En vertu du principe selon lequel le champ d'application professionnel d'une convention collective est fixé librement, il est permis de marier des activités diverses dès lors que cela reste cohérent (*C. trav., art. L. 2222-1*).

La loi permet d'utiliser différentes techniques pour procéder au regroupement amiable. Celui-ci peut être opéré par adhésion couplée à une dénonciation (*C. trav., art. L. 2261-3 à L. 2261-6 et L. 2261-9 à L. 2261-13*). Il peut prendre la forme d'une révision (*C. trav., art. L. 2261-7 et L. 2261-8*)²². Il peut s'accompagner d'un accord de méthode et d'un accord de calendrier (*C. trav., art. L. 2222-3 à L. 2222-3-2*). On peut même envisager un regroupement par fusion d'organisations professionnelles patronales²³.

Cependant s'il existe différentes méthodes de regroupement possibles, la loi du 8 août 2016 encourage à utiliser la méthode de l'accord de champ.

Un accord de champ est un accord d'un type original qui a pour objet, comme son nom l'indique, de fixer uniquement un champ d'application. L'accord de champ ne comporte aucune autre stipulation. Son intérêt tient au fait qu'il peut être étendu même s'il empiète sur le champ d'autres conventions collectives étendues ce qui est en principe interdit²⁴.

Dans le cadre d'une opération de regroupement de branche, l'accord de champ présente un double avantage. D'une part, il permet de « séquencer » le rapprochement en s'accordant d'abord sur un périmètre que l'on fait valider par le ministère du Travail dans le cadre d'une demande d'extension (étape 1) et en négociant ensuite le contenu de la CCN (étape 2) qui ●●●

19. *C. trav., art. L. 2261-32, I et II ; art. D. 2261-14.*

20. *C. trav., art. L. 2261-32, III et IV.*

21. V. C. Froin, *La négociation du regroupement de branches*, *JCP S* 2016, 1443.

22. V. A. Bugada, *art. précité*.

23. *Cass. soc.*, 13 oct. 2016, n° 14-18.905.

24. Fr. Champeaux, *La légalité de l'extension d'un accord « vide »*, *Semaine sociale Lamy*, n° 1457. En principe le chevauchement de champ d'application de CCN étendues est interdit. De ce fait, le ministre du Travail doit soit refuser l'extension de la CCN qui empiète sur un champ d'application existant soit abroger l'arrêté d'extension de la convention collective victime de l'empiètement afin de supprimer la zone de chevauchement. Avec l'accord de champ le ministre du Travail est autorisé à différer son arbitrage à la date à laquelle les garanties sociales de la nouvelle convention collectives seront conclues (CE, 23 juill. 2010, n° 313776, *JurisData* n° 2010-012212, *Dr soc.* 2010, p. 1085, concl. Courrèges, *RJS* 2010, n° 870). Il peut donc y avoir un chevauchement temporaire de champs d'application entre l'accord de champ et les champs d'application des CCN en cours de regroupement, le temps nécessaire à la « finalisation » du regroupement.

●●● est alors étendue avec une abrogation des arrêtés d'extension des CCN sur le champ desquelles les partenaires sociaux ont pu empiéter. D'autre part, il permet d'éviter d'avoir à appliquer les règles de mise en cause des accords collectifs grâce aux dispositions transitoires de la loi du 8 août 2016 (*cf. ci-dessous*).

À défaut de disposition spécifique dans la loi, l'accord de fusion de champ conventionnel est conclu dans les conditions de droit commun ce qui implique de le négocier en commission paritaire pour pouvoir en demander l'extension (*C. trav., art. L. 2261-19, al. 1*). L'accord doit être signé conformément aux règles de majorité de droit commun (*C. trav., art. L. 2232-6 ; C. trav., art. L. 2261-19, al. 2*). Cela ouvre la porte à des « OPA inamicales » sur des branches de petite taille dès lors qu'il n'est pas expressément prévu que les seuils d'audience s'apprécient au niveau de chacun des champs conventionnels.

4 LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

L'apport majeur de la loi du 8 août 2016 tient aux dispositions transitoires qu'elle instaure afin de sécuriser la période postérieure au regroupement forcé comme négocié.

Ces dispositions spécifiques excluent l'application des règles habituelles de mise en cause des accords collectifs.

Selon ces dispositions transitoires propres au regroupement de branches, un accord d'harmonisation doit être conclu à l'issue d'un délai de cinq ans à compter de la « date d'effet de la fusion ou du regroupement » (*C. trav.*

L. 2261-33). En présence d'un accord de regroupement on peut se demander si cette date d'effet est la date d'entrée en vigueur de l'accord ou la date d'extension de l'accord de champ.

Pendant ce délai de cinq ans, la branche issue du regroupement peut maintenir plusieurs conventions collectives. Il s'agit d'une simple faculté. Tout dépend donc de ce que prévoient l'accord de champ et son arrêté d'extension.

Pendant le délai « d'harmonisation », il n'y a qu'une seule branche professionnelle²⁵ au sein de laquelle peuvent s'appliquer plusieurs CCN. En cas de fusion imposée par le ministère, la convention collective rattachée devient une annexe de la convention collective de rattachement²⁶. Les règles sont sans doute aménageables dans le cadre d'un rapprochement négocié.

Cette coexistence de CCN au sein d'une même branche ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement. L'article L. 2261-33 dispose en effet qu'eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles, des différences temporaires de traitement entre salariés entrant dans le périmètre du regroupement ne peuvent être utilement invoquées (*C. trav., art. L. 2261-33*).

Au plus tard cinq ans après la date d'effet du regroupement, les stipulations conventionnelles des CCN qui régissent des situations équivalentes doivent être remplacées par des stipulations communes. On peut s'interroger sur cette notion de stipulations équivalentes car on utilise habituellement celle, plus précise, de stipulations ayant le même objet (les congés, le licenciement, etc.). Des stipulations

ayant le même objet peuvent ne pas être équivalentes.

À défaut d'accord à l'issue du délai, les stipulations de la convention collective de la branche de rattachement s'appliquent à l'exclusion de toute autre. Là où les CCN « rattachées » tombent sans que se pose la question du droit au maintien de la rémunération perçue (*C. trav., art. L. 2261-13*). En cas de fusion, la branche de rattachement est fixée dans l'arrêté. Lorsque le regroupement est négocié, il est indispensable de la définir dans l'accord de rapprochement.

En l'absence de dispositions spécifiques l'accord d'harmonisation est soumis aux règles de droit commun (*cf. ci-dessus* sur ces conditions).

Enfin, la situation des organisations professionnelles et syndicales est également sécurisée pendant la période de rapprochement. Ainsi, l'article L. 2261-34 dispose que jusqu'à la mesure de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs qui suit la fusion ou la conclusion de l'accord collectif de regroupement de champ²⁷, les organisations professionnelles d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'au moins une branche préexistant au regroupement sont admises à négocier des accords collectifs. Les taux d'audience sont appréciés au niveau de la branche issue de la fusion ou du regroupement (*C. trav., art. L. 2261-34*). Pour les accords conclus avant cette mesure, les seuils d'audience s'apprécient en consolidant les résultats des différentes organisations (employeurs et salariés) sur le nouveau périmètre. Après la mesure de la représentativité, les seuils s'apprécieront en fonction de cette mesure. ■

25. L'article L. 2261-33 utilise le singulier : « pendant ce délai, la branche issue du regroupement ou de la fusion peut maintenir plusieurs conventions collectives ».

26. *Cf. Arr. 5 janv. 2017, précité*

27. C'est-à-dire avant une date qui devrait intervenir au mois de mars 2021.

Revue de droit du travail 2017 p.652

Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique
Ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective

Sophie Nadal

Si c'est sur le terrain de l'articulation entre accords collectifs que l'affaiblissement de la place du niveau de branche se laisse le plus évidemment à voir ⁽¹⁾, la réforme atteint d'une autre manière, et en profondeur, la place de la négociation de branche dans le système français des relations collectives. L'opération - aussi redoutable qu'implacable - emprunte des chemins d'une grande technicité. La restructuration des branches professionnelles et surtout le remaniement du droit de l'extension et de l'élargissement sont ces chemins. En les prenant, les auteurs de la réforme auront mobilisé les supports de l'intervention étatique dans la vie conventionnelle des branches afin d'y asseoir l'autorité du pouvoir réglementaire et d'en orienter résolument l'activité dans la direction souhaitée par le gouvernement. Sans nul doute, cette réforme appose fortement l'empreinte étatique sur l'organisation des relations professionnelles. Elle initie même une sorte de décentralisation du pouvoir étatique avec la branche pour point d'appui, et cela non sans que l'autonomie collective à ce niveau n'ait été prudemment placée sous tutelle.

Car si l'autorité ministérielle a toujours détenu des prérogatives importantes en matière de gouvernance des conventions de branche, jamais les objectifs poursuivis n'auront été aussi clairement explicités par les prévisions légales. Ménager la libre concurrence et recomposer le paysage conventionnel d'abord, y compris à marche forcée ; disposer du droit professionnel pour servir les besoins des entreprises ensuite. Une telle démarche - qui affleure à bien des endroits de la réforme - supposait de substantiels remaniements : voilà qui est fait s'agissant autant du rôle et de l'agencement de la couverture conventionnelle des branches (I) que de l'installation de mécanismes de distribution des règles instituées à ce niveau, quitte à les morceler (II).

I. - Réorganisation du rôle et de l'agencement de la couverture conventionnelle des branches

L'une des missions légales de la branche est « de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application » ⁽²⁾. Sur ce terrain, la réforme affaiblit le rôle des conventions de branche (A). Elle accélère aussi le processus de refonte des champs conventionnels ce qui retentit sur le devenir des conventions applicables dans les branches restructurées (B).

A. - Relégation de la fonction régulatrice de la branche au nom de la libre concurrence

L'extension permet à la convention de branche de remplir pleinement son rôle de régulation de la concurrence. Or il est dorénavant légalement précisé que le ministre peut refuser, « pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence, l'extension d'un accord collectif » ⁽³⁾. On pourrait ne pas s'en émouvoir, le pouvoir exécutif ayant ainsi reproduit les solutions dégagées par le juge administratif au sujet du refus ministériel d'étendre d'une part ⁽⁴⁾, et de l'effet anticoncurrentiel de l'extension d'autre part ⁽⁵⁾. Mais sur ce dernier terrain, qu'il soit ici permis de le déplorer. On se souviendra en effet que l'analyse des juges de l'Union a - un temps - différé de celle du juge interne, excluant les accords collectifs du champ d'application du droit de la concurrence ⁽⁶⁾. S'il est vrai que la CJUE a estimé à son tour que les atteintes aux libertés économiques devaient être envisagées sur le terrain de la négociation collective, elle a toutefois adouci sa fameuse jurisprudence « Laval et Viking ». Ainsi les juges européens ont-ils estimé qu'une conciliation entre les libertés économiques et le droit à la négociation collective était nécessaire ⁽⁷⁾. Et même si la probabilité d'une évolution encore plus significative de l'analyse européenne sur ce terrain est faible ⁽⁸⁾, voire illusoire, il est permis de penser que le choix de reproduire l'analyse des juges dans les prévisions légales ne s'imposait pas et que la réforme fige ainsi une conception libérale de la négociation collective par le droit national.

Pour servir cette mise à distance des règles de branche au profit du droit de la concurrence, les concepteurs de la réforme ont même entrepris d'imaginer un curieux dispositif censé éclairer le ministre dans sa prise de décision. Car voilà qu'il est prévu qu'elle institue un groupe d'experts chargés d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'un accord ⁽⁹⁾. On comprend que cet aréopage pourra être saisi par le ministre si celui-ci nourrit quelque doute quant aux répercussions du choix d'étendre sur la libre concurrence. En d'autres termes, deux précautions valent mieux qu'une ! Certes... mais ici, l'initiative laisse autrement songeur.

Outre que le flou règne sur les conditions de désignation des membres de ce curieux synode ⁽¹⁰⁾, la création de celui-ci n'est pas sans avoir de sérieuses conséquences sur la conception de la procédure d'extension. Concernant sa saisine, il est prévu qu'elle puisse aussi être le fait - sur demande écrite et motivée - d'organisations patronales ou salariées. Plus précisément encore, cette faculté est réservée, côté salarié, aux organisations représentatives alors que ce n'est pas le cas côté employeur. Par conséquent, il n'est pas exclu qu'un groupement patronal non appelé à siéger au sein de la commission mixte paritaire puisse tenter d'interférer sur le choix ministériel en saisissant ce fameux groupe d'experts.

À ce stade du propos, il importe de mettre en regard une autre mesure qui n'est pas aussi anodine qu'on pourrait le croire. Elle consiste à modifier les conditions dans lesquelles des organisations patronales, représentatives cette fois, sont susceptibles de faire obstacle à l'engagement de la procédure d'extension par le ministre ⁽¹¹⁾. De ces nouvelles conditions on n'apprenait rien du projet d'ordonnance initial ⁽¹²⁾, circonstance fort curieuse au regard de l'importance de l'enjeu puisqu'il concerne l'aptitude des groupements d'employeurs représentatifs majoritaires à pouvoir paralyser le pouvoir d'initiative du ministre ⁽¹³⁾. Choix a été finalement fait d'enserrer l'exercice de cette faculté patronale dans un délai d'un mois ⁽¹⁴⁾. Aussi entreprendre de rendre l'opposition patronale à l'extension plus difficile et admettre concomitamment qu'une seule organisation d'employeurs - non représentative - puisse tenter d'influer sur le choix ministériel en invoquant notamment les possibles effets anticoncurrentiels de l'extension est quelque peu contradictoire. Tout au fond, il s'agit plus encore de donner au ministre des Moyens supplémentaires et une liberté accrue pour refuser d'étendre voire pour mener une politique systématique en ce sens, l'extension étant vue comme nuisible à l'emploi ⁽¹⁵⁾.

Sur le plan procédural, le rôle de ce groupe d'experts soulève d'ailleurs de sérieuses difficultés. Comment

l'intervention dudit groupe s'articulera-t-elle avec la consultation de la Commission supérieure de la négociation collective ? Comme il est permis d'imaginer que le ministre veuille saisir ce groupe afin d'obtenir tous les éclaircissements qu'il estime nécessaires à sa prise de décision, quand le pourra-t-il ? Avant de consulter la Commission ? Après ? Peut-on imaginer que là où l'avis de la Commission aura été favorable, le ministre puisse refuser d'étendre en prenant appui sur les conclusions - négatives - du groupe d'experts ? Et si l'initiative de la saisine est le fait, non pas du ministre, mais d'un groupement patronal, comment la motivation de leur demande sera-t-elle appréciée ? Si le ministre y donne suite, un recours à l'encontre de sa décision est-il envisageable ? Qu'advient-il en cas de divergence des avis rendus par le groupe et la Commission ? Autrement dit, c'est bel et bien le rôle de la Commission dans la procédure d'extension qui est en cause. S'agit-il de hisser l'appréciation de quelques personnalités, aussi expertes soient-elles, à l'égal de l'avis des groupements professionnels qui siègent au sein de la Commission ? Et même si *in fine*, le ministre exerce sa compétence de façon discrétionnaire, l'idée de ménager une place à l'opinion émise par un groupe savant dépourvu de toute légitimité sociale interroge. En définitive, cet étrange dispositif n'est pas sans signifier une sorte de déconsidération à l'égard des organisations professionnelles représentatives, organisations dont on croirait presque comprendre qu'elles ne sont pas à même de mesurer les enjeux aussi bien économiques que sociaux de l'extension des accords de branche. Il s'agit en toute hypothèse d'affaiblir la capacité des partenaires sociaux à pousser en faveur de l'extension.

B. - Restructuration administrative des branches et devenir de la couverture conventionnelle

Le rythme de la restructuration des branches professionnelles va s'intensifier. Le délai à l'issue duquel le ministre peut dorénavant engager la fusion des branches est abaissé à 24 mois. De plus, dans le sillage des préconisations du rapport de J.-D Combexelle (16), le principe de la fusion des branches occupant moins de 5 000 salariés est posé étant précisé que le point était déjà envisagé par les prévisions réglementaires (17). On rappellera que l'opération de restructuration des branches consiste à bâtir de vastes ensembles conventionnels formés par le rattachement des conventions soumises à cette procédure à une convention de branche dont le champ d'application est plus vaste et qui présente des conditions sociales et économiques analogues (18). Cette phase n'emporte pas pour autant la disparition immédiate des règles conventionnelles concernées. Pendant un délai de cinq ans à compter de la date d'effet de la fusion ou du regroupement (19), plusieurs conventions collectives vont donc coexister au sein du nouvel ensemble (20). Et c'est durant cette période transitoire que le sort des prévisions des accords applicables dans les branches fusionnées est véritablement en jeu. Lorsque les stipulations applicables avant la fusion ou le regroupement « régissent des situations équivalentes », elles doivent être remplacées par des stipulations communes (21) : une sorte de négociation d'uniformisation doit donc s'engager en ce cas. Si les stipulations conventionnelles des branches concernées diffèrent sensiblement les unes des autres, l'engagement d'une négociation d'unification n'est pas envisagé par le législateur (22), rien n'interdisant toutefois d'imaginer que les organisations professionnelles puissent s'efforcer d'en harmoniser le contenu.

L'opération administrative de restructuration comporte donc un risque de lissage *in pejus* des règles conventionnelles de branche. Et faute de conclusion d'une convention unifiée à l'expiration des cinq années suivant la date d'effet de la fusion ou du regroupement, la convention de rattachement régira seule la branche restructurée (23). Or ses prévisions pourront s'avérer, pour tout ou partie, moins favorables que celles des branches fusionnées. Aussi le choix d'accélérer le rythme des restructurations accentue le risque de déperdition et de disparition de nombreux droits conventionnels : faute de réactivité et de pugnacité suffisantes des organisations syndicales représentatives, la conduite « tambour battant » des restructurations par le pouvoir réglementaire balayera sans doute bien des avantages sur son passage.

Efforçons-nous maintenant d'imaginer ce qu'il adviendra des conventions unifiées ou bien de rattachement une fois le chantier de restructuration clôturé. Les conventions étant dorénavant présumées avoir été conclues pour une durée déterminée de cinq ans, il y a là un facteur de précarisation de la matrice de base du tissu conventionnel de la branche. Car à l'arrivée du terme, la convention unifiée ou bien de rattachement cessera de produire ses effets. Il est vrai que les signataires de cette dernière auront pu prendre le soin - par stipulations contrares - d'en aménager le régime temporel mais un flou existe quant à leur marge de manoeuvre (24). En outre sur certains thèmes, l'engagement d'une négociation durant la phase d'application de la convention unifiée ou de rattachement sera, de toute façon, obligatoire. En cas de réussite, le risque de vacuum pourra être écarté mais un effilochage de la couverture conventionnelle est à redouter. En effet, il est probable que sur l'ensemble des questions traitées par les prévisions de la convention unifiée ou bien de rattachement, toutes n'aient pas donné lieu à la conclusion d'un nouvel accord. Autrement dit si la disparition de l'entièreté d'une convention unifiée est peu concevable, celle de pans entiers de ladite convention l'est davantage.

Et c'est donc de l'issue des négociations obligatoires que tout dépendra, l'édification de l'accord à durée déterminée en figure commune étant censée stimuler le dynamisme de la négociation collective (25) ; la peur du vide en sera l'un des ressorts. Le risque de délitement de la couverture conventionnelle évoqué plus haut est toutefois bien réel. Quand bien même les négociations auraient été engagées sérieusement et loyalement (26), la conclusion d'un accord n'est pas certaine. À ce stade du propos, il convient de préciser que les prévisions initiales du projet d'ordonnance réformant le régime des obligations légales de négociation ont été substantiellement modifiées (27). Les dispositions d'ordre public sont tout particulièrement concernées ce qui est heureux. Car la machinerie imaginée dans le but d'intensifier l'activité conventionnelle au niveau des branches ne manquera pas de se gripper en cas de manquement à l'exigence de loyauté si bien que l'approximation des prévisions antérieures sur ce sujet était d'autant plus consternante qu'il s'agissait d'un problème décisif. Dorénavant, on comprend qu'il incombera à l'autorité administrative de convoquer une commission mixte paritaire dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues dans le cadre de la procédure d'extension (28). Ainsi est-ce sous la houlette du pouvoir réglementaire - et en dehors de l'enceinte judiciaire - que sont maintenant placées les négociations obligatoires de branche. Et sur le terrain de la remise en ordre du paysage et de la marche des branches, le poids de l'acteur étatique est tel que l'on en vient à se demander ce qu'il advient de l'autonomie conventionnelle au niveau de la branche : l'expression « semi-autonomie collective » serait dorénavant plus adéquate.

II. - Installation de mécanismes de morcellement des règles conventionnelles de branche

On a entendu que les branches étaient « sauvées » et même « renforcées ». Certes. Il est en tous cas une évidence : il ne reste pas grand-chose de la conception historique de la « loi de la profession » dont l'impérativité devient modulable et la généralité fragmentée. Autrement dit, la réforme ouvre la voie au morcellement des règles de branche (A) ainsi qu'à leur dépeçage à l'occasion de la procédure d'élargissement (B).

A. - Fragmentation de l'application des conventions de branche

Pour point de départ une idée simple, fidèle à l'approche du législateur lui-même : la branche a pour mission « de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés [...] » (29). Et si la nouvelle formulation des prévisions

légales biffe toute référence à la négociation - ce qui découple la conception de la notion de branche de l'activité conventionnelle à ce niveau (30) - il n'en reste pas moins que c'est bien par la voie de la négociation que sont fixées les règles applicables dans les entreprises de la branche. Et là où il fut un temps question d'ouvrir la faculté à la négociation d'entreprise d'aménager les règles légales relatives aux formes contractuelles d'emploi, c'est finalement au niveau de la branche que cette possibilité devrait prendre place.

Outre que le choix d'accroître la sphère des matières négociables est en maints domaines éminemment critiquable, on tentera de se rassurer en imaginant ce qui aurait pu advenir des conditions d'emploi des salariés s'il avait été admis qu'un accord d'entreprise puisse également porter sur le CDD, le travail intérimaire ou bien encore les contrats de mission et de chantiers. Sur le traitement de ces sujets par les branches, les prévisions du projet d'ordonnance n'en étaient pas moins consternantes. Car on y lisait qu'un accord de branche pouvait, entre autres exemples, fixer la durée totale du CDD (31) tandis qu'on apprenait ailleurs qu'un accord de branche, étendu cette fois, pouvait définir les raisons permettant de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier par exemple. Une convention de branche ici et une convention de branche étendue là-bas... On comprenait donc que selon que l'employeur était membre ou pas d'une organisation patronale signataire, les conditions de renouvellement du CDD des salariés pouvaient varier au sein d'une même branche. La possibilité d'une telle différenciation du régime des conditions d'emploi au sein d'une même branche était d'autant plus insensée qu'elle organisait l'installation d'une forme de « forum shopping » conventionnel. L'employeur aurait en effet détenu la faculté de choisir de se placer sous l'égide des prévisions légales supplémentaires ou bien sous celles constituées par la convention de branche en adhérant à l'accord. Quoiqu'elle ait été corrigée (32), une telle bétise témoigne d'une maîtrise fort approximative du droit des accords collectifs car - l'oublie-t-on à force d'idéologie ? - c'est quand même encore d'un droit qu'il s'agit.

Or l'instrumentalisation du droit des accords collectifs et l'approche utilitaire des conventions de branche sont bel et bien la nappe sous-jacente à la réforme. Car voici qu'apparaissent les germes d'une application fragmentaire et différenciée des stipulations de branche étendues, initiative qui passe par un bris de jurisprudence (33). Ainsi une nouvelle faculté d'étendre a-t-elle été introduite, une faculté redoutable. Elle consiste en effet à admettre l'extension de clauses conventionnelles de branche incomplètes en adossant leur entrée en vigueur à la conclusion d'une convention ou d'un accord d'entreprise comportant les compléments nécessaires. Cette initiative atteint en profondeur la conception de la « loi de la profession ». Car une application différenciée des règles de branche étendues dans les entreprises assujetties est dorénavant possible ce qui affaiblit en retour le caractère unitaire du droit professionnel. Et il semble bien que cette différenciation puisse s'entendre sous deux angles simultanés : un accord d'entreprise peut implémenter les prévisions d'un accord étendu d'une part, et l'accord étendu ne s'applique pas dans l'entreprise si un accord complémentaire n'y est pas conclu d'autre part (34). On n'ose pas imaginer que la solution puisse concerner des clauses instituées par accord de branche relativement aux contrats à durée déterminée par exemple.

Résolument souhaitée par les concepteurs de la réforme, la singularisation des dispositifs conventionnels de branche applicables dans les entreprises occupant moins de 50 salariés est également possible (35). Et ici le texte définitif est plus clair que le projet initial : une convention de branche « peut » instituer des accords types d'une part (36), et il doit le faire pour être extensible d'autre part. Et ici - si tel n'est pas le cas -, les négociateurs de branche devront alors le justifier. L'initiative laisse dubitatif. Une telle exigence de justification n'existe pas pour les autres clauses obligatoires : l'absence de clause relative à l'égalité de traitement entre salariés et à la prévention des discriminations - par exemple - ne mérite donc pas d'attention particulière ? Curieuse conception de la liberté conventionnelle aussi que celle qui oblige à rendre compte des raisons pour lesquelles un consentement ne s'est pas formé ! Qu'on se rassure toutefois : après cinq années de refus obstiné ou d'impossibilité de conclure sur ce sujet, l'élargissement partiel (37) aura raison des réfractaires les plus coriaces....

B. - Dépeçage de la loi de la profession

Plusieurs modifications - prétendument « d'ordre essentiellement technique » (38) - ont été apportées au droit de l'élargissement. Or elles amorcent en réalité une transformation en profondeur de la conception des finalités de cette procédure dans le champ des relations professionnelles. Ainsi le régime de l'élargissement territorial a-t-il été remanié (39). La condition tenant à l'analogie de situations économiques a été alignée sur celle de l'élargissement professionnel qui tient, celle-là, aux emplois exercés (40). L'initiative gouvernementale se comprend : comme la restructuration des branches prend notamment appui sur l'analogie des conditions économiques des branches concernées par cette procédure (41), il s'en déduit logiquement que l'ancienne condition posée pour l'élargissement territorial n'aurait donc jamais pu être remplie. En réalité ce remaniement vise vraisemblablement, non pas à suppléer l'atonie des futures branches, mais à permettre à des entreprises de bénéficier de dispositifs conventionnels auxquels ils n'auraient sinon pas accès. Pour montrer qu'il s'agit vraisemblablement là du véritable but du remaniement du régime de l'élargissement territorial, il importe de relier l'initiative à une autre « innovation » du projet de réforme.

Elle consiste à introduire l'élargissement partiel : dorénavant, un élargissement pourra ne concerner que certaines clauses seulement d'une convention déjà étendue, lesdites clauses pouvant porter sur toute matière y compris sur celles où les accords d'entreprise prévalent en principe sur les accords de branche ayant le même objet. En d'autres termes, à défaut d'accord signé en leur sein et faute d'accord conclu dans la branche professionnelle dont elles relèvent, des entreprises - quelle que soit leur taille - une fois couvertes par un arrêté d'élargissement partiel, professionnel ou bien aussi territorial, pourront bénéficier de dispositifs conventionnels prévus dans une branche avec laquelle leur branche de rattachement présente des analogies quant aux emplois exercés. Il pourra donc s'agir d'aménagements du régime des primes ou bien aussi de celui des indemnités de rupture du contrat par exemple. Concernant les entreprises de moins de cinquante salariés, le mécanisme leur permettra d'ailleurs d'accéder aux accords types : à défaut d'appartenir à une branche prévoyant le recours à ce dispositif, les employeurs des TPE pourront, grâce à l'élargissement partiel - territorial ou bien professionnel d'ailleurs - mobiliser les accords types institués par l'accord étendu d'une autre branche.

Les stipulations des accords étendus sont finalement conçues comme une sorte de bien commun aux entreprises relevant de branches présentant des conditions analogues quant aux emplois exercés. D'une certaine manière, l'élargissement partiel initie une forme de mutualisation des prévisions conventionnelles de branche. Force est alors de noter que l'on s'éloigne sensiblement de la conception habituelle de la procédure d'élargissement entendue comme une sanction indirecte des obligations de négocier dans la branche. Car il va de soi qu'une branche où le recours aux accords types - par exemple - n'aura pas été prévu n'est pas nécessairement atone pour autant.

De cette manière, le pouvoir réglementaire pourra entreprendre de passer outre l'autonomie collective en organisant l'accession à des dispositifs sur lesquels des négociateurs d'entreprise ou bien des organisations professionnelles de branche ne se seront pas accordées... À ce stade l'emprise publique sur la destinée de règles

conventionnelle de branche se relâche un peu : la Commission nationale de la négociation collective pourra encore user de son droit de veto, étant noté au passage que les projets ministériels d'élargissements ne suscitent généralement pas de résistance au sein de la Commission. En ira-t-il toujours ainsi ? On est pressé de le découvrir car la façon dont les organisations professionnelles - représentatives des salariés tout particulièrement - conçoivent leur rapport à la volonté étatique se jouera ici en partie. Et comme l'émission d'un veto suppose une majorité, faire preuve d'une capacité d'union sera, côté salarié, inévitablement nécessaire à la résistance.

Mots clés :

NEGOCIATION COLLECTIVE * Niveau de négociation * Branche professionnelle * Convention de branche * Ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 * Réforme du code du travail

(1) Sur le sens des formules « convention de branche » et « convention d'entreprise » et l'articulation entre ces accords collectifs, v. la contribution de C. Nicod à cette même chronique.

(2) C. trav., art. L. 2232-5-1, al. 2. Depuis que cette précision a été introduite par la loi du 8 août 2016, la solution dégagée par l'arrêt *Crédit agricole* rendu le 12 oct. 2006 devrait être remise en cause.

(3) Al. 1 modifié de l'art. L. 2261-25. Dans le sillage de la note précédente, on notera que rien ne s'oppose, en l'état du droit positif, à l'extension des « faux accords de branche » (au sens où il s'agit en réalité d'accords de groupe) puisque, précisément, les entreprises qui en relèvent ne sont pas en situation de concurrence économique.

(4) CE 21 nov. 2008, n° 300135, Lebon  ; AJDA 2009. 335  ; sur ce sujet, v. Sem. soc. Lamy 2009, n° 1384.

(5) CE 16 janv. 2002, concl. P. Fombeur, RJS 2002. 308.

(6) C. Vigneau, « De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence », JCP E 2001. I. 1032.

(7) CJUE 15 juill. 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, AJDA 2010. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat  ; Dr. soc. 2010. 1233, note F. Kessler  ; RTD eur. 2010. 673, chron. S. Robin-Olivier  ; *ibid.* 2011. 435, obs. A. L. Durviaux .

(8) C. Chatzilaou, *L'action collective des travailleurs et les libertés économiques*, Inst. Univ. Varenne, coll. « Thèses », 2016, spéc. p. 228 s.

(9) C. trav., nouv. art. L. 2261-27-1.

(10) Qui en désignera les membres ? À l'égard de qui leur indépendance sera-t-elle appréciée ? Ces experts seront-ils des universitaires - économistes ou juristes - des hauts fonctionnaires ou bien encore des magistrats en retraite, voire, pourquoi pas, des anciens élus ?

(11) Art L. 2261-19, al. 3.

(12) Leur fixation sera le fait d'un décret : al. 3 de l'art L 2261-19 modifié par l'article 1, I, du projet d'ordonnance.

(13) S. Nadal « Péril sur la conception de l'extension des accords collectifs de branche », RDT 2014. 196 .

(14) C. trav., art. L. 2261-19, dern. al. (nouv.).

(15) P. Cahuc, Interview *in* Le Monde Économie et Entreprise, 26 sept. 2017.

(16) *La négociation collective, le travail et l'emploi*, remis au premier ministre en sept. 2015.

(17) C. trav., art. R. 2261-15 créé par le décr. n° 2016-1540, 15 nov. 2016.

(18) P.-H. Antonmattéi, « Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain ! », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1630 ; S. Nadal, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016. 110 .

(19) Le déroulement du processus de restructuration est fixé par un décret du 19 oct. 2016 (JO 20 oct. 2016). Précisons aussi que la sous-commission de la restructuration des branches professionnelles de la Commission nationale de la négociation collective doit émettre deux avis successifs préalablement à l'édition de l'arrêté de fusion (décr. n° 2015-262, 5 mars 2015).

(20) Durant cette période, la loi du 8 août 2016 prévoit - eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches - que les différences de traitement en résultant ne pourront pas être utilement invoquées par les salariés (C. trav., art. L. 2261-33, al.2).

(21) C. trav., art. L. 2261-33, al. 1.

(22) P. Quinqueton a imaginé une sorte de méthodologie où les organisations professionnelles disposeraient d'un délai de quinze mois pour conclure une convention dite de « convergence » à défaut de laquelle la convention dite « d'accueil » s'appliquerait automatiquement : Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles, déc. 2015, spéc. p. 54.

(23) C. trav., art. L. 2261-33, al. 3.

(24) S. Nadal, « Le juge et le sort de l'accord collectif : permanence d'une question, renouvellement des enjeux », Dr. soc. 2017. 125 , spéc. p. 127.

(25) V. « La négociation, le travail et l'emploi », Rapp. préc., spéc. p. 59 s.

(26) Dorénavant, il ne fait pas de doute que l'exigence de loyauté est d'ordre public.

(27) L'intitulé du chapitre V de l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective où sont rangées les règles nouvellement applicables n'a pas été remanié. Le libellé dérange : il fait référence non pas seulement des négociations mais aussi... aux consultations obligatoires, ce qui n'est assurément pas la même chose !

(28) C. trav., nouv. art. L. 2241-3

(29) C. trav., art. L. 2232-5-1 mod.

(30) S. Nadal, « La fabrique des branches, à propos du rapport Poisson », RDT 2009. 596 .

(31) Art. 25 du projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des conditions de travail.

(32) L'extension est maintenant requise pour toute convention de branche aménageant le régime légal des contrats.

(33) CE 12 mai 2017, n° 381870, Lebon .

(34) Dans la version précédente, le flou régnait sur le fait de savoir si la convention étendue de branche ainsi dotée d'un effet *erga omnes* pouvait pourtant ne pas être impérative pour toutes les entreprises.

(35) Art. 2, chap. II, de l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective.

(36) Le terme « étendu » a été biffé dans la formulation de l'art. L. 2232-10-1.

(37) V. *infra* B.

(38) La formule est de F. Million, v. le rapport enregistré au Sénat le 19 juill. 2017, p. 127.

(39) C. trav., art. L. 2261-17 mod.

(40) C. trav., art. L. 2261-17, al. 6 (nouv.).

(41) V. *supra*.

Droit social 2016 p.110**La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée**  (1)

Sophie Nadal, Professeur à l'université de Cergy-Pontoise - (Laboratoire d'études juridiques et politiques/LEJEP)

L'essentiel

En ouvrant le vaste chantier de la restructuration de la couverture conventionnelle, le législateur initie une conception nouvelle de la « branche professionnelle ». Car la formule - si elle évoque une notion familière du droit des conventions et des accords collectifs de travail - renvoie à un projet fort éloigné de celui que servent, en leur temps, les notions de « branche » et de « profession ». En effet, la constitution des « branches professionnelles » nouvelles est mue par un projet, à savoir celui de créer un nouveau modèle de relations professionnelles. Pour mener à bien ce projet, une méthodologie a été conçue ; celle-ci - en certains aspects - inaugure une forme d'évaluation étatique des résultats de l'activité conventionnelle.

« Branche(s) professionnelle(s) » : la formule évoque inmanquablement deux notions, celle de « profession » d'une part, et celle de « branche » d'autre part. Toutes deux sont en effet intimement associées depuis la création de la procédure d'extension par la loi du 24 juin 1936, procédure qui dote les règles conçues par les groupements professionnels d'un effet normatif comparable à celui d'une norme étatique. Au gré des évolutions législatives toutefois, la dimension théorique des rapports entretenus par les notions de « branche » et de « profession »  (2) a progressivement laissé place à une appréhension empirique des relations qu'elles entretiennent et, lorsqu'elles sont ramassées dans une même formule, à savoir celle de « branche professionnelle », « profession » et « branche » sont ensemble rapportées au champ d'application des conventions collectives. Ainsi donc, la notion de « branche professionnelle » est-elle aujourd'hui communément comprise en tant qu'elle est le champ d'application d'une règle conventionnelle.

Et c'est sur ce terrain que les « branches professionnelles » retiennent actuellement l'attention. Car l'activité conventionnelle - passée ou présente - des groupements d'employeurs constitués pour des activités économiques et/ou dans des zones territoriales restreintes a donné naissance à un nombre important de conventions collectives, conventions qui sont ainsi toutes envisagées comme autant de « micro-branches »  (3). Et c'est à cette situation que les prévisions de l'article L. 2261-32 relatives à la « restructuration des branches professionnelles », prévisions issues des lois du 5 mars 2014 et du 17 août 2015, visent précisément à mettre un terme. Cependant - et quoique la référence légale aux « branches professionnelles » pourrait inviter à le croire -, il s'observe que la notion ne revêt pas, dans le cadre de la vaste opération de restructuration projetée, le sens commun qui lui est habituellement prêté.

Car ce dont il est véritablement question consiste à forger de vastes ensembles conventionnels, ensembles que formeront - précisément - les futures « branches professionnelles ». Ainsi est-ce à une forme de rationalisation du tissu conventionnel qu'il s'agit finalement, par l'effet d'opérations successives de restructuration, de procéder. Le point est d'importance et il aide à faire percevoir l'allure du projet étatique de transformation du système français des relations professionnelles que l'opération de restructuration vient, en réalité, servir (I). Le soin de façonner cette nouvelle cartographie du droit conventionnel  (4) a quant à lui été confié au pouvoir réglementaire, opération qui suppose donc que le ministre soit muni des compas et des prérogatives nécessaires au tracé des frontières des « branches professionnelles » à venir. À cette fin, la décision publique de restructuration peut emprunter diverses voies - élargissement, fusion, refus d'étendre ou de publier un arrêté de représentativité - qui ont toutes été conçues à l'aune d'une évaluation quantifiée de la situation d'« une branche ». Pour autant, l'objectivité ainsi conférée par la mobilisation de la figure du chiffre pour concevoir la méthodologie légale de restructuration n'est qu'apparente et elle peine à masquer le volontarisme étatique qui sous-tend cette opération (II).

I. - Les visées de la « restructuration des branches professionnelles »

Sans qu'il n'empêche la différenciation des règles existantes en son sein, le dispositif mis en place par le législateur consiste à ordonner le droit conventionnel de branche en de vastes ensembles (A), opération qui sert une façon renouvelée de concevoir le rôle des groupements professionnels d'employeurs et de salariés (B).

A - De la « restructuration des branches professionnelles » comme instrument de mise en forme de vastes ensembles conventionnels

La loi du 5 mars 2014 reprend amplement les analyses développées dans le rapport relatif à la « réforme de la représentativité patronale »  (5) qui - sur le sujet des branches - prolonge le constat posé par une étude précédente  (6) : le nombre de « branches professionnelles » est pléthorique. À l'appui de l'observation, le décompte du nombre des conventions collectives déposées auprès des ministères du Travail et de l'Agriculture  (7). Toutefois, et en admettant que les « branches professionnelles » soient ainsi incarnées par les conventions collectives répertoriées par les services centraux, alors il faudrait logiquement en inférer que la réduction du nombre des « branches professionnelles » suppose d'abaisser celui des conventions collectives. Or telle n'est pas la logique qui sous-tend l'opération de restructuration des « branches professionnelles ». En effet, celle-ci consiste soit à assécher le tissu et la vie conventionnelle d'une « branche » (refus de publication d'un arrêté), soit aussi à les intégrer dans un ensemble conventionnel plus vaste (fusion et élargissement spécial). L'opération peut enfin entreprendre de brider l'aptitude de certains groupements d'employeurs à pouvoir se ménager un territoire conventionnel réservé (refus d'étendre)  (8). Et sous ce dernier angle d'approche, on rappellera qu'il existe un autre moyen de juguler la constitution de « micro-branches », moyen à l'usage des organisations d'employeurs cette fois. Celles-ci, en s'opposant à l'extension d'une convention collective, sont en effet elles aussi en mesure de faire rentrer dans le rang d'autres groupements patronaux désireux quant à eux d'accéder à l'indépendance conventionnelle  (9).

Il importe d'insister : aucune des mesures visées par l'article L. 2261-32 ne met véritablement fin à la diversité conventionnelle tant décriée. Ainsi l'édiction d'un arrêté d'élargissement n'interdit-elle pas que la « branche »

concernée puisse reprendre vie, l'arrêté d'élargissement devenant en effet caduc en ce cas (10). En cas de refus d'extension, la convention produit sinon un petit effet *erga omnes*. Par ailleurs, on le sait, la qualité représentative n'est requise - côté employeur - que pour la négociation et la conclusion de conventions extensibles : par conséquent, rien n'interdit à un groupement d'employeurs constitué pour des activités économiques et/ou dans des zones territoriales restreintes de développer une activité conventionnelle, les actes conclus par lui étant alors des conventions dites « ordinaires ». Autrement dit, rien n'interdit à une « micro-branche » de mener une vie ordinaire, un « petit droit conventionnel » pouvant en effet toujours se développer à l'avenir (11). Enfin, et dans l'hypothèse d'une fusion maintenant, le ministre doit inviter les partenaires sociaux de la branche concernée à négocier (12) ; ceux-ci ont donc la faculté d'aménager, par voie d'accord, les conditions dans lesquelles la « fusion » aura lieu. Et c'est d'ailleurs ce qui a été fait, par exemple, lors de la fusion de la convention collective de « la verrerie travaillée mécaniquement au chalumeau » (13). Ici, le maintien des dispositions plus favorables de la convention rapatriée dans le champ d'une convention plus large a été prévu. Plus généralement, on l'aura perçu, la diversité des droits conventionnels pourra donc régner au sein d'une même « branche professionnelle ».

Ainsi les futures « branches professionnelles » réalisent-elles une sorte de mise en forme de vastes ensembles conventionnels, ensembles au sein desquels la différenciation conservera sa place. L'idée de constituer ces sortes de grandes fédérations conventionnelles coïncide d'ailleurs avec les préconisations du rapport « Poisson » dont l'ambition était, on s'en souvient, de configurer une nouvelle cartographie professionnelle par vastes secteurs englobant chacun des sous-ensembles dont les spécificités conventionnelles ne seraient pas nécessairement gommées (14) sauf, bien évidemment, si les organisations professionnelles concernées entreprenaient d'harmoniser leurs prévisions.

B - De la « restructuration des branches professionnelles » comme projet d'édification d'un nouveau modèle de relations professionnelles

Le rythme de la restructuration va s'intensifier. La réforme opérée par la loi du 17 août 2015 le permet. Sous le régime de la loi du 5 mars 2014, les conditions requises pour que le ministre puisse prendre l'une des mesures visées par l'article L. 2261-32 étaient en effet cumulatives ; dorénavant, elles seront alternatives (15), ce qui a mécaniquement pour effet d'augmenter le nombre de « branches » visées par l'opération de restructuration. La marge de manœuvre gouvernementale a donc été accrue, et cela une année à peine après l'entrée en vigueur du dispositif initial. Car la réussite du dispositif conçu en 2014, tout en donnant au ministre les moyens d'orchestrer la constitution des futures « branches professionnelles », reposait avant tout sur l'assentiment des organisations professionnelles au projet gouvernemental. Le ministre du Travail de l'époque l'avait d'ailleurs remarqué durant les débats parlementaires : « L'avantage de la loi, c'est qu'elle [me] donne des pouvoirs d'incitation... disons amicale, plus vifs que ceux dont on pouvait disposer auparavant, et je compte beaucoup là-dessus. Je veux aller le plus vite possible, dans le respect du dialogue social [...] » (16). Mais ce dialogue tant courtisé n'a finalement pas donné pleine satisfaction, circonstance qui explique la réforme opérée en 2015 (17). En d'autres termes, la pression étatique exercée sur les organisations professionnelles se fait plus insistante. Et, à envisager les préconisations d'un rapport fort récent (18) sur ce sujet, on comprendra aisément que le volontarisme législatif risque fort de s'intensifier davantage : il est en effet probable, à court terme, que l'opération de restructuration puisse systématiquement concerner les « branches » occupant moins de 5 000 salariés (19). Une telle hâte pourra donc laisser songeur en ces temps où la négociation collective est pourtant portée au pinacle, négociation qui, faut-il le rappeler, procède en principe d'une activité normative qui déploie ses effets aux côtés - et non pas sous la direction - du pouvoir étatique.

L'enjeu stratégique que constitue manifestement la restructuration des branches professionnelles oblige par conséquent à s'intéresser au projet que cette technologie de mise en forme du paysage conventionnel vient servir. Ainsi pouvait-on d'ores et déjà lire dans le rapport relatif à la réforme de la représentativité patronale qu'il était souhaitable que les branches répondent davantage tant aux attentes du législateur qu'à celles des salariés ; sous cet angle d'approche, il était notamment observé que les négociateurs de branche devaient s'emparer plus volontiers de thèmes tels ceux de l'égalité homme-femme, de la pénibilité, des minima de branche ou bien aussi des conditions de travail par exemple (20). Une telle préconisation renvoie, apparemment tout au moins, à la fonction classique de la négociation de branche, à savoir celle d'élaborer la « loi de la profession ». Toutefois - et sur ce même terrain - une question nouvelle se posera sans doute étant donné que l'idée d'enclencher une opération d'unification des prévisions conventionnelles de branche relevant d'une même « branche professionnelle » sera vraisemblablement avancée. On comprend en effet, à maintenant se tourner vers les propositions du récent rapport précité (21), que l'un des rôles de la future « branche professionnelle » sera de fixer les règles qui s'imposeront impérativement à la négociation conduite au sein des entreprises existantes en son sein (22). Si l'approche n'est pas novatrice en elle-même, on perçoit cependant qu'elle obligera fatalement à s'intéresser à la façon d'envisager la diversité des règles conventionnelles de branche placées sous l'égide d'une unique « branche professionnelle ». Or, et s'il était effectivement projeté d'unifier les règles impératives applicables dans une seule et même « branche professionnelle », alors l'enjeu résidera dans la manière de comprendre le rôle des prescriptions impératives. En d'autres termes, s'agira-t-il alors de conduire l'uniformisation conventionnelle en considération du plus petit commun dénominateur ? Et en cas de désaccord des organisations professionnelles sur ce sujet, le pouvoir réglementaire interviendra-t-il ? Cela n'est pas tout à fait exclu, tout au moins à s'en tenir à la direction actuellement donnée à l'évolution souhaitée par l'État en matière de droit du travail, conception selon laquelle simplification et modestie de la face contraignante de la réglementation du travail seraient des vecteurs nécessaires à l'amélioration de la situation du marché de l'emploi.

Peu à peu, c'est finalement une autre conception du système français des relations professionnelles qui se laisse à voir, système dans lequel la fonction normative exercée par les groupements professionnels à l'égard des entreprises s'entend sur un mode minimaliste et cela au bénéfice d'une conception gestionnaire de leurs missions. Faciliter les mobilités professionnelles, structurer un marché de l'emploi sectorisé, réguler, procurer aux entreprises des modèles clés en main (23) ou bien aussi décider de l'octroi de ressources financières en vue de soutenir les actions syndicales procédant de la poursuite de l'intérêt général sont en effet autant d'attributions que les futures « branches professionnelles » sont appelées à exercer. Et sans doute est-ce ici que l'évolution à l'oeuvre est des plus remarquables. En 1936, la notion de « branche » a servi de point d'ancrage à la conception de l'extension des conventions collectives, procédure qui signifiait la prévalence du pouvoir normatif de l'État sur celui de ces groupements intermédiaires que sont les organisations professionnelles (24). Quant à la notion - faussement similaire - de « branche professionnelle », elle sert quant à elle de cadre de pensée à l'exercice, par lesdits groupements, d'une forme de gouvernement professionnel des activités économiques selon les orientations fixées par les pouvoirs publics, approche qui n'est assurément pas dépourvue de toute dimension corporatiste.

II. - La méthodologie de « restructuration des branches »

Le dispositif légal est formidablement complexe, la principale difficulté tenant à l'identification des branches

susceptibles de faire l'objet d'une restructuration (A). Ces branches une fois repérées, le ministre doit se conformer à des exigences différentes selon le moyen choisi pour entreprendre ladite restructuration (B).

A - Identification des branches sujettes à « restructuration »

Il est une première hypothèse qui est assez aisée à saisir. Qu'il s'agisse d'élargir, de fusionner, de refuser d'étendre ou bien enfin d'arrêter la liste des organisations patronales, l'opération peut-être déclenchée dès qu'il est constaté que « moins de 5 % des entreprises [de la branche] adhèrent à une organisation professionnelle d'employeurs représentative » (25), le seuil de 5 % devant être ainsi apprécié au regard de l'ensemble des entreprises de la branche. Si le dispositif semble clair, il y a cependant un point qui retient l'attention. Étant donné que le pourcentage fixé pour déclencher l'opération de réduction du nombre des branches est rapporté aux organisations patronales représentatives, cela suppose logiquement que ces dernières soient déjà connues, ce qui, on le sait, n'est pas encore le cas. En d'autres termes, les restructurations de branches motivées par la faiblesse du taux d'adhésion devront attendre.

Il est une autre manière d'envisager l'opération de restructuration, et cela en considération de l'activité conventionnelle qui caractérise une « branche » cette fois. Sur ce terrain, des différences existent selon l'acte ministériel envisagé. Concernant les choix ministériels de refuser l'extension ou bien de ne pas arrêter la liste des organisations reconnues représentatives, aucun indicateur précisément chiffré n'est donné. En outre, la durée de la période sur laquelle le ministre peut porter son appréciation n'est pas indiquée, circonstance qui lui confère par conséquent une certaine marge de manoeuvre. Concernant les décisions d'élargissement ou de fusion des champs (26) cette fois, elles sont en revanche rapportées à « une situation caractérisée, sur les cinq dernières années, par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociation couverts par ces accords au regard des obligations et de la faculté de négocier ». « Cinq années » : c'est à l'évidence par référence à la périodicité la plus élevée en matière de négociation obligatoire au niveau de branche que ce nombre a été arrêté, la condition s'avérant d'ailleurs plus rigoureuse que celle qui est prévue en droit commun de l'élargissement (27).

Plus avant, il est également permis de noter que la fusion des champs et l'élargissement « de restructuration » sont susceptibles de s'analyser comme autant de nouvelles sanctions - indirectes (28) - des obligations de négocier au niveau des branches, ce dont on pourra d'ailleurs se féliciter quoique le fait qu'elles soient destinées à certaines branches seulement puisse laisser songeur. On remarquera aussi que, pour envisager une fusion ou bien un élargissement, le ministre doit prendre en considération « les accords et les avenants » qui résultent de la négociation obligatoire et ceux qui ont été conclus dans le cadre de la négociation facultative ; en revanche - et concernant le refus d'arrêter les listes des organisations représentatives cette fois - la condition visée par l'article L. 2261-32 est envisagée d'une manière alternative. Il existe enfin un point commun à la prise de décision d'élargissement, de fusion et de refus de publication d'un arrêté de représentativité. Dans ces trois cas, le ministre doit en effet apprécier « le nombre » d'accords ; mais sur la hauteur exacte de ce nombre, le législateur est resté silencieux.

Et c'est ici que l'ancre du dispositif de restructuration dans une logique chiffrée s'apparente fort à un trompe-l'oeil. La référence au nombre peine en effet à masquer que place est bien faite à l'appréciation en opportunité par le ministre de l'état des lieux conventionnels d'une branche, démarche qui initie de la sorte une forme d'évaluation publique de la performance conventionnelle des groupements professionnels (29). L'approche est, pour partie seulement, différente dans le cas d'un refus d'extension. Dans ce cas en effet, l'appréciation ministérielle n'est pas rapportée à la mesure du nombre des accords conclus dans la branche mais au « développement d'une activité conventionnelle régulière et durable en rapport avec la vocation des branches professionnelles et respectant les obligations de négocier qui lui sont assignées ». Et d'observer que la prise de la décision de restructuration d'une branche suppose finalement que le ministre se fasse en ce cas prévisionniste de croissance ; et pour le faire, le voilà donc convié à se livrer à un curieux exercice d'astrologie conventionnelle. En scrutant quelles étoiles ?... Ici, les « caractéristiques » de la branche seront ses astres. Ces caractéristiques sont la taille limitée de la branche (mais qu'est-ce qu'une taille « limitée » ?), le faible nombre des entreprises qui la constituent et de celui des effectifs salariés qu'elle occupe (à quelle hauteur placer le seuil de « la faiblesse » ?) et, enfin, de celui des ressources disponibles pour la conduite de la négociation. L'ensemble invite à formuler plusieurs observations.

On notera d'abord que le financement des organisations de branche dépendant des décisions prises au niveau national interprofessionnel (30), le montant des ressources financières destinées à soutenir l'activité conventionnelle dépendra principalement des décisions qui seront prises par le fonds paritaire qui détient par conséquent le pouvoir d'assécher les moyens donnés à la négociation dans une branche. On observera également qu'il peut être aisé de précariser une branche comme en témoigne la situation actuelle de la « restauration ferroviaire ». Cette dernière occupe près de 2 800 salariés et un arrêté de représentativité a été pris la concernant (31) ; toutefois cette branche est conventionnellement atone depuis que le groupement des employeurs de la restauration ferroviaire a été affaibli par le départ de la SNCF. Et si cette organisation patronale n'est pas réactivée, la pérennité de cette branche sera certainement compromise (32). Voilà donc une branche sursitaire du fait de la minceur de ses perspectives de développement conventionnel et dont la fragilisation est consécutive à la décision de désaffiliation d'une entreprise, la SNCF, entreprise à laquelle l'État n'est pas tout à fait extérieur. Il est d'ailleurs permis d'envisager cette hypothèse à l'aune de la situation d'une autre branche, à savoir celle des « chaînes thématiques ». Cette dernière occupe en effet un nombre de salariés sensiblement inférieur, à savoir à peine plus de 310 salariés (33). Sa vitalité conventionnelle n'est pas contestable (34) et, eu égard au taux d'adhésion des entreprises à l'unique groupement patronal constitué en son sein (35), son existence n'est actuellement pas menacée (36). Pourtant, ne s'agirait-il pas ici d'une « micro-branche » ?

B - Prise de la décision de « restructuration »

Lorsque la situation d'une branche aura conduit le ministre à envisager l'une des mesures de restructuration, il devra se conformer à des exigences qui diffèrent selon les cas de figure. D'emblée, on notera qu'il est une hypothèse - à savoir celle de la fusion - dans laquelle le respect d'un délai minimum avant la notification d'une telle décision a été prévu. Ainsi les groupements professionnels de la branche concernée ont-ils la possibilité d'engager une négociation dans le but d'aménager les conditions de cette fusion ou bien aussi - pourquoi pas ? - de revitaliser la vie conventionnelle de la branche en s'efforçant, tambour battant, de ré-ouvrir et de mener à bien des négociations sur des thèmes tant facultatifs qu'obligatoires. À prolonger l'analyse, rien n'interdit alors de soutenir que - en cas de réussite - le ministre devrait alors renoncer à la fusion si son projet était motivé par « la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociation couverts par ces accords ». Il est vrai toutefois que la probabilité est faible, et cela d'autant plus depuis que ce délai a été rapporté à six mois par la loi du 17 août 2015.

Le ministre doit sinon - et dans tous les cas - consulter la Commission nationale de la négociation collective. Toutefois, les conditions relatives à l'avis émis par cette instance varient selon les cas de figure. Si une décision d'élargissement ou bien de fusion est en effet envisagée, l'une ou l'autre ne pourra pas être prononcée par le ministre si la Commission s'y oppose. En cas de litige sur les conditions dans lesquelles la Commission aura rendu son avis, il est probable que les juges administratifs reprendront en ce cas les solutions déjà dégagées en matière d'élargissement de droit commun. C'est sinon la grille d'analyse habituelle qui a été élaborée par la jurisprudence en cas d'extension qui sera vraisemblablement mobilisée lorsque l'avis conforme de la Commission n'est pas requis (refus d'extension et de publier un arrêté) (37). Quant au contrôle par le Conseil d'État du bien-fondé des décisions prises par le ministre, il sera assurément délicat en raison du flou des conditions légales qui entourent l'appréciation par le ministre de la vie conventionnelle d'une branche notamment.

En définitive, la complexité et la sophistication de la méthodologie forgée par les inspireurs-bâisseurs des nouvelles branches professionnelles laissent augurer - ainsi qu'il a été très tôt observé - « un long chemin semé d'embûches » (38). Et pour conclure, comment ne pas enfin se souvenir de l'échec de l'ensemble des initiatives étatiques qui, par le passé, ont entrepris de transformer le paysage professionnel en un beau jardin à la française (39).

Mots clés :

TRAVAIL * Généralités * Profession * Branches professionnelles * Restructuration

(1) Les articles qui suivent font partie du dossier « Les professions ». V. également les contributions de :

- Déclin ou renouveau des professions ? Une notion sous les feux de l'actualité juridique, P. Caillaud, p. 100 (37).
- La profession dans la construction du droit du travail, J.-P. Le Crom, p. 105 (38).
- La professionnalisation, une notion polysémique, D. Demazière, p. 116 (39).
- Déclin ou renouveau des professions de santé dans l'élaboration de la norme de protection sociale, G. Huteau, p. 121 (40).
- Le rôle de la profession dans la mise en oeuvre de la norme en droit de la sécurité sociale, R. Marié, p. 126 (41).
- La dimension communautaire des professions réglementées : un paradigme en mutation, M. Del Sol, p. 131 (42).
- L'autorégulation des professions, S. Brissy, p.137 (43).
- L'entreprise individuelle, avant les professions, J.-P. Chauchard, p. 142 (44).

(2) S. Nadal, La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective, th. Paris-X-Nanterre, ANRT, 1996 ; rapp. C. Hablot, De la norme privée à la norme publique en droit du travail, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2013.

(3) Ainsi - pour exemple - et à l'échelon national, citera-t-on la convention de la « ganterie de peau ». Et de noter au détour que les « micro-branches » se donnent plus particulièrement à voir à l'échelon régional, et ce à des échelles parfois si réduites qu'il faudrait quasiment les qualifier de branches « microscopiques ». Ainsi peut-on mentionner les conventions « Vidanges Nord-Pas-de-Calais et de la Somme » ou bien encore « Textile Industrie Elbeuf, Louviers et de la région ». Concernant cette dernière, conclue en 1958, il semble que le groupement patronal qui lui a donné naissance ait aujourd'hui disparu. Tel est sans doute le cas pour d'autres branches, circonstance toutefois difficile à repérer en raison de l'impossibilité d'accéder - sur Légifrance - aux textes conventionnels afférents à plusieurs « micro-branches ». Aussi est-il devenu très difficile de prendre connaissance du nom de leurs signataires côté employeurs, ce qu'il est permis - sur le plan de la recherche scientifique - de regretter.

(4) Notre contribution étant centrée sur l'étude du processus de restructuration imaginé par le législateur, les questions posées sur le terrain de l'articulation des accords collectifs d'entreprise avec les conventions et les accords de branche au sein de l'ensemble formé par les futures « branches professionnelles » ne seront pas abordées. Sur la notion de « branche professionnelle » au sens de l'article L. 2261-32, v. *infra*, I, A.

(5) J.-D. Combrexelle, La réforme de la représentativité patronale, rapport, Doc. fr., 2013.

(6) J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Doc. fr., 2009.

(7) J.-D. Combrexelle, La réforme de la représentativité patronale, *op. cit.*, spéc. p. 21.

(8) Sur l'écriture du contour des branches à l'aune du contentieux de la représentativité patronale en matière d'extension : S. Nadal, La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective, *op. cit.*, spéc. p. 342-349 ; Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail, Dr. ouvrier 2002. 423 - Plus récemment : L. Flament, La représentativité patronale, Dr. soc. 2009. 436 (45) ; N. Maggi-Germain, La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, Dr. soc. 2011. 1072 (46) ; C. Hablot, De la norme privée à la norme publique en droit du travail, *op. cit.*, spéc. n^{os} 106 s.

(9) Sur la modification de l'art. L. 2261-9 par la loi du 5 mars 2014, nos obs. : Péril sur la conception de l'extension, RDT 2014. 196.

- (10)** L'art. L. 2261-30 le prévoit dans le cas où une convention ou un accord est ultérieurement conclu dans un secteur ayant fait l'objet d'un arrêté d'élargissement.
- (11)** Déjà en ce sens, P.-H. Antonmattei, Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain !, Sem. soc. Lamy 2014, n° 1630.
- (12)** C. trav., art. L. 2261-32, II, al. 2.
- (13)** Accord du 19 avr. 2013 relatif à l'adhésion de la CSTITV à la convention collective nationale de l'Union des chambres syndicales des métiers du verre (ann. VI, art.3 ; texte attaché à la CCN précitée conclue le 18 déc. 2002 et étendue par arrêté du 9 févr. 2004, JO 18 févr. 2004).
- (14)** J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, *op. cit.*, spéc. p. 175.
- (15)** L'art. 23 a modifié l'écriture de l'art. L. 2261-32 en remplaçant la conjonction « et » par « ou ».
- (16)** Intervention de M. Sapin, séance du 7 févr. 2014 sur l'amendement n° 351 (www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2013-2014/20140161.asp#P189843).
- (17)** Sur les motifs de la modification de l'art. 17 du projet de loi dit « Rebsamen » consécutif à l'amendement AS503 proposé par M. Sirugue : www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2792.asp
- (18)** La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport élaboré sous la présidence de J.-D. Combexelle et remis au Premier ministre en septembre dernier.
- (19)** Il s'agit de la proposition n° 33 du rapport préc., p. 90 s.
- (20)** J.-D. Combexelle, La réforme de la représentativité patronale, *op. cit.*, spéc. p. 65.
- (21)** V. *supra*, note 17.
- (22)** Le rapport intitulé « la négociation collective, le travail et l'emploi » prévoit en effet que l'une des missions des « branches professionnelles » est de définir un « ordre public conventionnel » : v. spéc. p. 88.
- (23)** L'idée invite à confier à la branche le soin de concevoir une sorte de « boîte à outils » à disposition des entreprises : v. le rapport relatif à « la négociation collective, le travail et l'emploi », *op. cit.*, spéc. p. 89.
- (24)** S. Nadal, La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective, *op. cit.* ; rapp. C. Hablot, De la norme privée à la norme publique en droit du travail, *op. cit.*
- (25)** Tel n'était pas le cas sous le régime de la loi du 5 mars 2014.
- (26)** La liste des « branches » d'ores et déjà promises à la fusion est accessible sur le site infodoc.crefohn.fr/doc_num.php?explnum_id=10133
- (27)** C. trav., art. L. 2261-18 : « Lorsqu'une convention de branche n'a pas fait l'objet d'avenant ou annexe pendant cinq ans au moins ou, qu'à défaut de convention, des accords n'ont pu y être conclus depuis cinq ans au moins, cette situation peut [...] » (c'est nous qui soulignons).
- (28)** M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, G.-H. Camerlynck (dir.), Traité de droit du travail, t. 7, 2^e éd., Dalloz, 1989, spéc. p. 214 s.
- (29)** R. Salais, La donnée n'est pas un donné ; pour une analyse critique de l'évaluation chiffrée de la performance, in Statistiques et normes, coll. « Cahiers Droit, Sciences et technologies », n° 4, PUAM, 2014. 15.
- (30)** C. trav., art. L. 2135-13 - Sur le fonds paritaire : Décr. n° 2015-87, 28 janv. 2015, JO 31 janv., p. 1484, texte n° 44.
- (31)** Tel est ce qui ressort du rapport La négociation collective en 2013, *op. cit.*, spéc. p. 824 ; en revanche, le rapport de J.-D. Combexelle indique le contraire, La réforme de la représentativité patronale, *op. cit.*, ann. 7, spéc. p. 98.

(32) Pour consulter la réponse de la SNCF à la demande adressée en sept. 2014 par le syndicat FO de réactiver le GERF à fins de négociations : www.fo-newrest-wl.eu/medias/files/reponse-sncf-au-courrier-fo-du-15-septembre-2014.pdf

(33) Source : Réseau Quételet et Enquête « Déclaration annuelle des données sociales : postes et salariés au 1/12^e - 2010 » (http://bdq.reseau-quetelet.cnrs.fr/fr/Details_d_une_enquete/1340).

(34) Une commission spécialement dédiée au suivi et à l'enrichissement du dialogue social au sein de cette branche a été instituée par un accord conclu le 2 déc. 2010 ; elle se réunit annuellement.

(35) Il s'agit de l'ACCeS (Association des chaînes conventionnées des entreprises éditrices de services) dont le président est directeur délégué des chaînes France et International de Lagardère Active. Sont aussi membres du bureau des représentants du groupe Canal+, de la Fox International Channels France, d'Universal Networks International France, de « 13^e Rue » ou bien aussi du groupe Orange. Concernant cette « branche », un arrêté fixant la liste des organisations syndicales de salariés représentatives a été pris : v. La négociation collective en 2013, coll. Bilans et rapports, éd. Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 2014, spéc. ann. 6, p. 833.

(36) Celle-ci serait en revanche visée par l'opération de restructuration si le législateur décidait de l'ancrer dans une condition de seuil. À ce sujet, v. *supra* I, B, et la note 18.

(37) Pour une étude approfondie de la jurisprudence administrative relative à l'avis de la Commission nationale de la négociation : C. Hablot, De la norme privée à la norme publique en droit du travail, *op. cit.*, spéc. p. 116/122 (extension) et p. 162/163 (élargissement).

(38) P.-H. Antonmattei, Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain !, préc.

(39) Chacun pense à la tentative de rationalisation des branches initiée en 1946 mais notons qu'il est aussi permis - sans évidemment méconnaître les ressorts idéologiques et politiques de la Charte du travail - de songer à la constitution des « familles professionnelles » durant la période de Vichy. À ce sujet : J.-P. Le Crom, L'organisation des relations professionnelles en France (1940-1945) - Corporatisme et Charte du travail, th. univ. Nantes, 1992.

La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles*

*par Jean Saglio***

Dans sa contribution, Jean Saglio nous livre une analyse du système français de relations professionnelles qui donne toute son importance à la spécificité concrète et historique de chaque branche. Il propose, par delà la diversité des situations observables, quelques configurations idéales typiques de la négociation de branche dans lesquelles le choix des terrains de la négociation comme la structure du jeu des acteurs sont profondément différents. De manière générale, l'influence de la gestion des relations salariales sur les autres domaines de la vie politique, économique et sociale n'est-elle pas sous-estimée ? Au-delà de la

régulation des conditions d'embauche et de travail qui leur est explicitement assignée, les conventions collectives remplissent en effet maintes fonctions dont les principales dimensions sont présentées dans cet article.

Il existe un fort consensus des observateurs du système français de relations professionnelles pour souligner l'importance du niveau de la branche dans la structuration du système français de relations professionnelles. Une telle situation n'est pas inéluctable. Il existe de par le monde des pays, à commencer par les États-Unis, où ce niveau n'existe pratiquement pas : l'entreprise est, de ce fait, à côté du niveau macro-économique, le niveau essentiel et quasi unique auquel se réfèrent les acteurs pour fixer leurs stratégies à tel point que les analystes ont tendance à banaliser une telle approche en considérant qu'elle peut s'appliquer dans les autres cas nationaux (Kochan et alii.).

(*) Ce texte a fait l'objet d'une communication au Séminaire sur les Relations Sociales en Europe, qui s'est tenu à Paris le 31 mai et le 1^{er} juin 1990, à l'initiative de la DGV et du SES.

(**) Jean Saglio est chercheur au GLYSI-CNRS, Maison Rhône-Alpes des Sciences Humaines, Université de Lyon II.

La compréhension de la situation française impose de mieux comprendre les enjeux stratégiques et les modes de fonctionnement de la régulation économique et sociale au niveau des branches. Négociées à ce niveau, les conventions collectives (1) énoncent une série de règles concernant, entre autres thèmes, l'embauche, l'organisation de la représentation des salariés, les hiérarchies salariales et les conditions de travail. Certes, il ne s'agit dans la plupart des cas que de conditions minimales qui sont parfois très nettement décalées par rapport aux conditions effectives des contrats de travail. De plus l'autonomie de ce niveau de négociation est limitée du fait de l'encadrement de la négociation de branche par les réglementations existant en amont au niveau interprofessionnel, qu'il soit d'origine contractuelle ou législative, comme par les accords formalisés et les conventions tacites existant en aval au niveau des entreprises ou des établissements de travail.

Pour autant, la prise en compte de cette seule donnée de l'articulation juridique du système de textes conventionnels et législatifs permet-elle de bien comprendre le rôle effectif que jouent les conventions collectives dans ce système de relations professionnelles ? L'examen de quelques situations concrètes permet de mettre en question l'affirmation que cet ensemble serait homogène d'une convention à l'autre, d'une branche à l'autre. Les traditions de négociation, parfois anciennes, produisent des différences sensibles jusque dans les objets même de la régulation de branche : dans l'une, la négociation sur l'augmentation des salaires portera traditionnellement sur les salaires minimaux par catégorie, alors que dans l'autre, la négociation portera plus directement sur les augmentations affectant les salaires réels ; dans l'une, les niveaux de diplômes à l'embauche seront clairement spécifiés alors que dans l'autre, ces niveaux resteront non codifiés. Ces différences ne s'expliquent complètement ni par les techniques de négociation de chaque branche, ni par les caractéristiques techniques des procès de production, ni par les caractéristiques économiques de la structure des firmes de la branche.

Comme tout système de négociation, la négociation collective qui conduit à l'énonciation des règles de relations professionnelles au niveau de la branche ne peut être arbitrairement réduite à la gestion des seuls marchés de l'emploi, en

(1) Dans la terminologie juridique qui est aujourd'hui acceptée par l'ensemble des analystes, tout accord passé à quelque niveau que ce soit entre des représentants des employeurs et des représentants des salariés est une « convention collective ». Dans la mesure où je ferai dans ce texte principalement référence aux conventions collectives de branche, j'adopterai ici la terminologie plus usuelle qui réserve ce terme aux seules conventions de branche analogues aux conventions nationales de branche susceptibles d'extension, qu'elles soient effectivement de niveau national ou non. Cette option est uniquement une facilité sémantique et n'a, à mon sens, aucune conséquence théorique.

déconnectant cette fonction des autres régulations économiques et sociales de branche. En fait, de façon souvent moins explicite, la négociation de branche remplit également toute une série de fonctions complémentaires, plus ou moins importantes selon les branches et c'est l'articulation de ces rôles qui permet de comprendre la structure stratégique du jeu des acteurs dans chacune des configurations concrètes et historiques de branche.

De telles fonctions complémentaires ne conduisent pas toujours à la production de règles formalisées dans les conventions collectives. Ainsi, les différents syndicats présents à la table de négociations n'ont pas tous le même rôle et, de ce fait, les signatures au bas d'un texte d'accord en bonne et due forme n'ont pas toutes la même signification stratégique. Cette hiérarchie des signatures est bien une règle de fonctionnement du système d'acteurs que constitue la branche. Elle n'est pourtant pas formalisée dans un texte juridique. De ce constat découlent deux conséquences. D'une part, l'ensemble des régulations de branche déborde le cadre strict des conventions collectives. D'autre part, la « négociation » au sens où nous l'entendons ne se limite pas à l'activité d'élaboration d'un texte d'accord par un ensemble de représentants patentés des acteurs collectifs. Elle comprend toute une série d'activités relationnelles, plus ou moins conflictuelles et institutionnalisées, qui contribuent à l'énonciation, formelle ou informelle, des règles auxquelles l'ensemble des acteurs se réfère.

De ce fait, on pourra comprendre que le système français de relations professionnelles, à l'intérieur d'un seul et même cadre juridique, permet l'existence de plusieurs configurations de branche. Les structures du jeu des acteurs comme les légitimités que ces jeux construisent et qui autorisent les acteurs à prendre parti sur tel ou tel sujet s'organisent selon des modèles dont les dynamiques historiques ne sont point homogènes. Par delà la diversité des situations observables, il est néanmoins possible de décrire quelques configurations idéales typiques autour desquelles se positionnent les différentes branches de l'économie française.

Traditionnellement, on renvoie l'explication de ces différences à la nature particulière de chacune des activités et à la composition structurelle de l'ensemble des firmes régies par la convention collective de branche. A prendre en considération les données historiques sur longue période, on est amené cependant à mettre en cause une explication aussi fortement marquée par les contextes extérieurs au système de relations professionnelles stricto-sensu. Au contraire la prise en compte des histoires particulières de chacun de ces ensembles d'acteurs et de leur inscription dans l'ensemble de la société française amène à s'interroger sur la pertinence d'une explication qui ferait une beaucoup plus large part à l'histoire sociale dans le fonctionnement de l'économie française. Et aussi à s'interroger sur les

racines et la nature de l'évolution présente que connaît le système français de relations professionnelles.

Les diverses fonctions des conventions collectives de branche

Les analyses classiques des conventions collectives dans le système français de relations professionnelles ressortent assez explicitement d'une approche de l'articulation des fonctions et des rôles dans laquelle les domaines de régulation et d'intervention des acteurs sont nettement et clairement spécifiés. Dans une telle approche, les conventions conclues entre les représentants des salariés et ceux des employeurs, souvent en présence de tiers partenaires que sont les représentants de l'État, ont pour fonction quasi unique la régulation des conditions d'embauche et de travail. On retrouve une telle conception très clairement explicitée dans l'énoncé même de la législation en la matière puisque l'Article L. 131-1 du Code du Travail stipule : « *Le présent titre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés ; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales* ».

Une telle conception restrictive de l'énoncé des fonctions des conventions collectives n'est pas seulement inscrite dans les textes fondamentaux du droit du travail français ; elle apparaît aussi aux sources modèles théoriques utilisés pour analyser les relations professionnelles. Elle s'appuie en effet sur la lecture classique des thèses de John Dunlop (Dunlop) selon laquelle le système de relations professionnelles est un champ particulier de l'interaction des acteurs sociaux, où sont énoncées les règles régissant les conditions d'emploi et de travail, et situé dans la dépendance contextuelle des champs de l'économique, des technologies et du politique (2).

Cependant une telle conception amène à réduire par trop l'influence de la gestion des relations salariales sur les autres domaines de la vie politique, économique et sociale. Les conventions collectives, comme la plupart des règles en matière de gestion de l'emploi, ne peuvent être appréhendées d'une façon aussi strictement unidimensionnelle. Au contraire, la prise en considération d'une possible pluridimensionnalité des

(2) Une telle acception est peut-être déjà une réduction des hypothèses de John Dunlop lui-même qui, lorsqu'il a cherché à opérationnaliser ce modèle, a été amené à considérer que l'interaction entre les contextes et le champ des relations professionnelles stricto sensu n'était probablement pas aussi nettement structurée de façon irréversible. J'ai présenté une discussion de ce point dans une contribution au colloque du GDR « *Relations Professionnelles, Négociations et Conflits* », Cf. Reynaud et Alii, 1990

conventions collectives, voire de leur ambiguïté stratégique nous permet de mieux comprendre les fonctions diverses que remplissent de tels accords entre acteurs. A partir de quelques exemples simples tirés d'analyse ou d'études diverses disponibles, nous voudrions simplement énoncer les principales dimensions de la régulation effective des conventions collectives dans le système français actuel.

La fonction de régulation des marchés du travail

Au-delà de la seule régulation des conditions de travail, il est assez courant de trouver dans les conventions collectives des éléments d'accords qui produisent une régulation effective des marchés du travail. Certes, dans la plupart des cas, et notamment dans le modèle princeps des textes régissant la branche métallurgique (3), les accords formels laissent aux employeurs une liberté quasi totale dans la sélection de leurs salariés et se contentent de n'énoncer que des minimas salariaux dont les salaires effectifs se distinguent fortement. Ainsi, il n'est pas rare que la négociation de niveau supérieur, et en l'occurrence ici la fixation du SMIC (4), vienne bousculer la grille de salaires conventionnels en « ratisant » les salaires les plus bas parfois jusqu'à des niveaux hiérarchiques relativement élevés, comme celui des ouvriers professionnels.

Une lecture se fondant sur la stricte contrainte juridique conduit donc à penser que l'influence de la négociation des conventions collectives de branche sur la détermination des salaires est faible. Dans les faits, le constat est plus nuancé, sinon inverse : les employeurs se conforment bien souvent aux hiérarchies salariales énoncées dans les conventions collectives et suivent les rythmes d'évolution des rémunérations que ces textes préconisent (Afsa). Et, lorsqu'ils ne le font pas, l'existence de telles références permet aux différents acteurs de donner sens stratégique aux écarts constatés. On peut illustrer ce point en

(3) Dans laquelle, il est parfois opportun de le rappeler, il n'existe pas une convention collective nationale de branche au sens des conventions collectives nationales susceptibles d'extension, mais une floraison de textes partiels, régissant les divers domaines couverts par une convention de branche classique, les uns de niveau national (comme l'accord sur les classifications ouvrières) les autres de niveau infra national (comme les accords de salaires proprement dits). Il peut de ce fait apparaître parfois paradoxal que la métallurgie soit souvent considérée comme le modèle de la branche dans le système français de relations professionnelles alors que la régulation dans cette branche ressort d'un système stratégique tout à fait particulier et duquel ne se rapproche, d'un point de vue formel, que le secteur du bâtiment et des travaux publics.

(4) Laquelle procédure de fixation du SMIC n'est pas, en droit une négociation. Mais j'utilise ici ce terme en lui donnant une acception sociologique plus large que l'acception juridique habituelle et en considérant comme telle toute activité collective d'énonciation des règles formelles ou informelles.

reprenant la remarque énoncée dans une note du Ministère du Travail de 1915, où l'auteur analyse les effets de la publication de bordereaux de salaires sur les pratiques des patrons et ouvriers qui ne sont pas assujettis à la réglementation concernant les marchés publics : « *Patrons et ouvriers les prennent tout naturellement pour base de leurs contrats, et même lorsqu'ils s'en écartent, en subissent l'influence régulatrice* » (Oualid et Picquenard, Cf. note de la page 164). Ce qui est aussi une fort bonne application de la définition sociologique de la règle.

En matière de sélection des candidats à l'embauche, les textes conventionnels sont rarement explicites. D'une part, bon nombre de critères qui régissent effectivement les segmentations usuelles sur les marchés du travail concrets tels que les critères de sexe ou d'origine ethnique ne peuvent être énoncés comme tels dans des textes d'accords. D'autre part, les mécanismes qui règlent les fonctionnements des marchés du travail dans bon nombre de situations non françaises et notamment ceux qui permettent un contrôle de l'embauche par les organisations syndicales dans les systèmes de relations professionnelles anglais ou nord-américains sont légalement interdits dans le système français. Aussi peut-on effectivement supposer que leur éventuelle introduction viendrait complètement bouleverser les principes fondamentaux sur lesquels est fondé ce système, notamment en ce qui concerne les mécanismes de la représentation des salariés et la conception française du pluralisme syndical et de la liberté d'adhésion. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la possibilité de contrat collectif interdisant l'embauche d'ouvriers non syndiqués, après avoir été temporairement reconnue a ensuite été supprimée du droit français (Cf. Arrêt de la Cour de Cassation du 24 octobre 1916 et Note Bonnacase s'y référant, In *Recueil Dalloz 1920*, pp. 17 à 21).

Pour autant, dans bien des situations particulières, la négociation des conventions collectives a une fonction explicite d'organisation et de régulation des marchés du travail. D'une part, il existe de nombreux cas où la liberté patronale d'embauche est fortement contrainte par l'énonciation, dans la convention collective, des qualités — c'est-à-dire le plus souvent des compétences scolaires — requises pour occuper certains postes de travail précis. Ainsi, dans la convention collective de l'Enfance Inadaptée (convention dite « de 1966 »), texte qui occupe une place importante dans la régulation de tout un ensemble de professions ressortissant du vaste ensemble du travail social, les conditions de diplôme requises pour pouvoir postuler à l'emploi sont très soigneusement codifiées.

D'autre part, la négociation des conventions collectives est souvent l'occasion, notamment au moment des négociations de classification, d'une élaboration collective de la définition des filières et des regroupements professionnels qui, ainsi légitimés, sont au fondement des opérations de

comparaison et de regroupement qu'opèrent les individus. Dans son rapport « *Les Droits des Travailleurs* » de 1981, Jean Auroux reconnaît implicitement ce rôle puisqu'il constate qu'en l'absence de classification actualisée, « *chaque entreprise est contrainte d'élaborer son propre système de classement, ce qui retire tout intérêt aux comparaisons sur le marché du travail pour le même secteur professionnel* ». Les négociations qui se nouent autour des enjeux de la gestion collective de la formation permanente ou même parfois de la participation de la branche à la définition des formations de base ont aussi, indirectement cette fonction de structuration et de régulation des marchés du travail, en orientant les carrières des individus, en sélectionnant les postulants éventuels, en légitimant les compétences.

La fonction de gestion économique de la branche

Le fait que la négociation des conventions collectives est un élément de la définition des politiques économiques de branche est tout à la fois contesté par certains des protagonistes et néanmoins ressortit à l'évidence la plus banale. Il est contesté dans la mesure où, formellement et dans la plupart des cas, il y a effectivement disjonction entre l'énonciation des politiques en matière de relations professionnelles et celle des politiques économiques. Qui plus est, bien souvent, les acteurs syndicaux représentant les salariés ne sont pas appelés à participer directement à la négociation des politiques économiques. Par conséquent, les syndicats, tout en protestant de ce fait, se considèrent comme non partie prenante de cette négociation.

Pendant, il est évident qu'il y a une articulation forte entre la négociation des règles en matière de conditions de travail et la politique économique de la branche, qu'on entende par ce terme la détermination des conditions d'exercice des activités économiques ou, plus précisément, la fixation des actions étatiques d'intervention économique dans la branche. En effet, la détermination des conditions salariales agit directement sur la compétitivité des entreprises de la branche, à la fois au niveau national comme élément du positionnement de la branche par rapport aux autres branches et au niveau international comme élément de détermination de la compétitivité de la branche par rapport à ses concurrents étrangers. De même, si l'on utilise la seconde acception du terme de politique économique de branche et que l'on s'intéresse plutôt à la détermination des modes d'action de l'Etat, il apparaît tout aussi clairement que, si la cohérence globale des politiques étatiques ne relève pas toujours de l'évidence, les interventions étatiques trouvent leur origine dans un système de « *juxtaposition de régulations sectorielles* » (Friedberg) et que, dans ces régulations sectorielles, il existe parfois une certaine coordination des actions de l'Etat comme des interventions patronales entre les deux plans que sont la

politique économique et la politique de relations professionnelles.

De plus, même pour l'acteur syndical pourtant souvent exclu formellement de la discussion des politiques économiques sectorielles, il existe d'autres moyens de pression et de négociation pour faire entendre son point de vue en la matière. En tout état de cause, on constate que les confédérations syndicales, au moins certaines d'entre elles et non des moindres, ont une longue tradition de participation plus ou moins active à la réflexion et à l'énonciation des politiques économiques globales et sectorielles. Dès la Première Guerre Mondiale, puis dans l'entre deux guerres, certains syndicalistes ont participé activement aux groupes de réflexion autour des projets de planification (Kuisel). On peut même remonter avant la Première Guerre Mondiale et constater que les réflexions syndicales sur l'organisation économique et sur l'action de l'État existent et sont effectivement l'objet de débats et de controverses bien au-delà des seuls cercles d'adhérents et de militants syndicaux.

Ainsi, les différents acteurs mobilisés dans la négociation des conventions collectives participent aussi à l'énonciation des politiques économiques de branche et donc à la détermination des conditions d'exercice des activités économiques. En outre, les stratégies concernant plus strictement les conventions collectives et donc les seules conditions de travail ne doivent être souvent considérées que comme des éléments de stratégies plus globales incluant les politiques économiques.

La fonction de gestion des changements technologiques

Avancer que les négociations de branche ont une fonction effective dans la gestion des changements technologiques paraît relever du paradoxe. D'une part, une telle affirmation n'est pas corroborée par le sentiment des acteurs. D'autre part, et plus objectivement, toute interrogation systématique et directe pour identifier les accords collectifs de branche portant sur les changements technologiques n'amène que des résultats tout à fait décevants. Les accords signés en bonne et due forme au niveau de la branche et concernant explicitement l'introduction de changements technologiques dans les entreprises sont rares et la nouveauté introduite par l'accord de la métallurgie ne vient pas changer ce constat d'ensemble.

Néanmoins, comme je l'ai déjà montré sur l'exemple de l'analyse de l'accord de réduction du temps de travail dans le secteur de la Transformation des Matières Plastiques (Saglio, 1987), on ne peut en déduire simplement que la gestion des changements technologiques ne relève pas des fonctions de la négociation collective. Dans ce cas, l'échange est indirect : l'accord sur la réduction du temps de travail énonce de façon collective un changement dans les règles

d'emploi qui modifie la compétitivité des entreprises les unes par rapport aux autres. La signature de l'accord correspond donc à l'établissement d'un consensus sur ce que doit être l'avenir technique et commercial des entreprises françaises de la branche. Et les protagonistes de la négociation en sont parfaitement conscients. Indirectement, ce qui est discuté au niveau des branches concerne aussi les politiques technologiques des entreprises, ne serait-ce qu'en permettant de tracer un cadre d'évolution des carrières pour les nouveaux métiers quand ils apparaissent. Ainsi, dans le secteur des Banques inscrites à l'AFB, un travail de repérage systématique des accords sur les changements technologiques fait apparaître un accord portant explicitement sur le travail sur écran. Mais ce type d'interrogation précise ne fait pas mention de toute la négociation qui a conduit à la définition de filières de carrière et de normes de salaires pour les informaticiens.

Faut-il, en suivant cet exemple, limiter le rôle des négociations de branche à l'énonciation des règles utilisables pour définir la gestion du personnel en période de changements techniques ? La négociation de branche ne peut-elle avoir une fonction plus positive de définition même des politiques technologiques, des orientations de recherche et d'étude ?

Ne doit-on pas au minimum constater que bien souvent les acteurs qui interviennent dans ce domaine de la définition des orientations stratégiques en matière de changements techniques sont pour une part aussi ceux qui interviennent dans le domaine de la gestion des relations professionnelles ? Les organisations patronales et les segments concernés de l'appareil d'État participent souvent à cette définition, lorsqu'elle est organisée. Les organisations syndicales peuvent également jouer un rôle non négligeable de diffusion de connaissances et d'appréciation sur les projets technologiques. Ainsi, dans le secteur, certes nationalisé, de la production d'électricité, une organisation comme la CFTD a joué un rôle important de diffusion de connaissances scientifiques et techniques sur les problèmes posés par l'orientation vers le nucléaire. Plus indirectement, on peut aussi penser que la conception que partage la CGT du progrès technique a renforcé le « Culte de la Prouesse » qui a longtemps marqué les politiques technologiques des industriels français.

La fonction de gestion identitaire

La définition des branches conventionnelles ne coïncide que rarement avec les définitions des métiers qu'on en prenne les formulations les plus anciennes ou les plus récentes. Pourtant, les identités qui se nouent autour des habitudes et des enjeux des négociations de branche contribuent à structurer fortement l'espace social des professions dans le système français de relations professionnelles. De ce fait, la gestion collective du champ d'application de toute convention

collective a des effets sur la construction des espaces de comparaison et de solidarité entre acteurs comme sur la définition des identités collectives.

Un tel fonctionnement est tout à la fois inscrit dans la structure juridique des conventions collectives et dans les stratégies des acteurs. Toute convention collective commence par la définition de son champ d'application en termes d'extension professionnelle et géographique. Dans ce domaine, les conflits ne sont pas rares et les stratégies peuvent se révéler complexes. Certains groupes de salariés peuvent chercher à conserver une autonomie professionnelle permettant de garantir une certaine fermeture du marché du travail ou une meilleure spécification des filières professionnelles. Du côté patronal, les conflits économiques peuvent conduire des patrons à chercher à accroître la distance avec des professions qui peuvent apparaître proches. Ainsi, les représentants des patrons au cours de la renégociation de la convention collective de la Transformation des Matières Plastiques à la fin des années soixante-dix cherchaient-ils par tous les moyens à distinguer cette profession de celles des chimistes dont ils craignaient les tentatives d'intégration industrielle. Enfin, du côté des représentants de l'État, le jeu sur la définition des frontières de la profession peut tout aussi bien être le moyen d'une politique industrielle que le moyen d'imposer certaines règles en matière de gestion de la force de travail et de négociations. Ainsi, aux débuts des années quatre-vingts, le Ministère du Travail a-t-il pesé en faveur d'une révision des classifications dans l'industrie du caoutchouc en menaçant d'étendre la convention collective des industries chimiques.

Les stratégies dans ce domaine sont d'autant plus complexes que le rattachement institutionnel des acteurs n'est pas homogène. Certes, pour les ensembles de professions les plus importants comme le sont les grands regroupements de la métallurgie ou du bâtiment, chacun des négociateurs, patronaux ou syndicaux appartient à une fédération spécifique et dotée de moyens d'analyse et de réflexion. Mais de tels cas ne sont pas si fréquents. Le plus souvent les négociateurs, surtout du côté des syndicats de salariés, « couvrent » plusieurs conventions collectives et relèvent de fédérations syndicales dont les contours ne sont pas identiques d'une centrale syndicale à l'autre. Ainsi, dans le cas des négociateurs de la Convention Collective Nationale de l'Industrie des Tuiles et Briques, le représentant de la CGT appartenait à la fédération des Céramiques, celui de la CFDT à la Fédération Construction et Bois, celui de la CGT-FO à la fédération du Bâtiment, Bois Céramiques et Papier Carton, celui de la CFTC à la fédération du Bâtiment, Matériaux et Travaux Publics. Du côté patronal, la situation n'est pas forcément plus simple et des conflits de personnes peuvent encore renforcer des incompatibilités institutionnelles à l'origine historique parfois obscure.

Les résultats de tels imbroglios stratégiques ne sont pas analysables en utilisant une logique de classification simple : « *Ce qui définit une branche ou une profession pour la négociation est bien loin d'être explicite et même d'être clair. Le découpage des secteurs relève bien évidemment de l'empirisme le plus total. Il semble difficile de trouver une logique commune qui l'ait inspiré. Il est difficile de ne pas conclure que tout a été affaire de circonstances.* » (Adam, Reynaud, Verdier, voir p. 59). Il est vrai que la délimitation des frontières de la branche est une opération de négociation au cours de laquelle chaque organisation participante tente d'adapter la définition juridique à ses propres pratiques organisationnelles. Il n'existe donc pas de définition préalable de la branche, mais au contraire celle-ci est le produit de la négociation elle-même comme le remarquent Ginsbourger et Potel qui définissent la négociation de branche comme « *celle qui se déroule au sein d'une branche d'activité dont la délimitation est faite par les organisations qui négocient, compte tenu de leur représentativité en termes d'activités économiques.* » (Ginsbourger, Potel, voir p. 275). Une telle définition est même confortée par la jurisprudence du Conseil d'État qui se refuse à une définition « substantielle » en termes de technologie ou de marché et renvoie à la structure des organisations professionnelles (Cf. par exemple Conseil d'État du 30/09/1983).

Qu'il s'agisse d'une « affaire de circonstances » ne doit pas pour autant amener à en négliger l'importance. La gestion d'une convention collective autonome est, dans le cas de l'industrie de la Transformation des Matières Plastiques à la fin des années soixante-dix, l'un des moyens de définir et de préserver l'autonomie de la profession relativement récente de « plasturgiste ». Elle s'articule avec une volonté d'autonomie en matière de définition des compétences professionnelles des techniciens et des ingénieurs, dont les filières d'emploi et les définitions de compétences ont fait l'objet de négociations de branche. La gestion de la convention collective est ainsi l'un des moyens d'affirmation et de maintien d'identités professionnelles. C'est aussi le moyen de l'identification et de la définition des filières et des carrières professionnelles légitimes et donc d'une définition des sous-groupes homogènes utilisable par les acteurs.

La qualification des problèmes comme enjeu social et stratégique

Énoncer les diverses fonctions que peuvent remplir les négociations des conventions collectives ne suffit pourtant pas à comprendre comment ces différentes fonctions s'articulent les unes aux autres. Car, à l'évidence, les acteurs ne cessent de jouer d'une dimension sur l'autre pour tenter de faire avancer une modalité de résolution des problèmes qui leur soit favorable. Ainsi, définir plus ou moins strictement les classifications et les filières d'emploi peut être un moyen

d'obtenir une fermeture des marchés du travail et de rendre plus ou moins facile l'adoption d'un changement technologique. De même, on l'a vu, la fermeture des marchés du travail peut être, pour les employeurs, un moyen de résistance à une offensive économique venue de l'extérieur. Les acteurs de la négociation ne cessent donc de combiner de façon nouvelle et différente l'articulation des diverses fonctions. Cette combinaison est un jeu stratégique, dans la mesure où la légitimation d'une articulation permet de mettre en position de force l'un ou l'autre des acteurs qui devient le « tra-ducteur » obligé (Callon).

Comme dans toute négociation, on peut donc ici distinguer, au moins au plan purement analytique, un premier temps au cours duquel les acteurs tentent de définir une qualification des problèmes, c'est-à-dire donnent une préfiguration du type de solutions qu'ils vont ensuite chercher à construire collectivement par la négociation. Prendre en compte cette démarche amène à relativiser toute démarche de classement automatique des thèmes et des enjeux de la négociation collective à partir du seul énoncé des objets formels de l'accord final. Ainsi nous avons montré que, dans le cas de la Transformation des Matières Plastiques, un accord dont l'objet formel concernait les modalités de réduction du temps de travail ouvrier était en fait un accord sur l'adoption de nouvelles technologies et reposait sur une évaluation commune des politiques industrielles de réorientation de cette branche.

Les diverses configurations des branches

Pour une analyse typologique des situations de branche

Que la branche soit un lieu de régulation, c'est-à-dire d'énonciation des règles collectives communément admises pour articuler les différentes fonctions sociales que cet ensemble gère, ainsi que d'énonciation des formes de correspondance entre grandeurs régissant les échanges entre acteurs, ne conduit pas à déduire qu'il existerait un seul et unique modèle de fonctionnement de cette régulation de branche. A ne prendre que la régulation des relations professionnelles énoncée dans le texte de la convention collective de branche, et sans même s'intéresser à la façon dont ces règles de relations professionnelles s'articulent sur les autres règles de la profession, on constate aisément qu'il existe des conventions collectives plus ou moins précises, plus ou moins contraignantes. Certaines se contentent de définir leur champ d'application et n'apportent guère d'innovations ou d'améliorations aux dispositions communes du droit du travail. Dans ces dernières, les avantages spécifi-

ques consentis aux salariés sont inexistantes et, bien souvent, les taux de salaires conventionnels restent nettement inférieurs au salaire minimum interprofessionnel qui vient « ratisser » très haut dans la grille conventionnelle. D'autres au contraire définissent toute une série d'avantages particuliers, tant en matière de salaires directs ou indirects qu'en matière de représentation du personnel ou de gestion d'institutions spécifiques à la profession qui obligent fortement les membres de la profession.

Pourtant, il ne suffit pas d'énoncer ces avantages et d'établir une échelle d'évaluation de leur valeur pour les salariés pour parvenir à comprendre l'économie de la convention collective. Les différentes conventions ne viennent donc pas se ranger dans une échelle relativement simple qui irait des moins intéressantes aux plus protectrices. L'explication de ces différences ne réside pas simplement dans la plus ou moins grande puissance que peuvent mobiliser les organisations syndicales de salariés, les plus combatives et les mieux organisées sur longue période obtenant automatiquement des avantages supérieurs à ceux concédés par les employeurs lorsque les syndicats sont plus faibles. Une telle explication serait d'ailleurs d'autant plus difficile à établir et à défendre qu'elle soulèverait rapidement le problème du sens de l'adhésion syndicale elle-même qui n'est manifestement pas identique quand l'organisation est bien reconnue et installée dans une branche où les négociations sont fréquentes et quand les organisations syndicales sont marginales dans des branches où la négociation est exceptionnelle.

Plutôt que de chercher ainsi à hiérarchiser simplement les avantages obtenus par les salariés dans la négociation de branche, une typologie des conventions collectives doit s'intéresser à comprendre les configurations stratégiques de base qui sont au fondement de la régulation de branche. Pour ce faire, il importe de considérer non seulement les formes instituées de régulation des marchés du travail telles qu'elles sont stipulées explicitement par la convention collective, mais aussi de prendre en considération les formes, souvent moins institutionnalisées, de gestion de la concurrence économique entre firmes, ainsi que les structures de production (la concentration des firmes, leur plus ou moins grande dispersion sur le territoire national, leur plus ou moins grande insertion sur les marchés internationaux...). L'analyse produit ainsi des configurations idéales typiques dont les branches concrètes apparaissent comme des composés ou des hybrides.

Pour parvenir à un tel objectif dans le cas français, il serait opportun de développer les études de branche et de négociation collective plus que cela ne fut fait jusqu'à aujourd'hui. Aussi la typologie sommaire que je présenterai ci-après, établie à partir de quelques travaux disponibles, n'a pas d'autres ambitions que de présenter la diversité des types possibles. En

particulier, elle ne prétend pas décrire tous les types possibles. Les principaux types dégagés sont dérivés de l'analyse que nous avons effectuée sur les formes des avenants classifications dans les conventions collectives de branche au cours de laquelle nous avons tracé une esquisse de quelques sous-systèmes de branches remarquables (Saglio 1987).

Quelques configurations remarquables

La régulation minimale

Dans cette configuration, les règles énoncées ne se démarquent guère des exigences imposées par le cadre législatif et réglementaire des conventions collectives. Dans de tels cas, la régulation salariale produite par la convention collective exerce un effet de contrainte faible : ainsi, dans la branche du nettoyage de locaux, la plupart des salariés sont classés dans les échelons inférieurs de la classification, les salaires sont en fait déterminés par le SMIC et les possibilités de carrière quasi nulles. Dans une telle branche, la concurrence entre entreprises joue uniquement sur les prix, les barrières à l'entrée pour une nouvelle entreprise sont faibles, et la régulation économique inexistante. Quant à la gestion des technologies, elle n'apparaît guère comme un enjeu, si ce n'est qu'existent quelques tentatives patronales en matière de formation par l'intermédiaire de l'organisation patronale ASFORNET. Faut-il encore noter que l'identité collective de branche est peu structurée, voire dévalorisée.

Bien souvent, les acteurs syndicaux concernés donnent pour explication d'une telle situation la résistance patronale à s'engager plus avant dans des négociations. En fait, une telle explication n'est que partielle car il importe également de prendre en compte l'incapacité des organisations représentatives des salariés à établir, au niveau de la branche, un rapport de forces plus contraignant sur les organisations patronales. Réciproquement, il importe aussi de prendre en compte la faiblesse, au moins relative des organisations patronales qui se révèlent incapables de promouvoir et d'imposer une discipline collective à leurs membres.

De ce fait, on constate fréquemment que, dans de telles branches la faiblesse de la négociation collective en matière de relations professionnelles va de pair avec une faiblesse simultanée de l'intervention étatique et de la politique industrielle de branche ou de secteur. Ici le marché et la concurrence régissent les comportements et les stratégies économiques des firmes les unes vis-à-vis des autres, sans que ni des entreprises dominantes, ni l'État ne parviennent ou ne cherchent à imposer un ordre économique et industriel différent. Aussi l'identité collective de telles professions est-elle particulièrement peu prononcée.

Faiblesse des acteurs et faiblesse des règles acceptées tant en matière de gestion de la force de travail qu'en matière de gestion des politiques industrielles se combinent donc pour produire une configuration dans laquelle la négociation est peu active. De ce fait, les entreprises disposent d'une grande marge d'autonomie dans la définition de leurs politiques et les relations professionnelles y sont rarement plus actives qu'au niveau de la branche.

Simultanément, de telles branches sont fort mal équipées pour parvenir à gérer collectivement la formation et la spécialisation de forces de travail spécifiques. Quand elles ont à faire face à des problèmes de formation et de recrutement de personnels spécialisés, les firmes se trouvent démunies de moyens de pression collectifs sur l'appareil de formation, y compris sous la forme d'habitudes de coopération avec de telles instances. Aussi les firmes éprouvent-elles, dans leur isolement, les plus grandes difficultés à s'adapter aux changements de leurs modes de production ou de leurs marchés.

La régulation oligopolistique

A l'inverse des conventions collectives du premier groupe dans lesquelles les avantages reconnus aux salariés s'éloignent peu des obligations légales et réglementaires, on constate que, dans certaines branches où quelques grandes entreprises sont en situation d'oligopole (Pétrole, Industries du Verre, Cimenteries, Textiles Artificiels et Synthétiques ...), les conventions collectives sont assez conséquentes et prévoient nombre de dispositions plus favorables aux salariés que la réglementation générale. Ici les différents acteurs, tant du côté patronal que du côté syndical, sont plutôt puissants et bien structurés, capables d'engager leurs mandats, aussi bien pour leur faire accepter des accords de compromis que pour les mobiliser dans des conflits. Fréquemment d'ailleurs, de telles branches sont suivies, notamment au plan des politiques industrielles, par des segments bien structurés et relativement prestigieux de l'appareil d'État, qui sont (ou au moins ont été) capables d'impulser des politiques industrielles durables, ayant des effets structurants sur les entreprises de la branche. Dans de telles configurations, il existe bien des politiques économiques et technologiques de branche, les salariés ont des possibilités de formation et de carrière internes aux entreprises voire à la branche, et ceci contribue à définir et à structurer des identités professionnelles fortes.

Il n'est pourtant pas évident de saisir le rôle exact que jouent de telles conventions dans ces situations oligopolistiques. En effet, si les conventions collectives paraissent relativement intéressantes pour les salariés, elles sont cependant complétées par des accords ou des coutumes d'entreprise qui vont bien souvent au delà de ce qui est négocié dans la convention. Dans de tels cas, on observe bien une logique de cascade

entre les différents niveaux, de l'interprofessionnel national à l'entreprise en passant par la branche, chacun de ces niveaux étant actif et complétant effectivement les négociations du niveau supérieur. Dans de telles situations, même si elle n'est pas présentée comme telle par les différents acteurs, la négociation de branche est bien une négociation cadre, appelée à être complétée et précisée par des prescriptions de niveau inférieur.

Les fonctions que remplissent les négociations de branche dans ces situations oligopolistiques sont multiples et ne correspondent pas strictement aux fonctions prévues dans l'énoncé du cadre juridique de la convention collective. Certes, la négociation produit des normes collectives et des règles minimales pour les conditions d'emploi dans les entreprises. Mais elle n'est pas autonome et ne peut ici se comprendre que par l'articulation des niveaux : la branche est tout à la fois une instance d'appel pour les négociations d'entreprise et un lieu de préparation de négociations interprofessionnelles ; elle est aussi le lieu de la définition d'une professionnalité spécifique dans laquelle se reconnaissent les différents acteurs. On ne peut pas plus comprendre les négociations dans le cadre de la convention collective sans les mettre en référence avec les autres modes de négociation, c'est-à-dire d'énonciation des règles collectives concernant les autres domaines des relations entre acteurs, tant en matière économique qu'en matière de gestion des technologies.

De ce fait, la négociation de branche ne peut se comprendre seule, c'est-à-dire sans la mettre en relation avec l'ensemble des pratiques communes acceptées par les acteurs de ce niveau. La négociation de la convention collective ne peut être autonomisée des multiples accords, formels et informels qui lient les entreprises les unes aux autres, définissant les parts de marché, les pratiques économiques admises et celles qui sont considérées comme prohibées, les modes collectifs de gestion des technologies, les relations avec les segments correspondants de l'appareil d'État. La stabilité de l'oligopole est en effet un bien collectif qui repose sur le respect par les différents protagonistes, de pratiques particulières définissant strictement ce qui est considéré comme l'exercice normal de la concurrence et ce qui correspond à une menace directe mettant en cause la stabilité des positions et des relations. Mais de telles règles ne s'établissent pas de soi et leur maintien nécessite un espace collectif de négociation et de discussion, ne serait-ce que pour interpréter les cas litigieux et faire évoluer la régulation en fonction de l'évolution interne des firmes, des nouveautés technologiques, de l'évolution des marchés externes ou des concurrents étrangers, etc.

Ainsi, nous avons pu montrer le lien qu'il y avait entre les pratiques de gestion de la main d'œuvre spécialisée dans les activités commerciales et les formes de concurrence entre firmes

admises dans un secteur oligopolistique particulier (Saglio, 1990). Dans de tels cas, les rémunérations des agents commerciaux n'étaient pas liées aux prises de commande effectives, le mode même de prise de commande organisait la concurrence limitée des entreprises en définissant l'espace de choix des clients de même que les pratiques de rabais consentis aux clients devaient s'inscrire dans toute une série de règles communes plutôt strictes permettant de garantir une bonne tenue des marchés. La convention collective venait conforter cette place particulière des agents commerciaux.

La régulation des monopoles professionnels

Dans le cas des systèmes oligopolistiques, les entreprises gardent une grande autonomie dans la détermination des conditions d'emploi de leur main d'œuvre : les deux niveaux de la branche et de l'entreprise sont simultanément des niveaux actifs de régulation et de négociation. Dans les cas de certains monopoles collectifs liés à des professions fortement réglementées, seul le niveau de la branche est fortement actif. Dans de tels cas, comme nous avons pu les observer dans une étude récente (Saglio et Thuderoz), les branches professionnelles sont le lieu de l'articulation de l'ensemble de la régulation qui enserme fortement toutes les dimensions de l'activité économique des entreprises et définit les statuts et les rôles des individus quelles que soient leurs positions institutionnelles et salariales. Ici, les organisations de branche, notamment du côté patronal sont importantes et actives et se préoccupent de négocier et de transformer l'ensemble des codifications et des règles qui définissent tout aussi bien les conditions d'embauche des salariés, les conditions de l'activité économique et de la concurrence, tant inter-firmes dans la même profession que vis à vis de l'extérieur de la profession, et les conditions d'accès aux titres et aux fonctions dans la profession.

Dans de telles professions, l'autonomie des firmes individuelles est extrêmement limitée par toute une série de règles formelles et de coutumes professionnelles. Le notaire, l'huissier de justice ou le pharmacien qui souhaite se mettre à son propre compte, même pourvu de tous les diplômes nécessaires et de l'expérience souhaitée, ne peut créer une firme où et comme il l'entend. Il doit impérativement racheter une firme existante ou obtenir une dérogation particulière. Il doit fournir les prestations imposées et ne peut véritablement se spécialiser de façon exclusive, pas plus qu'il ne peut fixer ses prix en fonction des particularités de sa firme. En matière de gestion du personnel, il s'en remet la plupart du temps aux règles et coutumes locales, tant pour ce qui concerne le recrutement que la fixation des rémunérations. Ainsi, un notaire qui cherche à embaucher un premier clerc, comme un pharmacien qui cherche un assistant s'adressent d'abord, dans la plupart des cas, à leur Chambre Syndicale Départementale qui leur

fournit une liste limitée de candidats potentiels adaptés à leur demande. Fréquemment encore, ces chefs d'entreprise considèrent que la débauche de salariés chez des confrères locaux est une procédure incorrecte. Quant à l'organisation du travail interne à la firme, elle est la plupart du temps strictement conforme aux coutumes professionnelles. Les organisations professionnelles patronales se préoccupent aussi de tester et de mettre au point, avec les fournisseurs de matériel, les matériels et les stratégies d'équipement informatique adaptés aux besoins des entreprises du secteur.

C'est cette articulation étroite entre les différentes fonctions régulées au niveau de la branche qui permet de comprendre les modalités des jeux stratégiques entre acteurs. Ainsi, la puissance des organisations représentatives de salariés n'est, dans de tels cas, pas directement et uniquement liée à leur capacité de mobilisation des salariés adhérents aux organisations, mais elle est aussi étroitement liée à la nécessité, pour l'organisation patronale, de représenter légitimement l'ensemble de la profession dans ses négociations avec les autorités étatiques de tutelle qui contrôlent la profession et légitiment les règles d'exercice de l'activité. La menace la plus forte que le principal syndicat des salariés du notariat agite au cours des négociations avec l'organisation patronale n'est pas celle de la grève ou de la protestation directe des salariés, mais consiste plutôt à réactualiser leurs analyses et leurs projets sur une éventuelle fonctionnarisation de la profession. De même la signature des organisations syndicales à l'issue des négociations est requise par la partie patronale non pas en fonction de la représentativité de ces organisations, mais plutôt pour légitimer, auprès de leurs interlocuteurs étatiques, le fait qu'ils représentent bien l'ensemble de la profession, salariés compris.

Un tel mode de fonctionnement est-il uniquement un archaïsme propre à certaines professions qui auraient éprouvé les plus grandes difficultés à s'adapter aux contextes modernes de l'activité économique ? Certes, il est incontestable que, dans les cas que nous avons étudiés, la régulation professionnelle dans son ensemble s'enracine dans des histoires anciennes, dont les origines sont souvent antérieures à la Révolution Française. Il est non moins certain que les formes d'organisations patronales qu'elles connaissent aujourd'hui ont pour une bonne part été réactualisées sous le régime de Vichy. Cependant par le jeu de négociations fréquentes, les règles professionnelles, aussi bien celles qui régissent les relations professionnelles que celles qui concernent la gestion des relations économiques ou celles qui définissent les qualités nécessaires à l'admission dans la profession, sont constamment adaptées aux transformations de l'environnement.

Plus encore que l'ancienneté de leurs origines, ce qui caractérise de telles professions c'est la

nature particulière de l'équilibre entre les niveaux institutionnels et donc aussi entre les acteurs. Ici la branche, ou plutôt la profession, est considérée par l'ensemble des acteurs comme un niveau de régulation princeps, et l'autonomie des entreprises ne se définit que secondairement, dans les marges laissées libres par la régulation de branche. En quelque sorte on pourrait dire que dans ce type de configuration, la branche n'est pas le produit de l'agrégation des firmes, mais plutôt que les firmes sont les institutions localisées de la profession. Le jeu des acteurs se conforme à cette particularité, en se définissant d'abord et avant tout comme des acteurs dans le cadre professionnel et non comme des agrégations d'acteurs d'entreprise ou comme des émanations d'acteurs interprofessionnels.

La régulation des marchés du travail fermés

Le monopole professionnel collectif, tel qu'il peut exister chez les notaires, les huissiers de justice ou les pharmaciens d'officine, correspond à une configuration de profession au sens américain du terme dans laquelle la compétence de métier est détenue par le chef d'entreprise titulaire de la charge. D'autres modes de régulation de branche peuvent se rencontrer dans lesquelles l'identité de métier est fortement structurée et défendue, sans pourtant que le métier en question ne soit l'apanage du chef d'entreprise. On retrouve ici les définitions plus classiques des métiers où la compétence professionnelle rare et fortement contrôlée est un attribut des salariés et non des dirigeants d'entreprise.

De telles configurations correspondent souvent aux systèmes de marchés du travail fermés tels que décrits par Catherine Paradeise dans son travail sur la Marine Marchande (Paradeise, 1985). L'enjeu principal de la régulation collective est alors le contrôle de l'accès des individus aux titres et la définition de l'adéquation légitime des titres aux postes. Par rapport au cas précédent des monopoles collectifs, le jeu de répartition des pouvoirs est totalement différent dans la mesure où ce sont ici les salariés en place qui défendent les restrictions d'accès aux compétences, contre les dirigeants d'entreprise qui cherchent fréquemment à s'en affranchir. Ici donc, le pouvoir des organisations représentatives des salariés repose sur leur double capacité, d'une part à mobiliser les salariés et d'autre part à associer le tiers partenaire qu'est l'État dans un processus de légitimation. A l'inverse des monopoles collectifs où les patrons étaient les défenseurs de la restriction d'accès à la possibilité de création d'entreprise et où la menace utilisée par les organisations de salariés consistait à présenter des contestations de ce numerus clausus, dans les marchés du travail fermés, ce sont les employeurs qui cherchent à supprimer les conditions restrictives d'accès aux titres et aux postes, et les salariés qui cherchent à défendre de telles procédures.

La structure du jeu collectif est alors fondamentalement différente. On peut le constater aussi bien en analysant les stratégies d'acteurs qu'en s'attachant à décrire l'articulation des fonctions. Le niveau de la branche est alors souvent défini par référence à un métier traditionnel qui donne son identité à l'agrégation des entreprises. L'enjeu principal de stabilisation du système de branche réside dans le contrôle sur les mécanismes de formation de la main d'œuvre et, plus rarement dans le système français, dans le contrôle plus direct de l'allocation des postes eux-mêmes. Comme l'ont montré les conflits récurrents dans la presse, la stratégie des patrons consiste bien souvent à tenter d'échapper à ce contrôle strict de la profession en transformant les systèmes techniques de travail ou en tentant de se positionner sur des définitions de branche qui ne relèvent pas de la même entité professionnelle. Contre de telles stratégies, les organisations de salariés font appel aux instances étatiques de façon à obtenir la confirmation de la fermeture des marchés du travail.

La régulation des systèmes para-publics

Une dernière configuration de branche paraît tout à fait caractéristique dans le système français lorsque se combinent un contrôle professionnel fort et une place prépondérante de l'Etat dans le contrôle de l'activité professionnelle et dans son financement. C'est le cas par exemple des conventions collectives régissant les activités de travail social et, notamment de la plus importante d'entre elles dite « Convention de 1966 ».

La configuration économique de telles professions est tout à fait spécifique. Tout d'abord la plupart des entreprises, relevant souvent du statut des associations selon la loi de 1901, ne correspondent pas aux canons classiques de l'entreprise capitaliste. Si l'on peut ici aussi observer des mouvements classiques de concentration des entreprises et de rentabilisation des capitaux, ils sont dans de tels cas directement liés aux exigences de la gestion de l'entreprise, tels que perçus par les gestionnaires en charge des entreprises et du système de branche, et non imputables à une logique de sauvegarde des intérêts des propriétaires de capitaux investis dans l'affaire. Configuration spécifique aussi en ce que l'Etat, par le biais des services de l'action sanitaire et sociale en est à la fois le financeur principal, voire unique, mais qu'il se donne aussi les moyens d'un contrôle strict de l'organisation du travail et des entreprises. De plus, on peut remarquer que, dans cette configuration, la plupart des protagonistes des négociations de branche sont eux mêmes bien souvent des salariés de l'Etat et partagent une certaine conception du bien commun et de l'administration.

On ne s'étonnera guère de trouver, dans de tels cas, des systèmes de règles qui s'enracinent fortement dans des modes de fonctionnement et d'administration dérivés de ceux de la Fonction

Publique. Dans les systèmes de classification, comme dans les règles formelles d'attribution des postes, les critères de diplômes et d'ancienneté jouent un rôle prépondérant. Des règles précises sont aussi énoncées dans les conventions collectives elles-mêmes qui dictent les modes d'organisation du travail et de détermination du nombre de salariés de l'entreprise en fonction de la nature des travaux à effectuer et du nombre de clients traités. De façon plus informelle, on observe que, dans ces professions comme dans la fonction publique française, les individus raisonnent en matière d'emploi en termes de « postes budgétaires » créés et affectés, et les gestionnaires en termes de budget alloué.

La régulation opérée au niveau de la branche est particulièrement importante dans de telles professions. Non seulement du fait que les règles de relations professionnelles y définissent très strictement les conditions d'emploi et de salaires, ne laissant que peu de marge de décision aux responsables d'entreprise, mais aussi parce que les modalités de la concurrence économique entre firmes sont précisément définies et contrôlées par les instances étatiques de tutelle. Enfin l'Etat, avec le concours des professionnels, exerce une influence forte sur la définition des compétences légitimes et de leurs usages, ainsi qu'un contrôle direct sur l'appareil de formation.

Les logiques explicatives de cette diversité

Les diverses configurations que nous venons de décrire sont idéal typiques. Les branches concrètes apparaissent souvent comme des composés, plus proches de certains types pour tel segment du marché du travail et plus proches d'autres selon d'autres critères.

Dans l'explication des caractéristiques de chaque branche, on accorde souvent une importance déterminante aux modes de production ou à la structure des marchés des produits qui ainsi deviendraient explicatifs des configurations de branche. C'est oublier cependant que les modes de production ou les structures d'entreprises eux mêmes quand ils sont analysés historiquement, relèvent de choix sociaux et sont rarement technologiquement prédéterminés. A une même technologie de production peuvent correspondre des modes d'organisation du travail et de régulation des marchés des produits fondamentalement divers (Commons). Les choix improbables ne sont pas inéluctablement contre performants et donc instables : des modes de croissance, alternatifs à la production de masse standardisée, ont pu se développer historiquement et s'avérer tout à fait compétitifs et stables (Sabel et Zeitlin).

C'est donc à une analyse de la construction historique de chaque mode de régulation qu'il faut se livrer pour comprendre leur différenciation dans le système français de relations professionnelles. Et une telle analyse doit tout à la fois saisir ce qui constitue l'originalité et l'autonomie

de chaque sous-système et ce qui contribue à structurer le cadre global dans lequel ces sous-systèmes prennent leur autonomie.

La construction historique des régulations de branche

Quelle est l'importance du niveau de la branche dans la construction du système de régulations de l'activité économique en France ? Une première réponse classique consiste à mettre au centre le niveau national interprofessionnel ou plutôt à considérer que l'unité du système français de relations professionnelles est une donnée évidente. L'homogénéité de l'appareil juridique, l'unicité du gouvernement national et le regroupement des syndicats de salariés comme des organisations patronales dans des organisations nationales interprofessionnelles sont avancés comme arguments de ce point de vue. En faire le constat évite, le plus souvent, d'avoir à se poser la question de la diversité éventuelle des sous-systèmes de branches. Dans cette approche courante, la régulation au niveau de la branche est de fait subordonnée à la régulation nationale qui s'apparenterait à un système de régulation économique de classes.

Pourtant, nous l'avons vu précédemment, on ne peut réduire la diversité des conventions collectives françaises, et encore plus la diversité des modes de régulation de branche, à s'organiser sur un continuum qui irait des branches les plus fortement régulées à celles qui ne le sont pas ou peu. Il n'apparaît pas plus que cette diversité soit explicable par la seule structure capitaliste des entreprises de la branche ou par les caractéristiques techniques des modes de production mis en œuvre. La régulation ne s'apparente pas à une sorte de réponse collective à une situation donnée, et il suffirait alors de connaître les contextes pour comprendre la construction des règles. En ce sens, la régulation n'est pas le produit d'une culture commune des acteurs de l'ensemble social, ou, comme l'écrit Jean Daniel Reynaud : « *les règles sociales ne sortent pas tout armées d'une conscience collective* » (Reynaud, 1989, Cf. p. 134). Elle est plutôt un mode de construction collective de la configuration du jeu des acteurs dans la branche, lequel jeu d'acteurs contribue ensuite à structurer la branche elle-même. Car la régulation est le produit de l'interaction des actions collectives, et, comme l'écrit Jean Bunel « *les facteurs objectifs n'expliquent jamais, en eux-mêmes, une action collective qui n'est pas une réponse à une situation. Et on aurait plutôt intérêt à renverser l'ordre des facteurs, à expliquer la situation comme conséquence de l'action collective.* » (Bunel J. 1991).

Dès lors, l'analyse de la constitution des régulations, au niveau des branches comme ailleurs, doit faire une place prépondérante à l'étude

historique de leur construction, laissant place à toute sorte de contingences et d'aléas. Les histoires ainsi reconstituées ne sont guère homogènes et linéaires. Car même une tradition bien ancrée de négociations ou de refus de négociations peut s'inverser et laisser place à son contraire comme le montre l'étude de la négociation dans la métallurgie anglaise (Zeitlin, 1988 et 1990)

Pour autant, l'analyse rapide de l'histoire de certaines branches en France et la consultation de quelques études disponibles sur ce thème permet de dégager quelques moments clés et quelques archétypes de séquences historiques. La liste que nous présentons ci-après n'a donc pas de prétention à l'exhaustivité, mais permet de cerner quelques moments originaires qui nous sont apparus particulièrement importants soit pour des branches spécifiques soit pour l'ensemble des acteurs du système français de relations professionnelles.

Le modèle industriel métallurgique

Dans la plupart des activités industrielles, les syndicats français de salariés ont éprouvé les plus grandes difficultés à faire reconnaître leur légitimité aux yeux de leurs partenaires patronaux. Les chefs d'entreprise ont fort longtemps récusé fermement la légitimité du syndicat dans l'entreprise, et cette attitude confortait indirectement les orientations révolutionnaires du syndicalisme de salariés de l'industrie.

Dès lors, la stabilisation de la régulation n'a pu être obtenue, quand elle l'a été, que par l'intervention du troisième partenaire qu'est l'État. Historiquement, c'est dans les situations industrielles où l'État s'avérait être un partenaire économique important que les acteurs ont pu parvenir à mettre en place une régulation durable des conditions de travail et d'emploi à un niveau qui ne soit pas celui de l'entreprise elle-même. De telles situations se rencontrent lorsque l'État est acheteur des produits de l'entreprise. Dans de telles configurations, son comportement d'acheteur rationnel, cherchant à faire baisser les prix des produits, produit une pression à la baisse des salaires et donc devient contradictoire avec le second rôle de l'État qui est celui de garant d'une certaine paix sociale.

Pour sortir de ce cercle vicieux, diverses solutions ont été expérimentées dans les dernières décennies du XIX^e siècle, et ont débouché sur les décrets Millerand du 10 août 1899, lesquels sont encore aujourd'hui au fondement de la réglementation des attributions de marché public (5). Par ces réglementations, l'État imposait aux entreprises soumissionnant à adjudication de

(5) Le Code des Marchés Publics dans ses articles 117 à 120 portant sur les conditions de travail reprend pour une bonne part la formulation même des Décrets du 10 août 1899. Voir : *Code Administratif*, Éd. Dalloz, 1985. pp. 1162 à 1164.

marchés publics de s'engager à respecter, en matière de salaires et de conditions de travail, les coutumes en usage dans la profession et la région concernées. Au cas où un accord était intervenu localement entre des représentants légitimes des salariés et des employeurs, il s'imposait donc aux entreprises attributaires de l'adjudication de marché public.

De telles procédures, bien que ne s'imposant pas, en droit, hors des situations de marché public, eurent néanmoins un effet régulateur sur les conditions d'emploi et de travail, effet que remarque bien, quelques années plus tard, un responsable du Ministère du Travail : « *Bien que les décrets du 10 août 1899 ne visent que les marchés passés pour le compte des administrations publiques, la publicité donnée aux constatations ainsi faites peut dépasser de beaucoup le champ de ces marchés. Les bordereaux de salaire publiés par ces administrations font connaître un cours des salaires, une durée normale du travail fondés sur la pratique et le consentement général et donc chacun, patron et ouvrier, sait qu'ils représentent la durée normale, le cours régulier pour la région. Patrons et ouvriers les prennent tout naturellement pour base de leurs contrats et même lorsqu'ils s'en écartent en subissent l'influence régulatrice* » (Circulaire de Ministre du Travail du 5 février 1915, cité in Oualid et Piquemard, note de la page 164).

La mise en place progressive de telles procédures de régulation (6) a conforté le renforcement des structures de branche, tant du côté syndical que patronal. La branche s'est progressivement substituée au métier comme base de regroupement des intérêts et comme fondement de la solidarité salariale. Mais simultanément, et notamment pendant la première guerre mondiale, l'implication de l'Etat dans la gestion économique et industrielle des branches a amené les acteurs à progressivement privilégier le niveau national de la régulation. Du fait de la politique étatique, c'est à ce niveau que les acteurs pouvaient espérer peser sur l'articulation entre régulation salariale et régulation économique, en intervenant dans les politiques industrielles. Pour le syndicalisme de salariés, et notamment pour la CGT dans l'entre deux guerres, la « nationalisation industrialisée » est l'élément de son programme politique correspondant à cette orientation économique (Kuisel. Voir pp. 77-80). Pour les employeurs, le primat ainsi accordé à la régulation nationale de branche permet de satisfaire à deux objectifs classiques : d'une part éloigner le niveau de négociation de

(6) Oualid et Picquenard dans leur ouvrage, font un point intéressant des conventions collectives locales, régionales et nationales signées avant la Première Guerre mondiale et dans le début des années vingt. Ils montrent en particulier que le mouvement de signature de conventions collectives a démarré avant la Première Guerre mondiale et qu'il a été accéléré après la promulgation de la Loi de 1919 sur les conventions collectives. Il décroît ensuite au cours des années vingt.

l'entreprise et laisser, à ce niveau, le champ libre à l'exercice de l'autorité patronale en matière de gestion de la force de travail (Bunel et Saglio 1979, d'autre part, favoriser l'organisation d'une régulation économique et industrielle qu'il évite les jeux dangereux de la concurrence par le marché (7).

Par un tel moyen, les deux acteurs peuvent éviter le face à face et l'obligation de la négociation frontale. Pour obtenir des améliorations de la situation salariale, les salariés feront plus appel à la pression de l'Etat et à la législation qu'à la construction d'un véritable système de négociations, articulé ou non, qui exigerait de chacun des partenaires qu'il reconnaisse la légitimité de l'autre. Pour fixer les conditions de la concurrence, les patrons s'en remettront à la politique industrielle étatique, quitte à en critiquer au passage les aspects trop dirigistes. Quant à l'Etat, qui en France n'a jamais pu être assimilé à un simple arbitre, il verra avec intérêt s'accroître ses rôles et ses prérogatives.

L'équilibre des rôles qui se met ainsi en place dès le début du siècle, et qui sera vigoureusement renforcé par la mobilisation économique et industrielle de la Première Guerre mondiale, donne les caractéristiques générales d'une bonne part des systèmes de branches français concernant les activités de production industrielle. Dans ce modèle, le rôle essentiel est dévolu à l'Etat central, qui assure la cohérence des régulations, arbitre les principaux conflits, tant en matière de gestion des relations salariales qu'en matière de politique économique. La cohésion interne des deux autres acteurs est plutôt faible. Les syndicats de salariés sont divisés et ne regroupent, tous ensemble qu'une minorité de salariés. Ils ne parviennent que très rarement à construire une fermeture efficace des marchés du travail, ni à s'imposer comme interlocuteurs incontournables au niveau des entreprises. Les organisations patronales, si elles rassemblent formellement une forte majorité des employeurs, ne sont, en fait, guère plus puissantes et leurs capacités de mobilisation de leurs mandats restent pour l'essentiel défensives.

Pourtant, quand en 1936, puis à la Libération, l'ensemble du système français de relations professionnelles se restructure, c'est sur les définitions de branches et à partir des esquisses de textes conventionnels issues de cette configuration. Ainsi, dans la métallurgie, on a pu montrer que les textes des avenants classification jusqu'en 1975 reprenaient pour l'essentiel des nomenclatures et des échelles hiérarchiques de salaires minimas dont l'origine remontait à la Première Guerre mondiale, voire auparavant (Saglio, 1986).

(7) Dans son ouvrage, René Duchemin, qui fut président de l'association patronale interprofessionnelle nationale pendant les années trente défend à plusieurs reprises avec vigueur un tel point de vue devant les Assemblées Générales de cette association (Duchemin).

Le modèle dérivé des métiers

Les systèmes de marchés du travail fermés ne se rattachent pas directement à cette même histoire. Le cas de la marine marchande étudié par Catherine Paradeise montre bien l'importance, aux fondements historiques du système, de la préoccupation étatique de contrôle d'une ressource rare et ayant pourtant une importance stratégique cruciale en période de conflits militaires. L'insertion de l'État n'est plus ici dictée par le souci de la paix sociale et la volonté de construire progressivement une solution à la lancinante « Question Sociale », mais plus directement par le souci de s'assurer les moyens nécessaires à l'exercice de ses fonctions propres. De ce fait, l'histoire de tels systèmes peut être plus ancienne que celle des systèmes industriels classiques et trouver très nettement leur origine dans des traditions antérieures à la Révolution Industrielle et à la Révolution Française.

Mais aussi, la configuration des relations d'acteurs et des conflits potentiels se transforme, en laissant place à des alliances et des configurations fortement improbables dans les branches industrielles classiques.

Faut-il rattacher à la même configuration historique les cas de monopoles collectifs que nous avons évoqués précédemment ? Dans de tels cas aussi, la fermeture des marchés est obtenue grâce à l'intervention de l'État et sur l'argumentation de la dévolution d'une fonction étatique. Ici aussi les histoires s'enracinent dans des traditions multi-séculaires bien antérieures à la Révolution Industrielle. Par contre, les montages institutionnels diffèrent nettement dans les uns et les autres cas et notamment les définitions des rôles réciproques des firmes et des branches. Dans les monopoles collectifs, l'autonomie des entreprises est fort limitée et l'identité de branche se construit autour de l'idée que celle-ci remplit une fonction de substitution ou de délégation de la puissance publique. Au contraire dans les marchés fermés, l'indépendance des entreprises par rapport à l'État est beaucoup plus grande et l'identité collective n'a la plupart du temps pas grand chose à voir avec la fonction publique, même si elle s'enracine parfois aussi dans une conception de service public. (Tripier)

Le modèle para-public

Bien que fort mal connue, l'histoire de la construction des régulations professionnelles dans les systèmes para-publics mérite certainement d'occuper une place à part dans l'analyse de la constitution des régulations de branche dans le système français de relations professionnelles. Ne serait-ce que du fait de la date plutôt tardive de son émergence et de l'identité des acteurs clefs qui y ont participé (8).

(8) Les quelques réflexions que j'esquisse ici doivent beaucoup aux travaux encore inachevés et pour l'essentiel non publiés menés par Alain Rugo (Rugo).

Émergence tardive tout d'abord : à l'inverse des autres systèmes pour lesquels l'histoire des relations professionnelles remonte aisément aux débuts de ce siècle voire avant même la Révolution Industrielle, l'histoire particulière de ces systèmes ne s'autonomise guère comme champ particulier avant les années 1950 soit que ces activités apparaissent effectivement à cette période, soit qu'elles se dégagent alors d'un autre mode de gestion du travail, peu marqué par le salariat classique. C'est donc dès la constitution de ces régulations de branche que les acteurs peuvent utiliser les cadres juridiques et institutionnels modernes du système français de relations professionnelles tels que la loi de 1950 sur les conventions collectives ou la législation sur la représentativité des organisations syndicales de salariés.

Les acteurs qui participent le plus fortement à la mise en place de ces systèmes de branche ne sont pas absolument identiques à ceux que l'on trouve à l'origine des autres sous-systèmes français. On l'a vu pour le côté patronal où les employeurs sont souvent ici représentés par des individus exerçant professionnellement des activités de hauts fonctionnaires de l'Administration Publique et ne sont pas personnellement impliqués dans la propriété des capitaux investis. Mais on peut aussi le remarquer du côté syndical en notant la forte présence, et le rôle déterminant, qu'a joué dans de telles négociations la CFTC se transformant en CFDT. Dès lors, on peut penser qu'une certaine conception du service public et du rôle social de ces professions est une valeur commune partagée par l'ensemble des acteurs dès l'amorce de la construction de ces systèmes de régulation, et non un construit progressif produit par des années voire des décennies de coopération et d'affrontement.

Enfin, même si c'est pour s'en démarquer que les acteurs tentent de constituer une nouvelle régulation notamment salariale, l'ensemble des acteurs semble aussi marqué par l'histoire particulière que ces secteurs professionnels ont connue durant la période de la guerre et du Gouvernement de Vichy.

L'achèvement d'un ordre social ? quelques hypothèses de recherche

En centrant ainsi l'analyse sur les modes de constitution et de fonctionnement de la régulation de branche dans le système français de relations professionnelles, on est amené à insister sur la diversité des origines et des logiques de régulation. Certes, le corps de textes juridiques de référence est bien unique et les acteurs se définissent comme parties prenantes d'organisations interprofessionnelles nationales. Ce dernier argument n'amène pas pour autant à conclure à l'unité du système français de relations profes-

sionnelles dans la mesure où l'unité organisationnelle et institutionnelle de l'acteur n'implique pas pour autant l'homogénéité de ses politiques et la coordination de ses stratégies. Ainsi, on sait que l'unité de l'acteur patronal n'est bien souvent qu'une coordination défensive sur des bases minimales : la capacité d'engagement de l'organisation interprofessionnelle nationale juridiquement reconnue après la réforme de 1969 du CNPF est faible et l'autonomie des organisations de branche, surtout quand il s'agit de structures de type interprofessionnelle limitée, reste grande (Bunel et Saglio, 1976 et 1979). Il en va de même du côté de l'État où, non seulement la coordination des politiques entre les différents ministères est toujours problématique, mais où, à l'intérieur d'un même ministère, on assiste plutôt à une « juxtaposition de régulations sectorielles » qu'à une stratégie d'ensemble bien coordonnée (Friedberg).

En fait, on peut donc faire l'hypothèse que les configurations historiques concrètes de chaque branche sont radicalement hétérogènes et relèvent de modes de fonctionnement fort différents les uns des autres.

Faut-il pour autant mettre en cause l'unité du système français de relations professionnelles ? À tout le moins, on peut s'interroger sur la question de l'homogénéité des modes de régulation salariale entre les différentes branches. Postuler que celle-ci serait obtenue quasi mécaniquement du seul fait de la plus ou moins grande puissance capitaliste de tel ou tel secteur, fut-il de type parfaitement fordien, paraît en effet difficilement tenable. Déjà, on s'interroge sur le fait que les relations de dépendance économique entre firmes entraîneraient quasi ipso facto un alignement de la situation des sous-traitants sur les conditions de travail les plus mauvaises de la grande firme donneuse d'ordres : au moins lorsqu'elles sont en situation de sous-traitants de spécialité et non de sous-traitants de capacité, les firmes économiquement dépendantes peuvent conserver des modes de gestion de la main d'œuvre de type « Craft » qui ne sont pas si défavorables aux salariés qualifiés (Sabel et Zeitlin). Qui plus est, comme on l'a vu précédemment, et comme le montrent les travaux de C. Paradeise sur la marine marchande, nos travaux sur les notaires, huissiers de justice et pharmaciens d'officine, et ceux d'A. Rugo sur le secteur du travail social, les modalités des rapports salariaux dans les différentes branches sont profondément hétéronomes et les histoires particulières de chacun de ces sous systèmes peuvent, pour une très large part être considérées comme indépendantes.

Est-ce à dire que le niveau national interprofessionnel n'a aucune importance ? Ou plutôt, cette hypothèse d'une relative autonomie de certaines branches ne doit-elle pas être complétée par la prise en considération de l'enjeu politique qu'a constitué l'intégration politique de la classe ouvrière dans la société française. On

rejoint ici les hypothèses avancées par Jacques Donzelot (Donzelot). La mise en place progressive d'un système national de relations professionnelles faisant une place et assurant une légitimité aux organisations syndicales de salariés est d'abord et avant tout un des moyens historiques de résoudre les problèmes posés à la société française par la « Question Sociale ». En ce sens, on peut estimer que la gestion concrète des relations salariales n'a été paradoxalement et pendant longtemps qu'un enjeu secondaire par rapport aux enjeux plus directement politiques. Voir même que cette gestion concrète était effectivement assurée dans des instances constituant autant de sous-systèmes de relations professionnelles relativement indépendants du niveau national interprofessionnel.

La situation présente du système français de relations professionnelles correspond-elle toujours à ce schéma développé par Donzelot ? On peut en effet se demander si l'un des changements notables de la société française au cours des années soixante dix ne réside pas dans l'épuisement de la Question Sociale telle qu'elle pouvait être formulée dans les premières décennies de ce siècle. On assisterait ainsi à une « dépolitisation » du champ des relations professionnelles et à un recentrage autour des enjeux gérés traditionnellement par les instances intermédiaires de ce champ. Ce déplacement expliquerait pour une large part la crise que traversent les différents acteurs, dont l'histoire passée et les pratiques habituelles sont marquées par ce primat du niveau interprofessionnel et des orientations les plus politiques.

Les niveaux pertinents d'analyse de la régulation sont-ils toujours assimilables au niveau des branches tel qu'il est défini juridiquement ? Dans bon nombre de situations, l'hypothèse est tenable, mais cette configuration n'est pas une obligation. Dans certains cas, la régulation se passe à un niveau local et on observe alors ce que nous avons appelé des systèmes industriels localisés (Raveyre et Saglio). Dans d'autres, on peut estimer que la régulation d'entreprise est suffisamment distante de la régulation de branche pour parvenir à s'en autonomiser, et ceci est parfois reconnu par la législation comme c'est le cas pour l'entreprise EDF. Le système pertinent pour l'analyse serait dans ce cas celui de l'organisation entreprise (9). Dans le cas des professions réglementées, nous avons montré qu'une analyse fondée sur le concept de système professionnel permettait de comprendre la configuration et les stratégies des acteurs, la définition des institutions, et notamment celle des entreprises. Autant de cas différents qui montrent qu'il y a bien indétermination du niveau de la régulation et

(9) C'est dans ce type de cas, et probablement dans ce type de cas seulement que les analyses produites s'avèrent comparables terme à terme aux analyses nord-américaines des évolutions des systèmes de relations professionnelles.

hétérogénéité des histoires des différents sous-systèmes français. Néanmoins, ces différents cas et leur diversité même sont analysables en recourant à la notion de régulation, démarche que nous avons utilisée en produisant le concept

générique de « système industriel » (Saglio 1990). Pour autant, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là aujourd'hui seulement d'hypothèses de travail qui demandent à être vérifiées et discutées à la lumière de travaux complémentaires. ■

BIBLIOGRAPHIE

ADAM (G.), REYNAUD (J.D.), VERDIER (J.M.), *Les syndicats les patrons et l'État*, Ed. Ouvrières, Ed. Économie et Humanisme (1972).

AFSA (C.), *Les relèvements salariaux de branche : quels impacts sur les salaires réels ?* in Travail et Emploi, N° 34 (1987).

BUNEL (J.), *Pactes et Agressions*, à paraître, Ed. CNRS (1991).

BUNEL (J.), SAGLIO (J.), *La société des patrons contribution à une analyse du système français de relations professionnelles, le cas Rhône-Alpes*. Rapport CORDES (1976).

BUNEL (J.), SAGLIO (J.), *Faiblesse de la négociation collective et pouvoir patronal*, in Sociologie du travail, N° 4/1977.

BUNEL (J.), SAGLIO (J.), *L'Action patronale du Cnpt au petit patron*, Ed. PUF, Paris (1979).

CALLON (M.), *L'opération de traduction comme relation symbolique*, in : ROQUEPLO (P.) et THUILIER (P.), Incidence des rapports sociaux sur le développement scientifique et technique, Rapport CORDES, Paris (1975).

COMMONS (J.R.), *American Shoemakers*, in Quarterly Journal of Economics, Nov. 1909.

DONZELOT (J.), *L'invention du social*, Ed. Fayard, Paris (1984).

DUCHEMIN (R.P.), *L'organisation syndicale patronale en France*, Paris, Ed. Plon (1940).

DUNLOP (J.T.), *Industrial Relations Systems*, New York, Holt, Rinehart and Winston (1958). Trad. Fcse in F. SELLIER : *Les relations professionnelles*, PUF (1976).

FRIEDBERG (E.), *L'État et l'industrie en France*, Rapport CSO-CORDES, Paris (1976).

GINSBOURGER (F.), POTEL (Y.), *Les Pratiques de la Négociation de branche*, La Documentation Française.

KOCHAN (T.A.), KATZ (H.C.), MACKERSIE (R.B.), *The Transformation of American Industrial Relations*, Basic Book, New York (1986).

KUISEL (R.F.), *Capitalism and the State in Modern France. Renovation and Economic Management in the Twentieth Century*, Cambridge University Press (1981).

OUALID (W.) et PICQUENARD (C.) *Salaires et Tarifs*, Ed. PUF (1928).

PARADEISE (C.), *La Vie Des Marchés du Travail Fermés. Le cas de la marine de commerce française*, Thèse pour le doctorat des lettres et Sciences Humaines, Université Paris IV (1985).

RAVEYRE (M.F.) et SAGLIO (J.), *Les Systèmes Industriels Localisés : Éléments Pour une Analyse Sociologique des Ensembles de PME industriels*, in Sociologie du travail n°2/1984, p. 157 à 175.

REYNAUD (J.D.), *Les règles du jeu*, Ed. A. Collin, Paris (1989).

REYNAUD (J.D.), EYRAUD (F.), PARADEISE (C.), SAGLIO (J.), (Sous la direction de) : *Les systèmes de Relations Professionnelles Examen critique d'une théorie*, Ed. CNRS, Lyon, (1990).

RUGO (A.), *Les relations professionnelles dans le secteur de l'enfance inadaptée*, Mémoire pour le DEA de Sociologie, Université Lyon II (1985).

SABEL (C.), ZEITLIN (J.), *Historical alternatives to Mass Production : Politics, Markets and Technology in Nineteenth Century Industrialisation*, in Past and Present, août (1985).

SAGLIO (J.), *Les négociations de branches et l'unité du système français de relations professionnelles : le cas des négociations de classification*, in Droit Social, n°1 (1987).

SAGLIO (J.), *Hierarchies de salaires et négociations des classifications, France, 1900-1950*, in Travail et Emploi, mars 1986.

SAGLIO (J.), *Décisions technologiques et relations professionnelles*, Communication à la journée annuelle de l'AFERP, Paris, juin 1987.

SAGLIO (J.), *Négocier les décisions technologiques ou seulement leurs effets*, in Reynaud (J.D.) et Alii.

SAGLIO (J.), *La construction sociale des marchés* Rapport GLYSI-CGP (1990).

SAGLIO (J.) et THUDEROZ (C.), *Entre Monopole et Marché : les professions réglementées face à l'ouverture du marché Européen*, Rapport GLYSI-CGP, Lyon, Juin 1989.

TRUPIER (P.) et Alii, *Travailler dans le transport*, Ed. Lharmattan (1988).

ZEITLIN (J.) *Between flexibility and mass production : Product, Production and Labour Strategies in British Engineering, 1880-1939*. Contribution présentée au groupe de travail « Les Alternatives Historiques à la Production de Masse, MRASH, Lyon, Juin 1988.

ZEITLIN (J.), *Le triomphe de la négociation conflictuelle : Les relations industrielles dans la construction mécanique en Grande Bretagne 1880-1939*, in Reynaud (J.D.) et Alii, Les systèmes de Relations Professionnelles Examen critique d'une théorie, Ed. CNRS, Lyon (1990).

Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale

par Marie-Laure MORIN

Chargée de recherche CNRS LIRHE/Université de Toulouse 1

« Dialogue social et Territoires » (1), ce thème évoque des pratiques sociales et juridiques variées : négociation collective, action des institutions paritaires issues de la négociation, concertation multipartite, dont la dimension territoriale mérite d'être explorée (2). Dans cette contribution consacrée aux espaces de la négociation collective territoriale que nous aborderons ici au sens strict du Code du travail – c'est-à-dire la négociation et la conclusion d'accords collectifs de travail – on explorera les possibilités juridiques de cette dernière, pour les confronter aux différents enjeux du développement de ce niveau de négociation.

Les institutions juridiques de la négociation collective fournissent de nombreux espaces de négociation. Le Code du travail qui régit les conditions d'exercice du droit des salariés à la négociation collective (art. L. 131-1 C. du travail), ne détermine pas le choix du niveau de négociation. Ce choix est régi par le principe de la liberté contractuelle qui rend possible la négociation territoriale (3). Celle-ci a en réalité toujours existé, pourtant elle n'est guère utilisée aujourd'hui. Pourquoi ?

Notre hypothèse est la suivante : ce sont moins les règles juridiques qui font obstacle à la négociation collective territoriale, que la construction économique et sociale plus précise de ses enjeux, c'est-à-dire tout à la fois de son rôle et de ses acteurs dans l'ensemble de notre système conventionnel.

Nous sommes en effet ici tributaires d'une histoire dans laquelle le territoire n'a guère joué de rôle pour la régulation des relations d'emploi. Si l'on veut en résumer très sommairement quelques éléments centraux on peut avancer que :

— les relations d'emploi se sont construites depuis le début de ce siècle comme des relations binaires employeurs-salariés. Cette relation a été stabilisée dans un collectif de travail qui est d'abord celui de l'entreprise placée sous une direction commune (4). Le territoire du travail est d'abord le site de son exécution, c'est-à-dire celui de l'entreprise, ou plutôt de l'établissement, et non pas le territoire géographique de l'implantation de ce dernier ;

— ce territoire géographique peut être pris en compte pour la régulation du marché du travail, mais il ne l'est que de façon seconde. La régulation collective des relations d'emploi s'est construite principalement dans le cadre de conventions collectives de branche, dont le champ d'application pouvait être territorial (et il l'est resté en majorité jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale en raison de la faible concentration de l'appareil productif français), mais qui est principalement professionnel (la branche d'industrie). La convention collective, chacun le sait, est en France un « règlement de la profession », son économie est celle d'une loi secondaire permettant d'unifier les conditions de la concurrence sur le marché du travail, en congruence avec le marché des produits (la branche industrielle) et

(1) Cette contribution a été présentée dans le cadre du colloque organisé par l'association Avertir : « Dialogue social et Territoires » le 16 avril 1999 à Poitiers qui a abordé ces différentes dimensions du dialogue social territorial. Les différentes contributions, dont celle-ci, et les études de cas présentées lors de ce colloque feront l'objet d'un rapport publié sous la direction de J.M. Luttringer.

(2) Le développement économique et le développement de l'emploi dans les territoires font l'objet d'une très abondante littérature, la question du développement du dialogue social n'y est guère traitée.

(3) M.L. MORIN, « Le droit des salariés à la négociation collective Principe général du droit », *LGDJ* 1994.

(4) A. SUPLOT, « Groupe de société a et paradigme de l'entreprise », *Revue Trim de Dr. Comm.*, 1985 p. 85.

ceci dans un cadre national. Ceci tient d'une part, à la constitution en France, comme en Europe, d'ailleurs d'un syndicalisme d'industrie (5), d'autre part à l'architecture politique française. Le niveau national, dans notre pays est apparu le plus pertinent dans la mesure où c'est à ce niveau que s'est jouée la politique industrielle de la France (6). Dans d'autres pays comme l'Allemagne ou l'Espagne, la négociation territorialisée s'est davantage développée qu'en France, en raison des structures politiques. Pour autant il n'y a pas de véritable différence de nature ou d'objet dans la mesure où cette négociation territorialisée est aussi d'abord une négociation professionnelle (7).

Une telle construction laisse cependant des espaces de jeu importants, comme l'ont très bien montré les travaux sociologiques. Le choix du niveau de négociation, national, territorial ou d'entreprise (récemment) a toujours été un enjeu de la lutte sociale avant d'être affaire de règle de droit (8). En France comme ailleurs, le niveau territorial n'a été envisagé que comme un élément ou une variante de la négociation professionnelle. Cette variante répond cependant à des enjeux non négligeables. Elle traduit des principes d'agrégation différents ou des stratégies différentes de l'acteur patronal (9). On sait en effet que ce sont les contours des syndicats patronaux signataires qui déterminent le champ d'application des accords collectifs. On peut ainsi comprendre la persistance de négociation territoriale dans la convention de la métallurgie, comme la conséquence d'un principe d'agrégation large d'activités connexes ou similaires au sein d'un même ensemble patronal, dont l'objet principal a été le contrôle du marché local du travail. À l'inverse les branches fondées principalement sur le contrôle du marché d'un produit lié à des technologies particulières (ex. l'industrie du pétrole) ont inscrit assez naturellement la négociation collective dans un cadre national. Mais on sait que les organisations syndicales, et cela est net dans la métallurgie (peut-être moins dans le bâtiment), ont constamment lutté pour des conventions nationales au moins depuis la seconde guerre mondiale, ce qui va de pair avec la concentration de l'appareil productif.

Par rapport à cet héritage, le développement des interrogations contemporaines sur la pertinence d'un niveau territorial de négociation semble répondre à deux séries de préoccupations complémentaires.

Les premières concernent la régulation du marché du travail, objet primitif de la négociation de branche. Elles sont elles-mêmes doubles :

— le mouvement d'externalisation et de décentralisation productive qui caractérise la création de réseaux

d'entreprise et qui va de pair avec la mondialisation des marchés des produits, remet en cause le cadre professionnel national de négociation. Toutes les entreprises d'un même réseau n'appartiennent pas nécessairement à la même profession, le marché des produits lui-même n'est plus national. Dans ces conditions on s'interroge sur la pertinence du territoire, lieu d'implantation des grandes firmes et de leurs réseaux de sous-traitants, pour appréhender le marché du travail ;

— à ce mouvement s'ajoute, en France la décentralisation qui fait émerger les collectivités locales et au premier rang d'entre elles les Régions (mais demain peut-être les pays ou les agglomérations) comme des acteurs pertinents du développement économique.

Les secondes résultent de l'évolution des enjeux de la négociation collective. Ils ne concernent plus seulement la réglementation des conditions de travail et d'emploi, mais l'emploi lui-même, enjeu aujourd'hui majeur de la négociation collective et principalement de la négociation d'entreprise. Deux mutations profondes peuvent être observées ici.

D'une part, la réduction et l'aménagement de la durée du travail, la formation, l'adaptation à l'évolution des emplois sont devenus autant d'éléments d'une négociation de gestion qui cadre mal avec le modèle réglementaire de la négociation de branche ; la négociation sur les 35 h en est l'archétype. On mesure alors combien la négociation d'entreprise et la négociation de branche jouent des rôles différents, comme a tenté de le théoriser l'accord sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995.

Mais si la négociation d'entreprise est appelée à se développer avec un rôle propre, elle a aussi des limites. Des questions particulières se posent pour les petites entreprises et en particulier les plus petites d'entre elles, dont la mise en œuvre des 35 heures est révélatrice. D'autre part et peut-être surtout la transformation des relations d'emploi, le développement de la mobilité et de la précarité, ou le développement des relations interentreprises ont de multiples conséquences sur les conditions d'emploi que la négociation d'entreprise, ni d'ailleurs la négociation de branche, ne permettent pas réellement d'appréhender. Si comme l'écrit, A. Supiot, le défi est de construire aujourd'hui au-delà de la sécurité de l'emploi, la sécurité des carrières (10), la négociation territoriale ou la négociation interentreprises ne peuvent-elles être des éléments de réponses ?

Tant la mutation du système productif que celles des relations d'emploi conduisent donc aujourd'hui à s'interroger sur la pertinence du territoire comme nouveau

(5) Cf. la définition juridique de l'objet du syndicat, qu'il soit patronal ou salarié : la représentation des intérêts de la profession a conduit les partenaires sociaux à construire très tôt la négociation collective dans le cadre de la branche comme l'a montré A. LYON-CAEN : « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in Jobert et alii (ed.), *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau*, Cereq coll. Études n° 65, 1993.

(6) J. SAGLIO, « La transformation des relations professionnelles en France », in *Travail Activité Emploi, nouvelles formes nouvelles règles*, à paraître, 1999, La Documentation Française.

(7) En Allemagne par exemple si les conventions collectives de branche sont négociées dans les Länder, la négociation d'une convention dans un Land sert de modèle dans les autres.

(8) F. SELLIER « La problématique du niveau dans les négociations collectives », *Lest note* 84/14.

(9) J. SAGLIO, « La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles », *Travail et Emploi*, 1991 p. 26.

(10) A. SUPIOT (ss. la direction de), « Au-delà de l'emploi, les transformations du droit du travail en Europe », Flammarion, 1999.

point d'ancrage de la négociation collective, de la même façon qu'il se cherche comme point d'ancrage politique.

Cependant d'un point de vue juridique, le territoire peut entrer en scène de façon très différente ; c'est ce que nous essayerons de préciser tout d'abord, pour confronter ces possibilités juridiques aux quelques enjeux que nous venons d'esquisser.

I. — LES POSSIBILITÉS JURIDIQUES DE NÉGOCIATION COLLECTIVE TERRITORIALE

D'un point de vue assez théorique on peut opposer la négociation territorialisée, où le territoire est un facteur second de détermination de l'espace de négociation, à la négociation territoriale où le territoire est le facteur premier. Le Code du travail comporte des dispositions générales qui permettent l'une ou l'autre, mais il comporte aussi des dispositions plus spécifiques (et en particulier les dispositions de l'art. L. 132-30 sur la négociation de site) qui permettent de situer l'originalité de la négociation territoriale, lorsque le territoire est le principe premier de constitution du cadre de la négociation collective.

I.1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET NÉGOCIATION TERRITORIALISÉE

L'art. L. 132-5 du Code du travail dispose que les conventions et accords collectifs de travail déterminent leur champ d'application professionnel et territorial. Le champ d'application professionnel doit être lui-même défini en terme d'activités économiques. La configuration la plus évidente et la plus fréquente, celle que vise principalement le Code du travail, est donc la négociation collective de branche territoriale, qu'il s'agisse de négociations de conventions locales : branches professionnelles purement locales, branches pour lesquelles les conventions sont principalement locales, sous réserve d'accords nationaux (la Métallurgie, le Bâtiment), ou qu'il s'agisse d'avenants locaux d'accords nationaux. L'examen des bilans récents de la négociation collective montre que ces avenants locaux sont en diminution et que la négociation professionnelle locale n'est pas d'une grande vivacité (11).

La négociation d'entreprise, elle aussi peut être territorialisée. Elle peut d'abord l'être à l'intérieur de l'entreprise elle-même et l'on songe à la négociation d'établissement. Cette négociation est possible, l'art.

L. 132-19 l'envisage, elle est d'ailleurs fréquente. Mais en matière de négociation annuelle, la jurisprudence a pris une position assez restrictive, et exige l'accord de l'ensemble des organisations syndicales présentes dans l'entreprise (12).

La négociation d'entreprise peut être cependant territorialisée sous deux autres formes.

— Elle peut l'être dans le cadre d'une négociation interentreprises pour des entreprises situées sur un même territoire. L'art. L. 132-2 C. trav. déjà cité permet en effet la négociation collective avec une ou plusieurs entreprises (ce qui n'est pas la même chose qu'une négociation avec un groupement patronal). La jurisprudence traite par exemple la négociation de groupe comme une négociation interentreprises (ici le principe d'agrégation est l'existence de liens financiers et non le territoire).

La jurisprudence a d'ailleurs dégagé à propos de la négociation de groupe deux solutions applicables à la négociation interentreprises territorialisée. Tout d'abord la négociation interentreprises suit le régime juridique de la négociation d'entreprise (13), ce qui suppose la signature des délégués syndicaux (ou de salariés mandatés) et des employeurs de chaque entreprise. En second lieu et pour la même raison chaque entreprise reste soumise à sa convention collective professionnelle (art. L. 132-23 C. trav.). De ce fait les espaces de négociations sont réduits sauf si les différents accords de branche sur tel ou tel sujet sont des accords-cadres qui laissent une certaine latitude à la négociation d'entreprise.

C'est précisément pour éviter les difficultés résultant de l'application de plusieurs conventions collectives professionnelles que les dispositions légales sur les groupements d'employeurs permettent le choix d'une convention collective unique. Mais là encore l'appartenance des membres du groupement à des secteurs professionnels différents peut être une source de difficulté pour le choix d'une convention collective. Afin de la contourner, les membres du groupement peuvent faire prévaloir leur implantation territoriale commune sur leur appartenance professionnelle différente. On peut en effet se demander s'il n'est pas possible de négocier la convention collective de référence entre l'ensemble des entreprises du groupement et un ou plusieurs syndicats représentatifs locaux dans le cadre des dispositions de droit commun de l'article L. 132-2 (14), ou mieux dans le cadre de l'art. L. 132-30. Une telle solution relève d'une problématique de négociation territoriale et non plus d'une territorialisation de la négociation.

(11) Il résulte ainsi du bilan de la négociation collective de 1997 que le nombre de conventions régionales ayant eu un avenant est tombé de 35 en 1991 (soit 29 % des conventions) à 23 soit 22,3 % en 1997 et respectivement de 61 (20,4 %) à 51 (17,8 %) pour les conventions départementales. À propos de la négociation territoriale dans la métallurgie : E. GAZON, « La décentralisation des négociations collectives dans la métallurgie, limites et différenciation », *Travail et Emploi*, n° 65, 195, p. 39.

(12) Soc. 21 mars 1991, *Bull. civ. V* n° 139.

(13) Soc. 29 juin 1994, *Dr. soc.* 1995 p. 47, obs. J. SAVATIER.

(14) Le texte de l'art. L. 132-2 semble permettre cette solution. Mais dans la mesure où la jurisprudence considère que la négociation interentreprises suit le régime de la négociation

d'entreprise on peut se demander si un tel accord ne doit pas être négocié dans le cadre des dispositions relatives à la négociation d'entreprise (art. L. 132-19 et suivants, loi du 12 novembre 1996 ou dispositions spécifiques au mandatement dans le cadre de la loi du 13 juin 1998) c'est-à-dire avec les délégués syndicaux des entreprises du groupement ou des salariés mandatés. La seconde question est celle de savoir si un accord interentreprises peut être équivalent à la convention collective professionnelle visée par le Code du travail. Si on considère que l'accord collectif de référence doit valoir accord professionnel, il devrait être négocié pour la partie patronale par une union patronale à qui les membres du groupement auraient donné mandat, ou dans les conditions de l'art L. 132-30, ce qui suppose que toutes les entreprises du groupement aient moins de 50 salariés.

I.2. DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET NÉGOCIATION TERRITORIALE

L'art. L. 132-5 C. trav. permet aussi la négociation interprofessionnelle locale. Rien n'interdit en effet à un ensemble de syndicats professionnel locaux, ou à une union patronale locale de signer un accord, le champ d'activité professionnelle étant défini alors par le champ professionnel de chaque syndicat (ou des adhérents à l'Union patronale). L'art. L. 132-2 C. trav. qui indique qu'est accord collectif tout accord signé par un ou plusieurs employeurs ou un groupement d'employeurs, permet d'ailleurs par principe ce type de négociation d'emblée territoriale.

Sur un plan juridique, la négociation interprofessionnelle locale pose deux questions.

La première est celle de l'habilitation du groupement interprofessionnel pour négocier lorsque la négociation est le fait d'une union patronale interprofessionnelle. Le groupement d'employeurs doit disposer en effet d'un mandat pour négocier (art. L. 132-3 C. trav.). Si le groupement professionnel dispose en général de ce mandat statutairement (ce qui permet une négociation avec plusieurs syndicats professionnels), il n'en va pas forcément de même pour une union patronale locale. Dans la mesure où ce mandat existe et où l'union patronale locale est représentative, le régime de l'accord interprofessionnel local est absolument le même que celui de tout accord collectif, il peut donc être étendu.

La seconde question porte sur l'application de l'accord dans telle ou telle entreprise : la soumission à un accord interprofessionnel n'exclut pas l'application des accords professionnels en vigueur (sauf dans l'hypothèse du groupement d'employeurs évoqué plus haut). Il peut donc y avoir des concours d'accords réglés par l'application de l'art. L. 132-13 du Code du travail, selon lequel une convention ou accord ne peut comporter de disposition moins favorable qu'un accord territorial ou professionnel plus large. La convention de branche nationale l'emporte donc sur l'accord local.

De ce fait l'accord interprofessionnel local ne peut pas avoir le même rôle qu'un accord interprofessionnel national. Les accords interprofessionnels nationaux sont souvent des accords d'orientation ou des accords-cadres qui dirigent la négociation de branche. L'accord interprofessionnel local au contraire doit, sans contredire les accords de branche existants, assurer leur mise en application, traiter des questions qu'ils ne règlent pas, voire servir pour les petites entreprises dépourvues de délégués syndicaux d'accord d'entreprise. Et c'est bien pourquoi la dimension territoriale de l'accord est ici première. L'accord interprofessionnel local peut alors jouer un double rôle réglementaire sur certains points ou certains enjeux que la branche ne peut pas aborder, ou de substitut à la négociation d'entreprise.

Or c'est bien ce double rôle que le législateur confie aux négociations de site qu'il organise spécifiquement.

I.3. L'ART. L. 132-30 ET LA NÉGOCIATION TERRITORIALE

L'art. L. 132-30 figure parmi les dispositions relatives à la négociation d'entreprise. Il autorise des ensembles d'entreprises au plan local ou départemental, professionnel ou interprofessionnel (tour de bureaux, galerie marchande etc...) à négocier un accord collectif avec un ou plusieurs

syndicats représentatifs. L'art. L. 132-30 se présente donc d'abord comme une négociation interentreprises que l'art. L. 132-2 rend déjà possible. Il permet de surmonter l'absence syndicale dans ces petites entreprises puisque l'interlocuteur syndical est ici le ou les syndicats représentatifs locaux. Mais la localisation des entreprises est bien dans l'esprit du texte l'un des facteurs premiers de leur regroupement pour la négociation.

En tant qu'accord interentreprise, l'accord, et c'est là sa principale originalité, peut créer une commission paritaire chargée d'une part de la négociation, d'autre part de l'examen des réclamations individuelles ou collectives ; enfin et surtout, l'accord peut prévoir des modalités spécifiques de représentation du personnel pour les salariés de ces entreprises et la désignation ou l'élection de délégués remplissant les fonctions de délégués du personnel.

La fonction de l'accord de site est donc à la fois une fonction de substitut de la négociation d'entreprise, dans le respect des accords de branche applicables aux différentes entreprises du site, et une fonction d'organisation des relations professionnelles au niveau local.

Ces accords de site ne se sont pas beaucoup développés, néanmoins, ils peuvent connaître de nouveaux développements avec la mise en œuvre des 35 h comme le montrent les deux accords signés le 21 janvier 1999 par l'UPA du Tarn, d'une part, tous les syndicats représentatifs de salariés d'autre part. Le premier accord porte sur la réduction du temps de travail ; il s'agit d'un accord interprofessionnel départemental, dont l'objet est de permettre une mise en œuvre directe des 35 h dans les entreprises artisanales du Tarn, dans le respect des dispositions des conventions de branche applicables à chaque entreprise. Mais il prévoit également des possibilités de modulation du temps de travail subordonnées pour leur part à la conclusion d'un accord d'entreprise avec un salarié mandaté. À cet égard il se présente davantage comme un accord interprofessionnel local qui encadre la négociation d'entreprise sur un objet précis. Le second est un protocole d'accord prévoyant la mise en place d'une commission paritaire interbranche, conclu dans le cadre de l'art. L. 132-30. Les deux accords sont étroitement complémentaires, car la commission interbranche est chargée de suivre l'application du premier accord, elle est systématiquement informée des accords d'entreprise conclus, ou de l'application directe de l'accord cadre et des accords de branche.

Cet ensemble conventionnel est particulièrement intéressant. Il montre bien que la négociation territoriale, pour autant que l'on envisage ce niveau en lui-même, peut jouer un rôle original pour les petites entreprises, qui n'est ni tout à fait celui de la négociation de branche, ni tout à fait celui de la négociation d'entreprise. Comme l'accord de branche, elle peut avoir pour objet la définition des conditions d'emploi générales et avoir une fonction réglementaire ; comme l'accord d'entreprise, elle peut avoir pour objet de mettre en œuvre les accords professionnels ou interprofessionnels.

Certes on sait que les accords de branche jouent souvent le rôle de « voiture balai » pour les petites entreprises en l'absence de négociation (15). La loi sur les

(15) Cette fonction est explicitement envisagée par l'accord sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995.

35 h a d'ailleurs prévu que les accords pouvaient être d'application directe dans les entreprises de moins de 50 salariés. Mais on voit bien que, pour des toutes petites entreprises où le mandatement peut être difficile, l'accord interprofessionnel local peut jouer un rôle plus dynamique et créer des relations collectives sur une base locale, conforté par l'institution de la commission paritaire, là où la négociation de branche ne peut pas jouer ce rôle.

À examiner les possibilités de négociation territoriales ou territorialisées, on voit donc qu'elles sont nombreuses, mais qu'elles ne remplissent pas toutes le même rôle, qu'elles supposent aussi que de nouveaux acteurs entrent en scène. Ce sont là deux des enjeux principaux du développement de la négociation territoriale.

II. — LES ENJEUX DU DÉVELOPPEMENT DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE TERRITORIALE

Si la négociation territoriale est juridiquement possible, son développement appelle probablement une réponse à deux questions : celle de la définition plus précise de son rôle et de ses objets dans l'ensemble de notre système conventionnel d'une part, celle de la constitution de ses acteurs d'autre part. Elles sont complémentaires, car c'est bien autour de la définition d'intérêts collectifs communs, que des acteurs peuvent se constituer pour porter la négociation territoriale (16).

II.1. RÔLE ET OBJETS DE LA NÉGOCIATION TERRITORIALE

On l'a souligné, la négociation collective, aujourd'hui, est tantôt une négociation réglementaire (normative) sur les conditions d'emploi, tantôt une négociation de gestion sur l'emploi lui-même. La négociation territoriale peut, nous semble-t-il, s'inscrire à l'intersection de ces deux axes, en se saisissant d'objets particuliers que ni la négociation de branche ni la négociation d'entreprise ne peuvent pleinement saisir et en jouant tantôt un rôle réglementaire tantôt un rôle de gestion. Il s'agit au fond, sinon de substituer, au moins d'ajouter à la problématique Branche/Entreprise, une problématique Territoire/Interentreprises.

a) Solidarité territoriale et emploi

L'une des principales questions posées aujourd'hui est celle de savoir si le territoire est un bon niveau soit pour opérer une certaine régulation locale du marché du travail et principalement de l'emploi atypique, soit pour développer de nouveaux modes de gestion interentreprises de ce type d'emploi.

Sur le premier point, les questions relatives à la formation sont les premières qui viennent à l'esprit, compte tenu de la décentralisation des compétences des pouvoirs publics en la matière. Toutefois, si cette décentralisation a suscité le développement de divers lieux de concertation et si des structures paritaires interprofessionnelles régionales se sont développées (AGEFOS PME, Opcareg), cela n'a guère pour le moment favorisé le développement d'une négociation sur le sujet, en raison de la tension existant entre la logique de branche et la logique territoriale (17). Les travaux en la matière montrent que la logique de branche prend difficilement en compte certaines questions particulièrement importantes d'un point de vue territorial, comme celles des publics en difficulté. Les contrats d'objectifs conclus à un niveau régional pourraient cependant être un moyen de surmonter cette difficulté en situant les enjeux propres de l'action régionale ; ils pourraient être aussi un facteur de développement de la négociation collective s'ils s'appuyaient eux-mêmes sur des accords collectifs. Mais ce n'est guère le cas pour le moment, et il faut probablement s'interroger sur les raisons de cette situation. Peut-être est-ce parce que l'enjeu de telles négociations est moins la réglementation des conditions d'emploi, que la prise en charge par les différents partenaires du concours qu'ils peuvent apporter au développement économique local et à la construction de parcours d'emploi.

L'emploi atypique a provoqué pour sa part la signature de quelques rares accords locaux, en particulier sur l'emploi des saisonniers (18). Ce type de négociation est plutôt une négociation réglementaire sur les conditions d'emploi. On pourrait tout à fait envisager de faire de même pour l'emploi à temps partiel (conditions dans lesquelles un salarié à temps partiel qui a plusieurs employeurs peut être employé (obligation de s'accorder sur les périodes de congés par exemple, conditions d'harmonisation des horaires de travail etc.).

Cette négociation peut être une négociation professionnelle locale (si les entreprises appartiennent à la même branche, dans l'hôtellerie, les stations de sport d'hiver par exemple, en complément de l'accord de branche) ou une négociation interprofessionnelle locale. Les dispositions de l'art. L. 132-30 pourraient être aussi utilisées dans un bassin d'emploi par exemple, mais elles ont l'inconvénient d'exclure les entreprises de plus de 50 salariés. Là aussi des enjeux nouveaux apparaissent aujourd'hui peu appréhendés dans le cadre des branches qui négocient prioritairement sur l'emploi typique.

Une telle négociation locale sur les conditions d'emploi n'est pas exclusive d'une négociation d'entreprise sur l'emploi partagé. On peut songer par exemple à des accords interentreprises sur l'emploi d'une ou plusieurs personnes. L'accord ne concernera alors, à la différence d'un accord signé pour la partie patronale par une

(16) Sur cette problématique qui envisage la négociation collective comme une action collective qui se construit à partir d'intérêts collectifs communs cimentant une collectivité, M.L. MORIN, 1994, précité pp. 263 et ss.

(17) A. JOBERT, « Patronat et syndicats face à la régionalisation de la formation professionnelle en France », Scuola Democratica, n° 1, 1996 p. 101.

(18) Ex accord interprofessionnel (Vercors), du 6 mai 1997 sur le travail saisonnier qui a pour objectif « de mettre en place un cadre juridique favorisant une relation de travail durable au delà d'une saison » selon le préambule de l'accord (accord cité lors du colloque de Poitiers, préc.).

union locale, que des employeurs déterminés. Son objet peut porter sur les conditions d'emploi de la personne, comme le premier type d'accord, mais aussi sur la gestion de l'emploi lui-même (accord sur les périodes de formation par exemple, sur les périodes de congés etc.). Nous ne connaissons pas d'accord de ce type, est-ce à dire qu'une telle perspective est irréaliste ?

En tout cas pour le moment celle des groupements d'employeurs lui a été préférée. Il est vrai que cela permet non seulement de partager l'emploi mais plus encore de le mutualiser en reconfigurant la figure de l'employeur. Le groupement peut être alors aussi le lieu d'une négociation collective commune (cf. *supra*). Le développement des groupements d'employeurs dans l'agriculture souligne l'importance que joue probablement la similitude des emplois conjuguée aux traditions de solidarités territoriales pour le succès d'une telle dynamique qui se développe aujourd'hui dans l'artisanat.

S'il est vrai que les groupements d'employeurs font preuve d'une certaine dynamique, on doit cependant constater que les réponses au développement de la précarité de l'emploi résident davantage aujourd'hui dans la reconstitution de la figure de l'employeur sous les traits d'un tiers employeur (intérim, association intermédiaire voire société de portage) pour assumer la responsabilité de l'emploi que l'utilisateur du travail ne veut ou ne peut pas prendre. Les groupements d'employeurs au contraire, ou de façon plus prospective le contrat d'activité du rapport Boissonnat (19) cherche à réinternaliser la responsabilité de la relation d'emploi en la mutualisant. Et cette réinternalisation a évidemment une dimension territoriale.

Les perspectives ouvertes par la proposition du contrat d'activité, ont en effet pour principal objectif la mutualisation des relations d'emploi et la construction de parcours d'emploi plus ouverts. Mais elles ont aussi une dimension territoriale : le contrat d'activité tel que le décrit le rapport peut aussi fournir le cadre de négociations collectives territoriales, incluant différents acteurs locaux, pour définir les conditions dans lesquelles les salariés pourront développer ces trajectoires personnelles diversifiées. Or on peut se demander si la mutualisation des relations d'un côté et l'organisation de trajectoires diversifiées dans un cadre territorial, sans être exclusives l'une de l'autre, relèvent bien de la même démarche juridique. La première renvoie à une problématique élargie de groupement d'employeurs, la seconde davantage à une négociation interentreprises, ou mieux à une négociation interprofessionnelle locale, ou à une négociation de site (L. 132-30 C. trav.).

La négociation sur la réduction du temps de travail dans les petites entreprises le montre bien. La mise en œuvre de la loi Aubry peut susciter et suscite en effet toutes ces formes de négociation. L'accord Usat du Tarn déjà cité est une négociation de site sur les 35 h. Il

n'est nullement exclusif d'un mouvement de création de groupements d'employeurs pour partager les créations d'emplois nés de la réduction du temps de travail. L'Union artisanale du Tarn s'est d'ailleurs engagée dans le soutien résolu à la création de groupements d'employeurs, à la faveur de la réduction du temps de travail. Dans d'autres circonstances, et à l'initiative du CJD, ce sont au contraire des négociations interentreprises qui ont été suscitées.

Il résulte de ces quelques observations, destinées à alimenter le débat, que la négociation territoriale sur l'emploi peut chercher d'une part à définir les conditions de formation et de mobilité qui permettent de construire des trajectoires d'emploi pour des personnes en difficulté, ce qui nous semble relever d'une négociation plutôt de type réglementaire dont l'enjeu est à la fois l'emploi et le développement économique et social local (le système d'emploi local), d'autre part la mutualisation de la relation d'emploi elle-même ce qui relève davantage d'une négociation interentreprises ou de la constitution de groupements.

b) Solidarité territoriale et sous-traitance

La problématique centrale ici est aussi celle de l'organisation des relations interentreprises. Mais là encore différentes options sont possibles : faut-il le faire dans le cadre de négociations interentreprises donneurs d'ordre sous-traitant, ou faut-il agir dans le cadre de négociations territoriales permettant d'appréhender les réseaux de production localisés que le développement des relations de sous-traitance met en place ? Dans le cadre de ce papier de problématique on ne donnera que de très brèves indications (20).

Le développement des relations de sous-traitance conduit au développement de relations triangulaires que l'on qualifiera de relations de « coactivité », donneur d'ordre, sous-traitant, salariés (21). Le droit du travail connaît les relations entre le donneur d'ordres et ses salariés, entre le sous-traitant et ses salariés, il ne connaît pas toutes les autres relations qui peuvent s'établir entre les salariés des entreprises qui travaillent ensemble, entre le donneur d'ordres et les salariés du sous-traitant etc. Les relations donneur d'ordres-sous-traitant sont régies pour leur part par les règles du droit commercial, à l'exception de quelques dispositions protectrices en faveur des salariés du sous-traitant qui figurent dans la loi de 1975 sur la sous-traitance de marché.

La sous-traitance conduit en réalité une coactivité à un double niveau :

- coactivité des entreprises qui participent à un processus productif commun,
- coactivité de travail, lorsque les salariés du sous-traitant travaillent sur le site du donneur d'ordre ou

(19) « Le travail dans vingt ans », Odile Jacob, 1997.

(20) Pour une approche plus complète, M.L. MORIN (ss la direction de), « Sous-traitance et relation salariale », rapport LIRHE au CGP, 1994 ; « Relations de travail et réseaux d'entreprise localisés », note LIRHE n° 239, 1997, « Sous-traitance et coactivité », *Revue juridique de l'île-de-France*, n° 39 40 1996.

(21) Le terme de coactivité est utilisé par la circulaire d'application du décret du 20 février 1992 sur les travaux effectués dans un établissement par une entreprise extérieure. Sur les développements possibles de cette notion, A. SUPLOT, 1999, préc.

lorsque plusieurs entreprises travaillent sur un même chantier.

Ces deux « coactivités » qui se superposent parfois, n'appellent pas exactement les mêmes réponses juridiques.

L'effet de la première est radical : le donneur d'ordre n'est pas responsable des conditions d'emplois de son sous-traitant, ni d'ailleurs de l'emploi des salariés de ce dernier, lorsque par exemple la perte d'un marché entraîne des licenciements chez le sous-traitant. Les deux entreprises n'ont pas nécessairement la même convention collective etc.. À cet égard la sous-traitance apparaît à la fois comme un nouveau mode de gestion productive et comme un nouveau mode de gestion de l'emploi sur des marchés élargis pour répondre à des impératifs de flexibilité et de compétitivité. Il est très clair ici que ni la négociation de branche ni la négociation d'entreprise ne permettent de réguler ce mode de gestion de l'emploi.

Pour autant, déterminer dans quelles conditions la protection des travailleurs et la régulation du marché de l'emploi peuvent être assurées, en tenant compte de cette transformation profonde de nos organisations productives, demeure une entreprise difficile. Aussi bien au niveau international (la réflexion sur l'élaboration d'une convention sur la sous-traitance au BIT est en cours depuis plusieurs années (22) ; au niveau européen, le rapport Supiot aborde aussi ce problème et pose la question de l'insertion d'une clause sociale dans les contrats de sous-traitance), qu'au niveau français, l'interrogation existe, mais elle est loin d'être résolue. Trois voies semblent possibles :

— la première est celle des chartes de sous-traitance réglant les relations entre donneur d'ordre et sous-traitants. Il en existe dans certaines branches professionnelles comme le textile par exemple. Mais ces chartes n'abordent guère que les relations économiques entre entreprises, pas les relations sociales ou les conséquences sociales des relations de sous-traitance. La raison principale tient à ce que dans les branches professionnelles la partie patronale forme une unité, et qu'il faudrait d'abord une négociation à l'intérieur de la partie patronale entre donneur d'ordre et sous-traitant pour permettre la négociation sociale. On voit cependant aujourd'hui se développer des conventions collectives de travailleurs indépendants (23), qui pourraient fournir un modèle pour le développement de conventions collectives donneurs d'ordre-sous-traitants ;

— la seconde est celle de la négociation interentreprises, entre un donneur d'ordre et ses sous-traitants, qui pourrait traiter des garanties sociales du contrat de sous-traitance (principe d'égalité de traitement, notamment en matière de salaire, formation des salariés du sous-traitant, éventuelles conditions de reclassement en cas de difficulté d'emploi, etc...). Nous ne connaissons

aucun accord de ce type, même si certaines grandes firmes ont développé des actions en faveur de leurs sous-traitants. Il y a certainement des raisons économiques à cela. Mais il y a aussi des raisons structurelles. Les relations de sous-traitance sont des relations contractuelles qui ne sont pas forcément pérennes. Pour que la négociation interentreprises puisse se développer il faudrait que les relations de partenariat entre firmes soient elles-mêmes des relations durables ;

— la troisième est la négociation interprofessionnelle locale sur les conditions sociales des contrats de sous-traitance. Une telle négociation pourrait porter sur les conditions dans lesquelles le principe d'égalité de traitement peut être appliqué (pour autant que le salarié du sous-traitant occupe un emploi similaire à celui du donneur d'ordre), la directive européenne sur la prestation de service du 16 décembre 1996 (24) peut fournir ici les principes sur lesquels une telle harmonisation pourrait reposer ; elle pourrait aussi porter sur les conditions dans lesquelles le donneur d'ordre peut être tenu de participer au reclassement des salariés du sous-traitant dans la mesure où les difficultés d'emploi lui sont imputables (participation à des cellules de reclassement par exemple). À notre sens il s'agit probablement de la voie la plus praticable, car il y a un précédent. Un des points de départ de la négociation collective au tournant du siècle fut en effet l'obligation pour toute entreprise soumissionnant à un marché de travaux publics de respecter les règles sociales en usage dans sa profession, telles qu'elles pouvaient être établies à l'époque par les usages professionnels ou les prud'hommes. Ne pourrait-on de la même façon fonder une clause sociale dans les contrats de sous-traitance à partir d'un accord interprofessionnel local ? Tout le problème est de savoir si les acteurs locaux sont prêts à engager des négociations de ce type.

La coactivité de travail, celle qui concerne les salariés de plusieurs entreprises qui travaillent ensemble sur un même site appelle probablement des réponses de nature un peu différente. Des dispositions légales et réglementaires existent déjà en la matière, tant en matière d'hygiène et de sécurité qu'en matière de relations professionnelles (audition des délégués syndicaux des entreprises sous-traitantes lors de la négociation annuelle sur les salaires dans l'entreprise donneur d'ordre, possibilités de créer un comité interentreprise etc.). On pourrait probablement s'appuyer sur ces quelques dispositions pour permettre aux salariés qui travaillent sur le site d'avoir très concrètement accès aux mêmes avantages sociaux (restauration par exemple). Une négociation interentreprises pourrait aborder ce type de question, ainsi que celles relatives aux conditions d'application du principe d'égalité de traitement lorsque les salariés du sous-traitant occupent des emplois similaires à ceux du donneur d'ordre.

(22) Le travail en sous-traitance, rapport aux 85 et 86^{èmes} sessions de la conférence internationale du Travail, BIT Genève, 1997 et 1998.

(23) Par exemple la convention collective des agents d'assurances avec les compagnies d'assurance : J. BARTHÉLÉMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants », *Droit social*, 1997 p. 40.

(24) Directive n° 96/71/CE, M.A. MOREAU, « Le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de service », *Journal de droit international* 1996 n°4. L'art. D. 341.5 C. trav. introduit par la loi quinquennale, poursuit le même objectif que la directive.

Les développements qui précèdent montrent qu'il est possible de dégager des enjeux spécifiques pour la négociation territoriale. La sous-traitance ou plus généralement le développement des réseaux d'entreprises donnent une base très concrète qui permet de dégager entre les salariés des intérêts communs qui peuvent être source d'action collective et de négociation collective. Mais encore faut-il que les acteurs de ces négociations, qu'il s'agisse d'acteurs interprofessionnels locaux ou d'acteurs interentreprises, se constituent.

II.2. QUELS ACTEURS

Les enjeux de la négociation territoriale sont, on vient de le voir, nombreux. Ils n'entrent pas forcément en contradiction avec la négociation de branche ou la négociation d'entreprise. Les acteurs existent aussi. Les organisations patronales et syndicales ont des unions locales. Le droit ici n'a que très peu de choses à dire, car il laisse de larges possibilités, sous réserve de l'habilitation pour négocier, qui est une affaire interne. Où sont alors les difficultés ?

La première tient à la constitution des syndicats patronaux et des syndicats de salariés principalement dans le cadre des branches. C'est bien parce qu'ils y sont puissants et organisés, qu'ils s'y connaissent aussi, qu'ils préfèrent négocier dans ce cadre, alors que les structures locales, si elles existent, sont beaucoup plus faibles. Au demeurant, dans de nombreux domaines, la négociation sectorielle garde toute sa pertinence.

Toutefois par rapport aux enjeux que nous venons de développer, le mandatement des salariés dans les petites entreprises peut faire évoluer la situation. Alors que la négociation d'entreprise dans les grandes entreprises a eu plutôt pour effet de couper la négociation d'entreprise des réalités locales, et que la négociation de branches demeure éloignée des entreprises, le mandatement peut être un moyen pour les organisations syndicales locales de créer des liens avec le tissu de petites

entreprises locales. Mais il serait ici intéressant de savoir si dans les différentes organisations le mandatement est effectué principalement par les syndicats de branche, ou par les unions locales.

L'intervention des pouvoirs publics locaux peut aussi aider à la constitution des acteurs sur les nouveaux enjeux que nous venons d'évoquer. Mais ce qui se passe dans le domaine de la formation par exemple, montre bien qu'il ne suffit pas que les partenaires sociaux siègent dans de multiples organismes, ni même qu'il y ait de multiples lieux de concertation sociale, pour que cela conduise automatiquement à la négociation collective (25). Le principe même de l'intervention des pouvoirs publics locaux dans la négociation collective locale, est aussi discutable. Ils peuvent certes aider au développement du dialogue social au niveau territorial, et un certain nombre d'entre eux le font à propos de la mise en œuvre des 35 h, encore faut-il que les actions conduites dans ce domaine se fassent dans le strict respect du pluralisme syndical. Mais ils peuvent cependant favoriser le développement de la négociation collective en subordonnant leur intervention, dans les domaines qui sont de leur compétence (la formation, le développement de l'emploi local) à la conclusion d'accords collectifs.

La question des acteurs fait donc apparaître un nouveau champ de questionnement, sur un sujet qui n'en manque pas... ■

(25) JACQUIER (J. P.) BASSEL (H.) : « La représentation sociale territoriale, premier essai de mesure et d'évaluation », *La revue de L'ires*, n° 25, 1997, p. 89. Ce très intéressant travail montre la multitude d'instances dans lesquelles les partenaires sociaux sont présents au niveau local.

Accord départemental sur la réduction du temps de travail dans les entreprises artisanales du Tarn

(Groupement des entreprises adhérentes aux Organisations Artisanales Tarnaises)

Entre :

— L'Union Professionnelle Artisanale du Tarn (UPA 81), et l'Union Syndicale Artisanale Tarnaise (USAT)

d'une part,

Et :

— La Confédération Française Des Travailleurs - (CFDT),

— La Confédération Générale des Cadres, Techniciens, Agents de Maîtrise et Assimilés (CFE-CGC),

— La Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC),

— La Confédération Générale des Travailleurs (CGT),

— La Confédération Générale des Travailleurs - Force Ouvrière (CGT-FO)

d'autre part.

Préambule

En regard de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation relative à la réduction du temps de travail, les partenaires sociaux reconnaissent la nécessité d'organiser la réduction du temps de travail par la voie d'un accord collectif cadre départemental interbranches pour les entreprises adhérentes aux organisations artisanales tarnaises, conformément à la circulaire du

24 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail, fiche n° 3, article 2 « La négociation d'un accord professionnel ou interprofessionnel non étendu » et ce, afin de contribuer à améliorer les conditions de travail des salariés.

Les partenaires sociaux conviennent que la mise en œuvre de cet accord dans l'entreprise peut se faire sans mandatement syndical si aucune application de modulation du temps de travail n'est pratiquée et s'il s'accompagne du maintien du salaire brut mensuel de base.

Dans l'intérêt général du secteur artisanal, les parties signataires conviennent de la nécessité de combattre le travail illégal.

Elles réaffirment enfin leur volonté que soit assurée, dans toute la mesure du possible, la stabilité de l'emploi, et considèrent donc que les entreprises doivent limiter le recours au travail temporaire à des circonstances exceptionnelles.

Article 1 - Clause de caducité

Les partenaires sociaux conviennent qu'une négociation paritaire sera engagée régulièrement une fois par trimestre au minimum sauf en cas de nécessité due à l'actualité sociale.

Article 2 - Champ d'application

Est concerné par le présent accord, l'ensemble des salariés (ouvriers, ETAM et cadres) occupés dans les entreprises adhérentes aux organisations artisanales tarnaises membres de l'UPA 81.

Article 3 - Mise en œuvre de la réduction du temps de travail

À compter du premier jour du mois civil suivant sa signature, cet accord permet à toute entreprise relevant de son champ d'application d'adopter un horaire collectif qui traduise une réduction du temps de travail d'au moins 10 % de la durée initiale, sans porter le nouvel horaire de référence au-delà de 35 heures hebdomadaires en moyenne annuelle.

La signature d'une convention entre ladite entreprise et l'État, conformément aux termes de la loi sus-indiquée, rend effective la réduction du temps de travail dans l'entreprise.

La réduction du temps de travail et ses modalités de mise en œuvre pourront prendre les formes suivantes :

— application des dispositions contenues dans les accords de branches étendus ;

— conclusion d'un accord par salarié mandaté par un syndicat dans le cas d'une modulation sur l'année du temps de travail et de la modalité particulière sur le temps de travail,

— application des dispositions minimales qui suivent.

Dans tous les cas de figure, la commission paritaire interbranches sera informée du contenu de l'accord d'entreprise, avant le conventionnement.

Les salariés des entreprises artisanales concernées font l'objet d'une information écrite adressée à chaque salarié, 30 jours avant la prise d'effet.

Cette information comprend les nouveaux horaires de travail, la nouvelle organisation du travail, la rémunération. De plus il doit être stipulé que chaque salarié peut faire appel pour conseil, à un des syndicats de salariés signataires, membre de la commission paritaire interbranches dont la liste et les adresses sont jointes à la lettre.

Article 4 - Rémunération

La réduction du temps de travail n'entraînera pas de baisse de rémunération calculée sur la base de 39 heures hebdomadaires (35 heures payées 39 heures par exemple).

La rémunération des nouveaux embauchés ne peut être inférieure aux salaires minimaux conventionnels mensuels ni au SMIC mensuel en vigueur.

Article 5 - Contingent annuel d'heures supplémentaires

D'ici le 1^{er} janvier 2002 et dans l'attente de la loi à paraître à l'automne 1999, le contingent annuel d'heures supplémentaires reste fixé dans les conditions de la convention collective de branche applicable à chaque entreprise.

Article 6 - Temps partiel

Les salariés à temps partiel, solidaires de la création d'emplois, bénéficient du régime de la réduction du temps de travail de 10 % avec maintien de la rémunération, aux mêmes conditions que les salariés à temps plein.

Dans le cas où l'horaire à temps partiel aurait été décidé pour une durée indéterminée, le salarié bénéficie d'une priorité pour l'attribution d'heures complémentaires ou de tout emploi à temps plein qui viendrait à être créé ou à devenir vacant et que sa qualification professionnelle initiale ou acquise lui permettrait d'occuper.

Article 7 - Embauches ou préservation d'emplois

Volet offensif :

Les entreprises souhaitant bénéficier des aides de l'État s'engagent à créer des emplois correspondant à 6 % au moins de leurs effectifs, dans les 12 mois qui suivent la réduction du temps de travail dans l'entreprise.

L'effectif ainsi augmenté doit être maintenu.

Volet défensif :

Les entreprises connaissant des difficultés économiques susceptibles de les conduire à une ou plusieurs suppressions d'emplois peuvent également bénéficier des aides de l'État si elles s'engagent à maintenir les effectifs actuels pendant une période minimale de deux années à compter de la réduction du temps de travail dans l'entreprise.

Article 8 - Groupements d'employeurs

Les embauches peuvent être réalisées dans le cadre d'un groupement d'employeurs, constitué en application des lois du 25 juillet 1985 et du 20 décembre 1993, cette procédure pouvant concerner tout particulièrement le personnel d'encadrement.

Article 9 - Personnel d'encadrement

Les modalités de la réduction du temps de travail s'appliquent au personnel d'encadrement des entreprises concernées par le présent accord.

Article 10 - Réexamen de l'accord

Dans la mesure où des dispositions de caractère législatif ou réglementaire, spécifiques aux entreprises définies à l'article 2, compléteraient la loi du 13 juin 1998 et les décrets du 22 juin 1998, les partenaires sociaux s'engagent à réexaminer les conséquences que pourraient avoir ces dispositions nouvelles sur celles prévues au présent accord.

Article 11 - Suivi de l'accord par la Commission Paritaire Interbranches

La CPI établit annuellement un bilan de l'application de cet accord.

La CPI a aussi pour mission de suivre l'application de l'accord-cadre dans les entreprises concernées y compris en apportant un conseil à celles-ci.

La CPI est informée soit des accords négociés dans ces entreprises, soit des dispositions appliquées directement dans ces entreprises découlant de l'accord-cadre ou d'un accord de branche.

Par ailleurs, elle est chargée d'émettre un avis motivé sur les dispositions et peut être saisie par les salariés ou par les employeurs en cas de litige.

Article 12 - Entrée en vigueur

Cet accord s'imposera aux seuls adhérents de l'un des syndicats membres de l'UPA, le premier jour du mois civil suivant sa signature.

Article 13 - Extension d'un accord national

Les parties signataires s'engagent à réexaminer cet accord dans tous les cas d'extension d'un accord national touchant une des professions du Secteur des Métiers, sachant que ce dernier resterait seul applicable avant la signature d'un avenant départemental qui tiendrait compte des particularités de cet accord national.

Fait à Albi, le 21 janvier 1999.

Pour la Confédération Française des travailleurs - (CFDT)

Pour la Confédération Générale des Cadres, Techniciens, Agents de Maîtrise et Assimilés (CFE-CGC)

Pour la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC)

Pour la Confédération Générale des Travailleurs (CGT)

Pour la Confédération Générale des Travailleurs - Force Ouvrière (CGT-FO)

Pour l'Union Professionnelle Artisanale du Tarn (UPA 81)

Commission paritaire interbranches des entreprises artisanales du Tarn Protocole d'accord

Préambule

Il existe dans le Tarn près de 7 000 entreprises artisanales recouvrant des réalités différentes selon le type d'activité.

Créatrices d'emplois, elles favorisent la reconnaissance et la promotion des métiers de l'artisanat.

Elles qualifient des femmes et des hommes, artisans et salariés, afin qu'ils puissent exprimer dans leurs champs professionnels respectifs, des savoir-faire de qualité.

L'évolution permanente des marchés et des technologies transforme l'organisation de l'entreprise artisanale et l'exercice des métiers.

Pour anticiper et construire l'avenir, les partenaires sociaux considèrent nécessaire de créer un espace de

dialogue social adapté, contribuant ainsi à la régulation sociale dans les entreprises artisanales du Tarn.

Article 1 - Création

1.1. Conformément à l'article L. 132-30 du Code du travail, les partenaires sociaux décident de créer une commission paritaire interprofessionnelle des entreprises artisanales du Tarn.

Article 2 - Attributions

2.1. La Commission Paritaire Interprofessionnelle des entreprises artisanales du Tarn :

— concourt à l'élaboration et à l'application de conventions ou accords collectifs de travail,

— participe aux actions permettant la promotion et la qualification des emplois des métiers de l'artisanat,

— définit annuellement une politique de formation professionnelle en direction des salariés des entreprises artisanales,

— examine dans quelles conditions les salariés des entreprises artisanales peuvent bénéficier de garanties multi-entreprises dans les champs de la prévoyance (complément maladie et retrait), du logement (1 % logement), et de certains avantages sociaux comme les chèques vacances, titre-restaurant, etc...

— examine les réclamations individuelles et collectives relatives au contrat de travail afin de prévenir les litiges pouvant aller au contentieux,

— établit tous les ans un bilan social et économique.

Article 3 - Fonctionnement

3.1. La Commission Paritaire Interprofessionnelle des entreprises artisanales du Tarn se réunit sur convocation de son président, une fois par trimestre, une demi-journée.

3.2. La convocation est établie par le président de la CPI en concertation avec les organisations syndicales de salariés et est adressée aux membres, 15 jours maximum avant la date de la réunion. Elle comporte, outre les points de l'ordre du jour, l'ensemble des documents utiles à sa préparation.

3.3. Lorsque les représentants des salariés sont issus des entreprises artisanales, ceux-ci bénéficient d'un crédit d'heures égal à une journée de travail. Dans ce cas, l'employeur du salarié désigné devra être informé sept jours avant la réunion et donner son accord dans les quatre jours qui suivent, afin de permettre au délégué de préparer efficacement la réunion de la CPI.

S'il y a lieu, ils sont indemnisés par un fonds paritaire créé à cet effet, des pertes de salaire et des frais de déplacements.

À chaque réunion de la CPI, un procès-verbal est établi et adressé dans les trois semaines à chaque structure membre pour être approuvé lors de la réunion suivante. Une copie est adressée à la DDTEFP.

3.4. Pour délibérer valablement un quorum de quatre membres est nécessaire.

Article 4 - Composition

4.1. La Commission Paritaire Interprofessionnelle des entreprises artisanales du Tarn comprend :

— d'une part, dix représentants de l'UPA,

— d'autre part, dix représentants des organisations syndicales de salariés signataires du présent accord.

4.2. Chaque organisation syndicale de salariés représentative dispose de deux sièges.

4.3. La composition de la CPI peut être modifiée en fonction des évolutions qui pourraient survenir dans les modalités de représentation des salariés des entreprises artisanales (élargissement, désignation, élections).

4.4. Toute modification fait l'objet d'un avenant au présent accord, le principe de parité ne peut être remis en cause.

Article 5 - Bilan annuel

5.1. Les parties signataires se retrouvent une fois l'an pour évaluer la mise en œuvre du présent accord. À cette occasion un rapport est établi.

Fait à Albi, le 21 janvier 1999.

Signataires :

Pour la Confédération Française des travailleurs (CFDT)

Pour la Confédération Générale des Cadres, Techniciens, Agents de Maîtrise et Assimilés (CFE-CGC)

Pour la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC)

Pour la Confédération Générale des Travailleurs (CGT)

Pour la Confédération Générale des Travailleurs - Force Ouvrière (CGT-FO)

Pour l'Union Professionnelle Artisanale du Tarn (UPA 81).

Le territoire est plus intéressant que le territoire

Présentation du dixième numéro consacré au Territoire

MICHEL TROPER

Parrain du Numéro

Professeur émérite à l'Université Paris Ouest.Nanterre – La Défense (Paris 10)

Le titre du magnifique roman de Michel Houellebeck « La carte et le territoire » dérive d'une formule célèbre de Korzybski, « la carte n'est pas le territoire », qui signifie simplement, comme celle non moins célèbre de Magritte « ceci n'est pas une pipe », qu'il ne faut pas confondre la représentation de la réalité avec la réalité elle-même, ce qui, soit dit en passant, est justement en quoi consiste le pêché d'idolâtrie, mais Houellebeck ajoute que « la carte est plus intéressante que le territoire ».

On ne peut pas la transposer facilement dans le langage du droit, ni même dans celui de la géographie ou de la zoologie, parce qu'il n'y a pas de carte qui soit distincte du territoire et qui le représente. C'est que le territoire n'est pas une réalité matérielle qui ferait l'objet d'une représentation. C'est seulement le produit d'une délimitation de l'espace opérée par les hommes ou les animaux.

Que le territoire présente un caractère entièrement artificiel, Rousseau l'a démontré mieux que quiconque : « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : ceci *est* à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne »¹.

Le territoire est lui-même une représentation, nécessairement déformée et intéressée de l'espace naturel, et le juriste pourrait prolonger l'idée de Houellebeck.

¹ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754).

Le territoire est en effet plus intéressant que l'espace naturel, car le droit est bien l'imposteur que Rousseau voudrait dénoncer, celui qui fait *comme si* le territoire était une réalité naturelle et qu'il était à lui, celui qui veut faire passer les mots pour des choses et qui y réussit.

On connaît l'anecdote de la commission mixte américano-canadienne, qui devait opérer une délimitation précise de la frontière entre les deux pays et se rendit sur le terrain. À un certain endroit, se trouvait une maison, à cheval sur la ligne tracée sur la carte. Aussi, pour éviter de faire passer la frontière à l'intérieur de la maison, on décida de demander à la vieille dame qui en était propriétaire, si elle préférerait être en territoire canadien ou américain, à quoi elle répondit : « En territoire américain, bien sûr. À mon âge, je ne supporte plus les terribles hivers canadiens ».

Si le territoire est pour le juriste – entendons celui qui s'efforce d'analyser le droit – plus intéressant que l'espace naturel, ce n'est ni parce qu'il serait victime de la même illusion que la vieille dame, ni parce qu'il nourrirait comme Rousseau celle de réussir à dénoncer l'imposture, mais parce qu'il voudrait en comprendre les ressorts. Sans doute n'est ce pas le seul cas d'un concept qui serait pris pour une chose, et les ressorts idéologiques et sentimentaux de l'illusion sont assez clairs, mais les concepts juridiques ont une relation non seulement avec l'idéologie, mais aussi avec le langage proprement juridique ; et c'est cette relation du concept de territoire avec le langage juridique qu'il s'agit de découvrir. Il est donc bien vrai que le territoire qui existe (le concept) est plus intéressant que le territoire (réel), qui n'existe pas.

Comme pour d'autres concepts qui n'ont pas de référence empirique, mais avec lesquels opère le droit, on ne peut pas espérer découvrir une quelconque nature juridique du territoire. On peut seulement rechercher l'usage que l'on fait de ce terme dans la langue des juristes et surtout la nécessité d'y recourir. Il n'est d'ailleurs pas certain que cet usage présente une quelconque unité.

On peut distinguer deux types d'usages, dans le langage du droit positif, dans le discours sur le droit, dans le métalangage de la science du droit ou celui de la théorie du droit et de l'État.

Il ne fait aucun doute que le langage du droit lui-même emploie le terme de territoire. La Constitution l'emploie parfois de façon explicite. Ainsi, selon l'article 1^{er} de la Constitution de l'an VIII : « La République française est une et indivisible. - Son territoire européen est distribué en départements et arrondissements communaux ». De même la Constitution de 1958 fait du Président de la République le « garant de l'intégrité du territoire », et l'une des conditions pour la mise en vigueur de l'article 16 est une menace grave et immédiate sur « l'intégrité du territoire ». On voit par ces deux exemples que le même terme réfère à deux concepts de territoire, parce qu'il a deux usages différents. Dans le premier cas, celui

du territoire européen et des territoires des départements et des communes, il permet de délimiter des domaines de compétences ; dans le second, le territoire est sans doute l'espace sur lequel s'exercent les compétences de la République, mais il s'agit ici non de définir ces compétences, mais seulement de justifier certaines actions par la nécessité de garantir l'intégrité physique de cet espace.

La Constitution peut naturellement employer le concept de territoire sans le mot correspondant. Proclamer, comme le fait l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, que cette organisation est décentralisée, n'est-ce pas dire que certaines normes auront une validité territoriale limitée (autrement dit, que certaines normes ne seront valides qu'à l'égard de certaines classes d'individus, définies par un lien au territoire), et que ces normes seront produites d'une certaine façon ? Mais elle peut aussi n'employer ni le mot, ni même le concept. C'est le cas si elle ne contient aucune règle relative à l'organisation administrative ou au système électoral et si elle laisse au pouvoir législatif le soin d'en produire.

En revanche, dès lors que toutes les normes qui appartiennent à l'ordre juridique n'ont pas une validité universelle, il est inévitable que certaines au moins aient un domaine de validité territoriale limité et il est donc évidemment impossible de poser des règles administratives, par voie législative par exemple, sans recourir au concept de territoire.

Comme le droit positif emploie le concept de territoire, la science du droit qui décrit ces règles – mais aussi celles qui relèvent d'autres branches du droit, le droit pénal ou le droit de la famille – doit décrire l'usage qu'il fait du concept de territoire et les variations de cet usage.

C'est justement ce que font les responsables de *Jurisdoctoria* et les contributeurs de ce numéro, lorsqu'ils constatent que les règles délimitent des territoires qui, tantôt coïncident avec le territoire étatique, tantôt sont plus étroits ou plus larges que lui, mais que l'État joue nécessairement un rôle dans leur définition. Ce rôle est d'ailleurs double : il produit ou coproduit avec d'autres États les règles qui délimitent les territoires, ainsi que celles qui déterminent les compétences des autorités qui à leur tour produiront des règles valides dans ces limites. Tous les mouvements de territorialisation, déterritorialisation ou transterritorialisation sont en ce sens définis par référence à l'État. Il en va de même de l'extraterritorialité, si celle-ci signifie ou bien qu'une portion du territoire est soustraite en tout ou en partie au pouvoir de l'État ou, au contraire, qu'un ordre juridique étatique contient des normes ayant pour objet des faits extérieurs au territoire.

Mais si le territoire est ainsi indissociable de l'État, l'État est-il lui-même indissociable du territoire ? Il est clair que le langage du droit positif et celui de la science du droit doivent nécessairement faire usage du concept de territoire, mais cette nécessité apparaît bien moins clairement si l'on considère le métalangage de la

Théorie générale du droit et de l'État. S'il s'agit en effet de définir l'État ou la norme juridique par leurs caractères essentiels, le territoire fait-il partie de ces caractères ?

La réponse à cette question dépend du type de définition recherchée. On peut vouloir capturer au moyen d'une définition anhistorique ce que l'on croit être la *nature objective* de l'État ou de la norme ou, au contraire, se borner à construire un métaconcept qui ne servirait qu'à refléter les usages du concept d'État dans certains contextes historiques et qui n'aurait donc pour références que les concepts d'un langage juridique historiquement situé.

S'agissant de la définition de la *nature* de l'État, le recours au territoire peut apparaître largement inutile ou source de confusion. On connaît la critique que fait Kelsen de la définition traditionnelle par les trois éléments dits constitutifs de l'État, le peuple, le territoire, la puissance publique. Il souligne que ces trois éléments n'ont pas d'existence naturelle et qu'ils ne peuvent jamais être définis que par le droit. C'est ainsi que, de même qu'on ne peut définir le peuple que comme l'ensemble des individus soumis à l'État, on ne peut définir le territoire que comme le domaine de validité de l'ordre juridique étatique, de sorte que la définition traditionnelle de l'État apparaît comme circulaire.

Il a sans doute parfaitement raison. Pourtant, lorsqu'il présente sa propre définition, il prend en compte lui aussi le territoire : « l'État, dont les éléments essentiels sont le peuple, le territoire et le pouvoir, se définit comme un ordre juridique relativement centralisé, limité dans son domaine de validité spatial et temporel, soumis immédiatement au droit international, et efficace, dans l'ensemble et généralement »².

Kelsen tombe ainsi sous le coup de sa propre critique. Non seulement les trois éléments traditionnels du *definiens* ne sont définis que par le *definiendum*, mais il en va de même de celui qu'il a ajouté, la soumission immédiate au droit international : comment peut-on affirmer qu'une forme politique est immédiatement soumise au droit international ? Sauf à adopter une posture normative, la théorie du droit peut seulement répondre qu'elle est soumise au droit international si et seulement si ce pouvoir politique lui-même ou le droit international considèrent qu'il y est soumis. La soumission au droit international ne peut pas alors servir de critère pour une définition de l'État, parce qu'elle signifierait seulement qu'est soumise au droit international une entité qui est soumise au droit international. Une telle définition serait donc elle aussi circulaire. Du point de vue du droit international, la soumission au droit international ne peut pas être le critère de l'affectation d'une entité à la classe des États, mais seulement sa conséquence.

² *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 383.

Kelsen pourrait sans doute objecter que sa définition, contrairement à la définition traditionnelle par les trois éléments, ne prend pas le territoire, le peuple ou le pouvoir pour des données naturelles, que la soumission au droit international n'en est pas une non plus et qu'il se borne à constater qu'il est dans la nature d'un ordre juridique centralisé d'être valide sur un territoire et un peuple donnés et de trouver le fondement de sa validité dans un autre ordre juridique.

Mais, comment peut-il découvrir cette nature ? Il la fait découler de la nature des normes qui composent l'ordre juridique : puisque toute norme a un espace de validité territoriale, autrement dit qu'elle s'impose sur un territoire donné, l'ordre juridique pris globalement aurait nécessairement lui aussi un espace de validité territoriale, et puisqu'une norme ne peut trouver le fondement de sa validité que dans une norme supérieure, alors l'ordre juridique tout entier doit trouver le fondement de sa propre validité dans un ordre supérieur. À la première idée, on a pu objecter à juste titre (Eisenmann) que, si une norme est une prescription, elle ne peut avoir pour destinataires que des hommes et jamais des choses. Si elle est valide sur un territoire, elle n'est pas valide ou obligatoire à l'égard de ce territoire, mais seulement à l'égard des hommes. Sans doute toute norme n'est valide qu'à l'égard d'une classe d'hommes qui en sont les destinataires et cette classe peut être définie par le territoire, celui sur lequel se trouvent ces hommes, celui sur lequel ils sont nés, celui sur lequel se trouve une institution avec laquelle ils ont un lien ; mais c'est là une propriété purement contingente. Certes, c'est très souvent le cas, mais il est parfaitement concevable qu'une norme ait pour destinataires tous les hommes ou des hommes définis par quelque autre trait que leur lien au territoire, voire qu'elle soit universelle.

L'insistance de Kelsen sur l'idée que les normes auraient par nature une validité territoriale comme une validité temporelle s'explique en réalité par sa volonté de transposer non pas seulement à la science du droit, mais malheureusement au droit lui-même les catégories *a priori* de la connaissance. Pourtant, le territoire n'est pas l'espace. Ce n'est pas une catégorie transcendante. Si le langage du droit fait un large usage du concept de territoire, c'est là un phénomène contingent et la Théorie générale du droit et de l'État peut parfaitement s'en passer.

Quant à l'idée qu'un ordre juridique doit nécessairement trouver le fondement de sa validité dans un ordre supérieur, elle présuppose que la validité n'est pas seulement un caractère constitutif de la norme, son mode d'existence, mais que c'est aussi celui de l'ordre juridique. Pourtant, s'agissant de la norme, la validité n'est qu'une notion relative : une norme est valide ou obligatoire relativement à une autre norme, mais pas absolument ou moralement obligatoire. La norme la plus élevée de l'ordre juridique, la Constitution, n'est ainsi pas valide comme le sont les autres normes. On présuppose seulement qu'elle est valide. Ce présupposé est logiquement

nécessaire, parce que si la Constitution n'était pas une norme valide, elle ne serait pas apte à fonder la validité des autres normes. La fameuse norme fondamentale est donc une fiction, la fiction que la Constitution est valide. Cependant, il n'est nul besoin de prétendre qu'elle est *réellement* valide et obligatoire, sauf, comme l'a bien montré Alf Ross, à formuler un jugement moral. Il en va de même de l'ordre juridique pris dans sa totalité, qui ne doit pas être considéré comme valide, sauf à prétendre qu'il y aurait une obligation morale de lui obéir. Par conséquent, si l'ordre juridique n'est pas nécessairement valide, il ne doit pas nécessairement trouver son fondement dans un ordre juridique supérieur.

Les tentatives pour inclure dans une définition de la nature de l'État ou de la norme juridique un critère tiré du territoire paraissent donc destinées à échouer.

Il en va de même d'une définition visant seulement à décrire l'usage du concept de territoire dans la définition donnée de l'État dans le langage du droit. Il est incontestable qu'il est fait usage de ce concept.

Aussi, une Théorie générale du droit et de l'État purement descriptive pourrait se borner à reproduire la définition traditionnelle par les trois éléments, sans tomber sous le coup de la critique de Kelsen, car, bien que cette définition soit tautologique, c'est un fait que le langage du droit, par exemple celui du droit international, considère que quelque chose est un État à la condition que les trois éléments, peuple, territoire et pouvoir, soient présents. Cette définition apparaît alors comme la généralisation de la définition résultant de la pratique du droit international. Il en va de même de la définition de Kelsen, qui fait de la soumission au droit international un élément de la définition de l'État.

Ainsi, cette définition, comme la définition traditionnelle et bien qu'elles soient présentées par leurs auteurs comme anhistoriques, ne porte pas réellement sur la nature de l'État, mais sur le concept d'État tel qu'il est utilisé dans le langage du droit depuis trois siècles, c'est-à-dire sur le concept d'État moderne. C'est le cas en particulier de celle de Kelsen : si l'État se définit par la soumission au droit international, alors il n'y a pas d'État tant qu'il n'y a pas de droit international, c'est-à-dire pas avant l'apparition de l'État moderne. Alors que les formes politiques antérieures pouvaient être caractérisées elles aussi par l'exercice du pouvoir sur une population et un territoire, seul l'État moderne est soumis immédiatement au droit international.

Le territoire n'est donc pas un concept nécessairement lié au droit, puisque la classe des destinataires de normes n'est pas nécessairement définie par référence au territoire, ni à l'État, puisqu'un pouvoir politique qui s'exerce sur un territoire et une population déterminés n'est pas toujours un État.

Son caractère contingent n'en interdit nullement l'usage par la Théorie générale du droit et de l'État. C'est au moyen du concept de territoire qu'elle peut

distinguer différents types d'États (unitaire, fédéral, autonome, centralisé, décentralisé) ou différents types d'organisation administrative, mais c'est seulement en associant au territoire, à la population et au pouvoir politique, la centralité de l'ordre juridique et la soumission au droit international, que l'on peut construire non pas le concept juridique d'État, mais celui d'État moderne.