LES CADRES D'INSTITUTION ET D'EXERCICE DES INSTANCES REPRÉSENTATIVES DE PERSONNEL

par

Jean-Paul Plattier (*)

Un paradoxe s'impose rapidement à qui étudie les cadres de mise en place et de fonctionnement des instances de représentation du personnel (IRP) (1). Le cadre institutionnel de mise en place est marqué du sceau de la *rigidité* organisée par la loi : multiplicité des IRP, précisions de leurs attributions respectives, mais omniprésence de *l'entreprise*, cadre de référence légal à leur mise en place (articles L.432.1 du Code du Travail (CT) pour le comité d'entreprise, L.412.6 pour la section syndicale d'entreprise, L.412.11 pour le délégué syndical, L.132.18 pour la négociation collective). A l'inverse, le cadre d'exercice concret des IRP témoigne d'une grande *diversité* de situations, entretenue par des décisions jurisprudentielles dont la subtilité et le pointillisme s'accroissent, en relation avec la complexification croissante des textes, des relations sociales, des modes d'organisation et des structures dont les instances judiciaires ont a connaître à travers les litiges et contentieux qui leur sont soumis. Qu'est-ce donc que cette « entreprise », qui semble mise en pièces sous forme d'établissements distincts, ou bien encore se voit substituer des cadres de représentation comme le groupe, l'unité économique et sociale, le site.

L'entreprise n'a jamais fait l'objet d'une définition juridique, pas plus en Droit des Sociétés qu'en Droit du Travail (2). En vain recherchera-t-on aussi une représentation conceptuelle de l'entreprise. Si tout le monde s'accorde désormais pour ne plus la confondre avec la personne physique de l'entrepreneur, les tentatives pour la définir comme une « institution » intégratrice ou au contraire comme le champ privilégié de l'affrontement entre le travail et le capital ne sauraient recueillir l'adhésion du sociologue ou du juriste. L'entreprise est d'abord une notion « incontournable » (3) de notre imaginaire culturel, qui tient une place centrale dans le champ sémantique de l'économie et du droit. Pour Alain Supiot, que l'on vient de citer, l'entreprise « n'est pas un concept juridique, mais un instrument de référence, un *paradigme* » (4) ; le paradigme « entreprise », « désigne la situation de référence que constitue la relation entre, d'une part, un employeur, et, d'autre part une collectivité de travailleurs, sans définir la nature juridique de cette relation » (5).

Il est dès lors illusoire de rechercher une plus grande stabilité du Droit positif en donnant une définition « a priori » de l'entreprise. Soit le Droit ainsi fondé ne pourrait prendre en compte des situations relationnelles complexes ou non prévues dans les représentations classiques de l'entreprise telles que groupes, liens économiques et sociaux entre des entreprises juridiquement indépendantes, multiplicité de statuts et d'employeurs « officiels » au sein d'une même collectivité de travail, soit, prenant en compte de telles situations de manière excessivement rigide, les relations sociales et les IRP seraient prisonnières de « lits de Procuste » normatifs qui ne leur permettraient guère de fonctionner de façon satisfaisante. La faculté apparemment sans limite du management moderne

* Jean-Paul Plattier fait partie de la Division emploi et politiques d'emploi du Service des études et de la statistique du Ministère des affaires sociales et de l'emploi.
L'auteur tient à remercier le Professeur Antoine Lyon-Caen pour ses remarques et conseils qui ont été à la source d'une fructueuse réflexion, tout particulièrement en ce qui concerne la détermination de la problématique et les compléments de documentation.

(1) Ce concept d'IRP sera utilisé au sens large dans cette étude. Il inclue notamment la section syndicale et son délégué, qui est plus une émanation du syndicat dans l'entreprise qu'un organe de représentation directe de la collectivité des salariés.

(2) Une exception cependant Nicole Catala, Traité Dalloz de Droit du Travail « l'entreprise », 1980 (note 2, p. 1).

(3) Pour reprendre l'expression d'Alain Supiot, dans son excellent article paru dans la revue trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique, n° 4

(4) Alain Supiot, op. cité.

(5) Alain Supiot, op. cité.

d'établir des structures souples et changeantes d'organisation de la production et de la gestion, le redéploiement du capital au sein de groupes complexes dont les contours et les composants peuvent évoluer très vite ont en effet produit une double brisure. D'une part, cette collectivité certes en partie conflictuelle, que représente l'entreprise, entendue selon le sens commun, ressort éclatée, ses centres de décision apparaissent dématérialisés et hors du champ de contrôle de la représentation du personnel. D'autre part, et comme conséquence de cet éclatement, la nécessité de rétablir une représentation du personnel conforme aux normes légales a provoqué le développement d'une jurisprudence dont le relativisme très peu maniable et compréhensible pour le non spécialiste est en fait la marque d'une volonté de cohérence juridique : faire coller au plus près l'application de la norme de droit à des situations de fait qu'elle ne pouvait à son origine prévoir et réguler. Ainsi le paradoxe remarquable né de la confrontation de la permanence de l'entreprise, cadre légal de référence, et des diversités de cadres d'exercice rencontrés n'est qu'apparent. La diversité n'est que l'effet inévitable de la recherche de « l'unité perdue », de cette collectivité de base qui ne peut se repérer que par une démarche d'analyse comparée de chaque situation concrète soumise au juge pour chaque institution représentative qui doit s'y insérer, compte tenu des prérogatives et limites propres à cette institution.

L'ETAT DE LA DIVERSITE

Quels sont, aujourd'hui, les cadres d'exercice des différentes IRP établis par le droit positif, et tout particulièrement par la jurisprudence ? Il n'est pas si aisé de classifier l'état du droit en la matière : opérer une distinction selon chaque IRP — délégués du personnel (DP), section syndicale et délégué syndical (DS), comité d'entreprise (CE) — n'est pas suffisant. Cette présentation, si elle met en valeur la relativité des cadres selon les finalités de chaque IRP, n'explique en rien les lignes de fond et les clivages qui s'inscrivent dans ce droit téléogique. Mieux vaut, à notre avis, distinguer les *cadres d'exercice qui reposent sur une volonté de reconstituer l'entreprise*, et se référent donc à ce paradigme, quitte à le scinder en un sous ensemble — l'établissement distinct — *de ceux qui s'en éloignent*, et cherchent à établir des unités de représentation collective qui ne correspondent plus à la notion d'« entreprise » stricto sensu. La classification retenue peut cependant faire naître une objection : où tracer la séparation entre ce qui ressort du paradigme « entreprise » et ce que cette référence ne peut cerner ; certains cadres d'exercices complexes : grands groupes, présence permanente d'entreprises extérieures dans le cadre de prestations de service sont à la lisière de l'« entreprise ».

Nous sommes conscients que la présentation choisie laisse subsister, comme tout essai de classification, une part d'arbitraire ; cela est inévitable dans une matière qui évolue sans cesse et reste rebelle à une systématisation très analytique (6).

L'entreprise divisée : le paradigme de l'établissement distinct

Si l'entreprise reste le cadre de référence type dans lequel s'organisent les relations sociales, et donc la représentation du personnel, cette notion paradigmatique s'est vue adjointe une autre notion, elle aussi non définie par la loi, « l'établissement ». Les textes utilisent ce terme comme cadre de base de l'institution des délégués du personnel (article L.421.1 du Code du Travail), pour la mise à disposition d'un local et de moyens matériels à la section syndicale (L.412.9), pour la subdivision fonctionnelle du CE : le comité d'établissement (L.435.1).

L'établissement ne se substitue jamais à l'entreprise qui reste le cadre de référence premier, et l'est tout à fait concrètement lorsque la représentation du personnel s'inscrit dans une structure unitaire : une seule collectivité de travail, géographiquement circonscrite, mettant en présence des salariés, un seul employeur dans une seule unité juridique (société, association, G.I.E). L'établissement distinct est donc une division de l'entreprise à but fonctionnel : rien d'étonnant à ce que ses contours varient selon chaque IRP, comme nous allons le voir. L'établissement, pour reprendre la seule tentative de définition juridique qui en a été donnée, suppose *« la réunion de salariés travaillant ensemble de manière permanente dans un lieu déterminé, sous la direction d'un représentant de l'employeur et ayant sur le plan professionnel des intérêts et problèmes communs »* (7). Il s'agit donc, comme la notion d'entreprise, d'un cadre de référence relationnel ; l'établissement distinct, lui aussi est un paradigme : rechercher si telle unité est ou n'est pas « distincte » de l'ensemble « entreprise » auquel elle appartient pour instaurer une IRP, c'est d'abord rechercher dans quel cadre cette IRP peut le mieux agir conformément à ses attributions.

(6) Les IRP du secteur public, telles qu'elles résultent de la « Loi de démocratisation du secteur public » du 26 juillet 1983 ne seront pas prises en compte dans cet article, le sujet justifiant à lui seul une étude particulière. Rappelons simplement que l'ensemble des questions traitées ici reste valable pour les entreprises du secteur public dont le personnel est régi par un statut de droit privé. La loi du 26 juillet 1983 pose d'autres problèmes de détermination du cadre d'exercice de droits tels que l'élection de représentants salariés au Conseil d'Administration et de Surveillance (notamment les relations entre sociétés-mères, filiales et codétenues) et la mise en place de conseils d'atelier.
Le lecteur pourra se référer notamment à l'étude sur la démocratisation du secteur public réalisée par Antoine Jeammaud et paru à l'Ajda n° 11, novembre 1983, pages 563 et suivantes.
De même, ne sera pas étudiée la détermination du cadre d'exercice du CHSCT, non que cette IRP ne soulève pas de problème de cette nature, mais sa finalité plus technique permet de développer des critères plus aisément objectivables (par ex. : présence d'ateliers séparés, de méthodes de production propres, d'utilisation spécifique de tel équipement), qui permettent aux acteurs sociaux de fixer son cadre de fonctionnement avec une marge d'incertitude moindre. Le CHSCT présente donc un caractère en partie « atypique » parmi les IRP qui a conduit à l'exclure de cette étude limitée en volume et en temps.

(7) Tribunal d'Instance de Clichy, 7.2.69, Tribunal d'Instance de Paris, 6.2.69. A cette tentative de définition émanant de juridictions du 1er degré, ajoutons l'arrêt de cassation civile du 22 juillet 68 (aff. Citroën, Droit social 1969, 49), qui définit l'établissement comme « la réunion de plusieurs personnes travaillant ensemble de manière permanente sous la direction d'un ou plusieurs représentants du même patron ». Pour la doctrine, l'établissement est une « réunion de moyens humains, matériels et immatériels, agencés en vue d'atteindre, par une activité continue, un but de caractère technique » (Paul Durand).

L'établissement et les délégués du personnel (DP)

Les DP ont pour mission de présenter à l'employeur toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application de la législation et de la réglementation en matière de protection sociale et d'hygiène et de sécurité, ainsi que des conventions ou accords collectifs de travail applicables à l'entreprise, et de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des prescriptions législatives et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle (article L.421.1 CT). *Ce rôle d'examen des situations concrètes de travail et d'intermédiaire* suppose que les DP soient élus « dans un cadre tel qu'ils soient à même de connaître les réclamations de leurs mandants et de les exprimer » (Nicole CATALA, Traité Dalloz de Droit du travail, « L'entreprise »). Il n'est donc pas nécessaire que l'unité de travail soit importante (par ses effectifs ou son rôle économique), ni qu'elle dispose d'une autonomie économique ou financière. Dans l'arrêt du 22.07.68 précité, la Cour de Cassation a admis *« qu'il est suffisant, pour qu'il y ait établissement distinct, qu'il existe des chefs de service auxquels les DP remettent leurs réclamations, et qui font connaître aux DP la réponse aux questions écrites ou trouvent rapidement une solution satisfaisante (aux réclamations), dès lors qu'il ne s'agit pas de mesures graves ou onéreuses ».* L'on peut toutefois s'interroger sur la pertinence de la distinction entre les mesures graves et onéreuses et celles qui ne le seraient pas. En particulier, les problèmes d'hygiène et sécurité, ainsi que ceux relatifs au statut du personnel deviennent de plus en plus complexes et engagent bien souvent la direction générale de l'entreprise ou, au moins, les directions financières, techniques et des relations sociales. Il entre pourtant dans les prérogatives des DP d'aborder de tels sujets, soit pour se faire les intermédiaires de réclamations de leurs mandants, soit spontanément, pour interroger l'employeur ou son représentant sur des problèmes de salaires, de contrats ou de conditions de sécurité, par exemple.

De surcroît, la loi du 28 octobre 1982 a augmenté les prérogatives des DP en étendant le domaine où ils peuvent se substituer au CE ou aux comités d'établissements (8). Il serait souhaitable que les décisions juridictionnelles n'obèrent pas ces prérogatives essentielles des DP en donnant une conception par trop extensive de la notion d'établissement distinct (9). La Cour de Cassation a d'ailleurs admis que constituent un seul établissement l'unité de production et les services administratifs d'une société placés sous la même direction, ayant en commun services de recrutement, de paye et de comptabilité et ne jouissant d'aucune autonomie. Il faut donc, pour que les DP puissent exercer la totalité de leurs attributions légales, que le cadre électif soit assez restreint, car il doit permettre un accès rapide et une communication effective des DP et de leurs mandants. Il doit être cependant suffisamment important pour que les DP perçoivent les implications plus générales sur la vie de l'entreprise des problèmes qu'ils soulèvent et pour que leur interlocuteur soit à même de servir de relais effectif entre eux et la direction générale, s'il ne peut répondre lui-même à toutes les demandes (10).

Les délégués syndicaux (DS) et l'activité syndicale

Les textes font aussi bien mention de l'entreprise que de l'établissement ; entreprise pour la constitution de la section syndicale (article L.412.6), ou pour la désignation du délégué syndical (L.412.11), ou bien encore la désignation d'un DP comme DS dans les entreprises de moins de cinquante salariés (L.412.11, al. 4). L'établissement est indiqué au même titre que l'entreprise pour la mise à la disposition d'un local et de moyens matériels de fonctionnement à la section syndicale (L.412.9), ce qui suppose que le législateur a prévu la possibilité de constituer des sections d'établissement (ce qui est d'ailleurs largement pratiqué). La loi du 28.10.82 a également prévu, selon une logique déjà adoptée pour le CE, la possibilité de désigner un délégué syndical central dans les entreprises d'au moins deux mille salariés qui comportent au moins deux établissements de cinquante salariés ou plus (article L.412.12 CT). Le délégué central est distinct des délégués d'établissement. On peut donc estimer que le cadre légal de l'activité syndicale et de la désignation des délégués syndicaux est indifféremment l'entreprise ou l'établissement (11). Comme l'a précisé la doctrine (12), la section syndicale, qui n'a pas la personnalité morale, n'est qu'une subdivision du syndicat (Jean SAVATIER parle de « démembrement »), située au niveau local. La détermination de ce niveau dépend de critères pratiques, dont le plus important est la plus ou moins grande implantation du syndicat en terme d'adhérents ou de militants.

La complexité particulière de détermination du cadre d'exercice des DS provient de leur mission propre, qui s'est progressivement accrue :

— *mission d'intermédiaire,* tout comme les DP, puisqu'ils sont chargés de présenter toute réclamation ou revendication émanant des adhérents et du personnel ;

— *mission de représentation* : les DS représentent et animent la section syndicale d'entreprise ou d'établissement, émanation du syndicat, et ils agissent pour le compte de leur organisation syndicale ;

— *mission de négociation* : ce sont eux qui négocient au nom de leur organisation syndicale les accords d'entreprise (voir infra II[e] partie).

---

(8) Ils exercent notamment les attributions économiques du CE en cas de carence de celui-ci (article L.431.3 et L.422.5 du CT). Ils remplacent le CHSCT en l'absence de ce dernier. Les lois du 1[er] mars 1984 sur la prévention des entreprises en difficulté et du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire leur donnent les mêmes pouvoirs qu'au CE en cas de carence de ce dernier (information et consultation à chaque phrase de la procédure, désignation du représentant des salariés auprès de l'administrateur).

(9) Voir en deuxième partie l'effet des modifications légales des IRP sur l'évolution actuelle et possible de leur cadre d'exercice.

(10) Deux arrêts, de peu antérieurs à la loi du 28.10.82 ont confirmé que l'exigence d'une autonomie financière et administrative des services ou unités concernés et la présence permanente d'un responsable habilité à prendre les décisions sur les revendications du personnel n'ont pas à être recherchées pour déterminer le caractère distinct d'un établissement concernant les DP (Cass. Soc. 24.6.82 n° 82/60914 et 22.7.82 n° 82/60162).

(11) La loi de 1968 faisait d'ailleurs état de l'établissement.

(12) cf. en particulier J.-M. VERDIER, Jean SAVATIER, cités infra.

— *mission d'information* : ils sont représentants syndicaux au CE dans les entreprises ou établissements de moins de 300 salariés, et dans toutes les entreprises, ils sont réceptionnaires comme le CE du projet de bilan social et du bilan annuel de l'emploi à temps partiel.

Tout autant que les DP, les DS doivent être accessibles au personnel et à leurs adhérents (information, recueil des réclamations et revendications, collecte de cotisations). Mais ils doivent aussi connaître la politique économique et sociale de l'entreprise pour informer leur syndicat, assurer leurs prérogatives de représentants du syndicat et notamment être à même de négocier les accords d'entreprise avec efficacité et compétence. Ils ne sauraient donc être confinés à de petites unités de travail isolées ou subalternes, mais ils ne peuvent non plus exercer leur mandat dans plusieurs unités par trop dispersées ou éloignées les unes des autres. Les décisions de justice concernant le contentieux sur le cadre de la désignation des DS restent assez peu nombreuses. Deux arrêts du 15 janvier 1970 ont privilégié les critères de temps de déplacement et de proximité avec les salariés pour diviser une même usine en trois établissements distincts, rapprochant ainsi le cadre d'exercice des DS avec des DP (il s'agissait, précisons-le, de grandes sociétés industrielles, USINOR et CITROEN) (13). Cela ne signifie pas, nous l'avons vu, que la solution adoptée pour les DP puisse toujours être extrapolée pour les DS. La Cour de Cassation a d'ailleurs rappelé que le critère essentiel du caractère distinct d'un établissement pour les délégués syndicaux est la possibilité pour eux de remplir efficacement leur mission aussi bien vis à vis des salariés que de la direction de l'entreprise (Soc. 23.4.80). Le cadre retenu pour la désignation des DS peut aussi se différencier, bien sûr, de celui retenu pour le CE. La Cour de Cassation l'a réaffirmé à plusieurs reprises (14). La haute juridiction, dans plusieurs arrêts récents, s'est attachée à une lecture littérale des textes pour fixer le cadre de désignation des délégués syndicaux dans les établissements de moins de cinquante salariés (art. L.412.11, al. 4 du CT). L'on aurait pu penser à une unification du cadre de référence pour les DP et les DS, dans la mesure même où les DS désignés dans ces unités de travail sont aussi DP. Mais il n'en n'est pas toujours ainsi pour la Cour de Cassation (15). Par ces arrêts, elle s'est prononcée défavorablement sur la possibilité de désigner comme DS un DP d'*établissement* de moins de 50 salariés d'une entreprise à établissements multiples. Vivement critiquée par la Doctrine, cette interprétation aboutit à ce paradoxe que les salariés d'un établissement isolé de moins de 50 salariés, partie d'une entreprise plus vaste, peuvent ne pas avoir de possibilité juridique de représentation syndicale, alors que ceux de petites entreprises à établissements uniques le peuvent.

Cette situation peu équitable disparaît, il est vrai, lorsque l'on se trouve en présence d'une grande entreprise divisée en multiples établissements de petites tailles. La représentation syndicale ne peut alors s'exercer qu'au niveau central : un délégué syndical ne peut plus en effet cantonner son activité à des petites unités. Nous reviendrons en deuxième partie sur les développements récents des logiques juridiques, et les possibilités d'évolution.

Comité d'entreprise et comités d'établissements

La détermination de la notion d'établissement distinct pour la mise en place des comités d'entreprise ou d'établissement présente plusieurs particularités :

— Le contentieux en la matière est d'ordre administratif. C'est en effet au DDTE de statuer en cas de désaccord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise sur le nombre d'établissements distincts et la répartition des sièges entre ces établissements (articles L.433.2 C.T L.435.4 C.T).

— La loi organise elle-même la représentation à plusieurs niveaux :

- comité d'entreprise en cas de structure unitaire,
- comité d'établissements en cas de pluralité d'établissements distincts, les membres élus à ces comités élisant à leur tour des représentants au comité central d'entreprise (articles L.435.1.2.3. et 4 C.T.). Lorsque la structure compte un ou plusieurs établissements de plus de 50 salariés et des unités de moins de cinquante chacune, mais regroupant au total plus de 50 salariés, alors ces unités doivent être réunies pour composer un « établissement » artificiel de plus de 50 salariés afin d'être représentés au CCE. Ceci ressort de jugements de tribunaux administratifs (T.A. de Paris du 2 décembre 1970, Droit Social 1972 p. 121), et de la position de l'Administration du Travail (Réponse Ministère au J.O.A.N. du 27 mai 1955 p. 2512). Bien que ne reposant pas sur une argumentation strictement juridique (16), cette solution permet seule une double représentation au C.E et C.C.E des salariés travaillant dans des petites unités isolées. (Nous avons constaté que la Cour de Cassation n'a pas retenu une telle solution pour la désignation des délégués syndicaux dans des unités éloignées regroupant chacune moins de 50 salariés).

— Le comité d'entreprise, de par ses attributions renforcées par les lois du 28 octobre 1982 et du 1er mars 1984 (prévention des entreprises en dif-

(13) Arrêts USINOR et CITROEN – 15.1.1970, Bull. n° 31, p. 22.

(14) Soc. 11.2.1982 ; Soc. 25.2.1982 (Crédit Lyonnais, Bull. nos 117 et 128, p. 86), dans lesquels la Cour de Cassation a considéré qu'il n'y avait pas à diviser en établissements distincts, pour la désignation des DS, un groupe d'agences bancaires, lorsque la gestion incombe exclusivement à la direction centrale avec laquelle il n'existe aucune difficulté de relations et que les intérêts des salariés et leurs travaux sont partout les mêmes.

(15) Soc. 8.3.1984 Société Générale de Restauration c/ de LUCA syndicat CFDT, Droit Social, juin 1985, p. 476.
Ass. Plénière 14.6.85, Société Européenne de supermarchés c/ CFDT, Droit Social, novembre 1985, pages 741 et suivantes (avec les conclusions de l'avocat général Jean Cabannes et un commentaire critique de Jean Savatier).

(16) Cette position aboutit à un rattachement purement fictif de salariés à d'autres établissements avec lesquels ils peuvent n'avoir aucun rapport et à les faire participer à un scrutin (en règle générale, par correspondance, dans ce cas de figure) à l'élection des candidats qu'ils peuvent fort bien ignorer, et qui sont susceptibles de les représenter fort mal. Cela contrevient au concept d'établissement conçu comme une unité relativement autonome, où il existe une communauté d'intérêts entre salariés (sur cette question, cf. Lamy Social).

ficulté, droit d'alerte) représente un organisme d'information, d'études, de consultations et de contrôle sur la politique économique, financière et sociale de l'entreprise. Il est également associé à la définition et à l'élaboration du plan de formation (17) et il gère directement les activités sociales et culturelles (anciennement appelées « œuvres sociales ») de l'entreprise (18).

Ces particularités rendent encore plus délicate la détermination du cadre d'implantation des C.E et comités d'établissements. Il convient bien entendu de rechercher, dans une structure à plusieurs unités de travail, celles qui constituent des établissements distincts. La définition de l'établissement distinct pour le C.E repose sur des critères assez différents de ceux qui ont été retenus pour le D.P et les D.S. Le Conseil d'Etat s'est également inscrit dans une logique téléologique et pragmatique pour dégager ces critères. Dans un arrêt du 29 juin 1973 (arrêt Cie des Wagons-lits), le Conseil d'Etat déniait la qualité d'établissement distinct à des unités de travail qui *« ne possèdent aucune comptabilité propre et ne présentent qu'un degré d'autonomie très réduit, tant en ce qui concerne la gestion du personnel qui y est affecté qu'en ce qui a trait à l'éxécution du service »*. Ultérieurement, le 1er juin 1979 le Conseil d'Etat se prononça à nouveau sur cette question. Il donna raison à la société SIEMENS. Celle-ci demandait que le nombre de ses établissements distincts soit ramené de huit à trois après centralisation au siège social de la gestion administrative, budgétaire et commerciale de cinq établissements commerciaux basés en province, au motif que si leur implantation géographique était distincte et présente un caractère stable, ils n'avaient qu'une autonomie très réduite pour ce qui est de la gestion du personnel et de l'exécution du service. Il n'est plus fait mention dans cet arrêt de l'exigence d'une comptabilité séparée. Ce critère n'est plus significatif : toute unité séparée, même de faible importance, possède aujourd'hui sa comptabilité propre et inversement, toute comptabilité partielle est répercutée et contrôlée au niveau central, les procédés informatiques accélérant la transmission d'informations comptables et financières. Le critère essentiel de l'établissement distinct est donc l'*autonomie*. Ce dernier concept n'a jamais été défini de façon positive par le Conseil d'Etat. Il dépend en fait du degré de décentralisation de la gestion économique et sociale, et de la déconcentration des pouvoirs du chef d'entreprise aux responsables d'établissements.

L'entreprise retrouvée : unité économique et sociale (UES) groupe

Application du paradigme « entreprise » à des ensembles qu'une conception contractuelle et patrimoniale de l'entreprise (19) ne permet pas d'appréhender, telle est la fonction des concepts d'UES et de groupe appliqués à la représentation collective du personnel.

L'unité économique et sociale :

Cette notion manifeste la communauté existant entre des employeurs et des salariés qui appartiennent à des entités juridiquement distinctes mais qui se caractérisent par une complémentarité (parfois même une unité au sens fort) de l'activité économique et une étroite imbrication de leur gestion sociale. La représentation du personnel est assurée au sein de cet ensemble, et non parmi chaque entité juridique prise isolément. La notion d'UES est d'origine jurisprudentielle.

Ce sont les tribunaux répressifs qui ont utilisé les premiers le concept d'UES pour sanctionner des fraudes à la loi (20), suite à des plaintes de syndicats de salariés ou des procès verbaux d'inspecteurs du travail. Ces décisions de justice avaient pour objet de sanctionner des divisions artificielles dans une même entreprise qui devaient permettre d'éviter la mise en place d'I.R.P. ou de sections syndicales : les effectifs de chacune des entités juridiques étaient maintenus en deçà du seuil requis par la législation pour la mise en place des institutions. Les tribunaux développèrent donc ce concept pour faire échec à une utilisation illicite, parce que frauduleuse — du Droit des sociétés en vue d'échapper à des obligations du Droit du Travail touchant à des libertés collectives d'ordre public. Ils vérifiaient, par exemple, si la date de création d'une société distincte scindant une société unique en deux était postérieure à une demande, émanant d'une organisation syndicale, d'organisation d'élections professionnelles, ou bien encore ils recherchaient le degré d'imbrication des différentes entités juridiques (salariés travaillant pour le compte de plusieurs d'entre elles alternativement, mise en commun en tout ou partie, même dirigeants, même statut du personnel, décisions de gestion du personnel centralisées pour l'ensemble, etc.).

Limitée à la sanction de fraudes à la loi, cette première utilisation du concept d'UES est révélatrice du Droit français de la représentation collective du personnel : seule l'élaboration par le juge d'un concept « ex nihilo » a permis d'assurer le respect de la norme juridique. La terminologie conventionnelle du Droit et de l'économie ne suffisent pas à faire appliquer le Droit. Ces premières UES étaient en fait des *reconstitutions* juridiques d'entreprises prises au sens le plus banal du terme. Elles se situent donc, du point de vue de la classification à la charnière de la catégorie précédemment étudiée et de celle qui fait l'objet de la présente sous-partie : il s'agit de mettre en lumière des subdivisions que l'Etat de Droit ne peut tolérer pour reconstituer une unité « primitive ». Puis, dépassant la notion de fraude à la loi, les Tribunaux, cette fois, ont établi l'existence d'UES, au-delà des cloisonnements nés d'une conception contractuelle ou patrimoniale de l'entreprise, de façon à *constituer* (et non plus seulement, comme les premiers exemples d'UES, à regrouper des subdivisions artificielles) des unités relationnelles dans lesquelles pourraient s'exercer les

(17) Articles L.932.1 et 6 du Code du travail : son rôle en matière de formation professionnelle, bien que très précisément défini par la loi, reste consultatif.

(18) Article L.432.8 du Code du travail – L'article L.435.2 donne compétence exclusive au comité d'établissement, en cas de structure complexe, pour assurer et contrôler la gestion de ces activités, sauf accords des comités d'établissement pour confier au CCE la gestion d'activités communes (article L.435.3).

(19) Voir l'article d'Alain Supiot, précité.

(20) Voir, par exemple, Cass. Crim. 23 avril 1970, 70.444.

différentes formes de représentation. Pour la première fois en Droit du Travail français, la recherche de l'entreprise s'affranchissait des conceptions juridiques antérieures, pour laquelle l'entreprise comme ensemble de relations sociales et économiques devait préexister à l'analyse et à la mise en pratique de ces différentes relations. C'est cette fois la démarche inverse qui est adoptée : comment prendre en compte la nécessité de faire fonctionner les différentes institutions relationnelles pour ensuite seulement délimiter leur cadre d'exercice (« Dites-moi comment vous devez et pouvez fonctionner, je vous dirai où — dans quel champ — vous le ferez »), tel est, de façon imagée, le discours et la démarche des juges (21).

L'entreprise se déduit des relations elles-mêmes, ces relations et leurs exigences pouvant varier, bien sûr, pour chaque IRP examinée. Tout comme pour l'établissement distinct, il n'y a pas de définition uniforme de l'UES. Une UES pourra ainsi être reconnue pour un comité d'entreprise, si les prérogatives de consultation et de contrôle de cette IRP ne peuvent être exercées valablement au sein de chaque entité juridiquement distincte, sans l'être obligatoirement au sein du même ensemble pour les D.P. ou la désignation d'une D.S.

D'une façon générale, les critères suivants sont recherchés pour reconnaître ou non une UES, pondérés selon la mission de chaque IRP.

— direction commune en totalité ou en partie

— activité similaire ou complémentaire

— locaux communs ou voisins

— statut identique pour l'ensemble du personnel.

Selon la situation concrète examinée, l'importance de ces différents paramètres est variable. Il a ainsi été jugé qu'une UES pouvait être reconnue malgré l'existence de conventions collectives différentes (22), ou en cas d'activités simplement connexes (23). En revanche, il a été rappelé à plusieurs reprises la nécessité d'une véritable complémentarité économique, et non seulement sociale, entre les sociétés distinctes pour pouvoir reconnaître une UES. En matière de désignation des délégués syndicaux, on peut citer l'arrêt du 5.7.77 (Boucherie et autres contre GIE Sud-Ouest Conserves). L'avocat général près de la Cour de Cassation, Monsieur Georges Picca, a rappelé dans ses conclusions préalables à deux arrêts rendus le 27 mars 1985 l'importance de liens économiques certains entre les entreprises en cause (24). Dans l'une de ces affaires, la Cour a refusé d'admettre l'existence d'une UES entre diverses sociétés ou associations ayant en commun le fait de s'intéresser aux courses de chevaux, au seul motif que les dirigeants de chacune de ces entités étaient partiellement communs à l'ensemble, sans rechercher la complémentarité de leur activité (25). Dans la deuxième affaire, la Cour a reconnu la possibilité d'UES entre associations, et l'existence d'une UES entre une Fédération d'associations, et les associations elles-mêmes, aussi bien pour le comité d'entreprise que pour les D.P., les organes dirigeants étant les interlocuteurs communs de ces institutions. Par contre, peu auparavant, la Cour de Cassation avait refusé d'admettre l'existence d'une UES entre l'Union des Caisses Centrales de la Mutualité agricole et cinq caisses en faisaient partie (26). Dans d'autres décisions, la Cour de Cassation a accepté que les établissements appartenant à des sociétés distinctes constituent entre eux une UES (27), ou bien encore qu'une UES puisse regrouper une société et un seul établissement d'une autre société (28). Plus encore que pour la détermination de l'établissement distinct, le contrôle de l'existence d'une UES repose sur un examen précis des situations propres à chaque cas examiné, sachant qu'il est toujours délicat et difficile d'objectiver un ensemble de relations économiques et surtout sociales, qui ne sont jamais transparentes dans de tels cas de figure, et dans lesquelles l'appréciation — nécessairement subjective — des parties en présence ne rend guère aisée une analyse appropriée de la situation.

La reconnaissance légale de l'UES, par la loi du 28 octobre 1982, codifiée par l'article L.431.1 6 du CT, n'a pas ajouté à la jurisprudence antérieure. Elle rend obligatoire la mise en place d'un comité d'entreprise commun au sein d'une UES reconnue par convention ou décision de justice, ce qui ne fait que confirmer le Droit positif élaboré par les Tribunaux sur ce point. Ce texte ne vise par ailleurs que les seuls comités d'entreprise, et non les autres IRP.

Le groupe et le comité de groupe :

Reconstituer ou constituer des entreprises, cadres de référence relationnels, à partir d'entités distinctes en Droit des Sociétés, tel est donc l'objet de la notion d'UES. La notion de groupe ne se cerne pas aussi aisément, et soulève une interrogation d'une autre ampleur : un problème de classification, qui est aussi une mise en question de la norme juridique, et donc de la vision traditionnelle du Droit Social ; la notion de groupe se situe-t-elle dans le champ du paradigme de l'entreprise ? Répondre par l'affirmative, c'est étendre le cadre de référence dans lequel les architectures juridiques classiques avaient borné l'exercice des droits individuels ou collectifs des salariés. C'est aussi confirmer que la communauté de travail ne se déduit pas de la seule analyse de situations immédiates, assez aisément matérialisables (ce qui reste le cas de l'UES), mais qu'elle peut aussi se superposer à des cadres relationnels de base (les entreprises) en regroupant l'ensemble de ces cadres dans un ensemble plus vaste mais beaucoup moins aisé à délimiter, celui où se diffuse et s'exerce une même stratégie de pouvoir et de décision. Répondre par la négative, c'est d'une façon ou d'une autre limiter l'exercice des aspects essentiels des droits des salariés, et en particulier de leur IRP aux seules entreprises, aux seules communautés de travail classiques. Mais dans les représentations contemporaines, le groupe, s'il ne se confond pas avec l'entre-

(21) Voir, à nouveau, le texte d'Alain Supiot.
(22) Cass. Soc. 7.7.83
(23) Cass. Soc. 22.7.80
(24) Cf. Droit Social, juillet-août 1985, p. 540 et suivantes.
(25) Dans une affaire antérieure concernant un groupe de sociétés de taille assez importante, le critère de complémentarité de l'activité économique était passé au second plan (Cass. Soc. 6.7.82, SA Danel continu. Bull p. 336 n° 456, D. 86 IR 430. Note Béraud).
(26) 9 janvier 1985, UCCMA et Caisse Centrale des Mutuelles agricoles.
(27) 4 février 1982, Talbot et Peugeot, Bull p. 51 n° 69 et D 1983 IR 166 note Jeammaud.
(28) 6 juin 1982, SA Texunion c/CFDT.

prise qui possède son histoire propre, ses jeux de relations, ses singularités et ses productions, ne constitue-t-il pas une « méta-entreprise » chargé de toutes les vertus ou de tous les maux, mais qui, en tout cas, phagocyte les centres de pouvoirs des entreprises-membres au point de s'y incorporer tout en restant autre. Pour les salariés et pour les dirigeants comme pour l'opinion publique en général, le groupe, *c'est donc toujours l'entreprise* mais c'est aussi *au-dessus de l'entreprise*, ce qui s'impose à elle, intervient dans son destin, bouleverse parfois son identité, son mode de fonctionnement et de relations. Le Droit se doit, d'une façon ou d'une autre, de prendre en compte ce double aspect du groupe en opérant une extension du paradigme de l'entreprise.

A laquelle de ces deux représentations du groupe la législation française sur le comité de groupe fait-elle référence ?

Il faut au préalable rappeler que le comité de groupe n'a été consacré que fort tardivement, par la loi du 28 octobre 1982 (articles L.339.1 et suivants du C.T.), alors que la nécessité d'une représentation du personnel au sein des groupes de sociétés avait été affirmée depuis longtemps par les syndicats de salariés. L'institution du comité de groupe avait du reste été préconisée par le rapport SUDREAU sur la réforme de l'entreprise (29).

La loi instaurant le comité de groupe n'est applicable qu'aux seules sociétés, quelle que soit leur forme juridique, y compris les établissements publics industriels et commerciaux et les sociétés nationales qui peuvent jouer le rôle de société dominante. Il n'est pas prévu de représentation de groupe au sein des associations (30) et des syndicats professionnels. Par contre, la loi D.D.O.S. du 3 janvier 1985 a ajouté les réseaux bancaires dotés d'un organe central qui n'est pas un établissement public aux entreprises tenues de constituer un comité de groupe (article L.439.11 du C.T.).

La loi précise en outre que la société dominante ainsi que les filiales et les sociétés dont la société dominante détient directement plus de la moitié du capital doivent avoir leur siège social en France. Mais une filiale française d'une société dominante étrangère peut elle-même se révéler société dominante d'un « sous-groupe » de sociétés de droit français. La législation sur le comité de groupe devrait alors être applicable à des sociétés, qui peuvent constituer un groupe au sens de l'article L.439.1, même si la société mère étrangère en est exclue.

Un comité de groupe, pour être constitué, obéit à des règles strictes, inspirées du droit des sociétés :

— Un groupe existe, par référence à l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 sur le Droit des sociétés, entre une société dite dominante et des filiales directes ou induites si la société dominante détient plus de la moitié du capital des filiales et « sous-filiales ». Le terme de société dominante a été préféré à celui de société mère, car il rend mieux compte de la complexité possible de la structure du groupe, permet l'extension à des filiales indirectes, et se réfère à une conception dynamique et évolutive du concept du groupe. Un comité de groupe est constitué de plein droit dans une structure ainsi définie.

— Font également partie d'un groupe, au sens de l'article 355 de la loi du 24 juillet 1966 les sociétés dont la société dominante détient directement ou indirectement de 10 à 50 % du capital. Les comités d'entreprises de ces sociétés peuvent désigner des représentants au comité de groupe si la société dominante exerce un contrôle effectif sur les sociétés considérées. La loi mentionne certains critères qui révèlent l'existence de relations de dominance entre ces sociétés, comme :

- la présence d'administrateurs communs,
- l'existence de comptes consolidés,
- une participation financière substantielle,
- des accords de participation au sein du groupe,
- l'ampleur des échanges économiques et financiers.

L'intégration au comité de groupe des sociétés dont le capital est détenu à moins de 50 % par la société dominante n'est cependant pas de droit : le comité d'entreprise de chacune des sociétés concernées doit en faire la demande au chef d'entreprise de la société dominante, après délibération, et par l'intermédiaire du chef d'entreprise de la société « dominée ».

Dans le cas où une société a son capital détenu partiellement par plusieurs sociétés, elle appartient au groupe qui détient la participation la plus importante. En cas d'égalité de participation directe ou indirecte, le C.E. de la société concernée peut opter pour l'un ou l'autre groupe. En cas de litige, le Tribunal de Grande Instance recherchera lequel de ces deux groupes contrôle le plus étroitement cette société.

Mis en place, le comité ne se substitue en aucune manière aux comités d'entreprises et d'établissements des sociétés composant le groupe. Les représentants au comité de groupe sont d'ailleurs choisis parmi les membres des C.E. et d'établissements (31) et désignés par les organisations syndicales représentatives. Il est prévu qu'il reçoit communication, lorsqu'ils existent, des comptes de bilan consolidés et du rapport du commissaire aux comptes correspondant. Il reçoit des informations sur l'activité, la situation financière et l'évolution de l'emploi dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent. Il est informé des perspectives économiques au sein du groupe. Il est donc conçu avant tout comme un organe d'information destiné à recueillir certaines données nécessaires aux comités d'entreprises et d'établissements, qui restent les organes de consultation et de contrôle en droit français.

---

(29) Rapport SUDREAU, 1975, p. 7.

(30) Des groupes d'associations représentant un important budget et un assez grand nombre de salariés existent pourtant. De même, on peut fort bien convenir qu'une association (type fondation) joue un rôle moteur au sein d'un groupe comprenant des sociétés commerciales.

(31) Une circulaire ministérielle du 28 juin 1984 admet la désignation de délégués du personnel comme membres des comités de groupe en cas de carence du comité d'entreprise dans une société, constatée dans les conditions prévues à l'article L.433.13 du C.T. Sur la composition et la procédure de désignation, voir l'ouvrage de Maurice COHEN, « le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe ».

Hormis cette hypothèse de substituer des D.P. aux membres du CE, le droit français ne reconnait pas d'autres institutions au sein du groupe pour les D.P. ou, surtout, la représentation syndicale, (sauf accord au sein d'un groupe, mais ceux-ci restent très rares).

Le droit français des comités de groupe se démarque d'une conception classique, patrimoniale, de l'entreprise par l'utilisation du concept de société dominante, l'extension du comité de groupe aux filiales minoritaires (à partir de 10 % de prise de participation directe ou indirecte par la société dominante), et la récente inclusion des réseaux bancaires. Sur ces points, le droit français est plus audacieux et plus soucieux de l'efficacité de la représentation des salariés que le projet de directive européenne VREDELING (32). Il s'inscrit dans une conception du groupe « centre de pouvoir » plutôt que de groupe « propriétaire majoritaire ». Mais en écartant les regroupements d'associations, les combinaisons de formes juridiques mixtes et surtout en limitant le rôle du comité de groupe à la collation d'informations, le droit français se replie sur une vision traditionnelle des relations sociales dans l'entreprise. Le groupe n'est pourtant pas seulement, et même pas forcément, une architecture d'entreprises organisée à partir de prise de participation financière. Il est d'abord un ensemble d'entreprises, ensemble au contour diffus et susceptible d'évoluer rapidement, organisé autour d'un centre de pouvoirs et de décisions qui ne trouve pas toujours sa source dans la propriété directe des titres : un groupe d'entreprises ne se confond pas dans tous les cas exclusivement avec un groupe de sociétés.

RÉFLEXIONS SUR LA DIVERSITÉ

Cette diversité des cadres d'exercice de la représentation du personnel ne s'est pas organisée en un seul bloc. Elle est le produit d'une évolution des règles de droit, des faits et des représentations. Cette diversité reflète une double tension : tension entre les faits et le droit : comment interpréter et faire appliquer ce dernier dans des situations dont la complexité et le caractère évolutif et précaire n'ont pas été prévus au départ ; tension aussi, à l'intérieur du droit lui-même, entre la norme et les règles : comment faire coïncider la permanence de la norme — établir une représentation du personnel efficiente dans l'entreprise — et la multiplicité des règles qui régissent la mise en place et le fonctionnement des IRP. Le rôle dévolu à la jurisprudence dans l'interprétation de ce droit et dans le développement de son caractère relativiste et téléologique s'est trouvé d'autant plus accru que le droit réglementaire se complexifiait.

Sans vouloir remettre en cause un édifice juridique sophistiqué, qui ne fonctionne somme toute pas mal et continue d'évoluer et de s'adapter, le moment est venu de s'interroger sur ses tendances et ses limites, avant de suggérer des perspectives d'évolution.

Tendances et limites

Trois grands stades historiques d'évolution vers la situation décrite peuvent être repérés :

— Le premier est marqué par une relative simplicité de la problématique : les IRP se mettent progressivement en place dans les entreprises. Leurs attributions restent relativement simples et aisées à discerner. Les entreprises elles-mêmes sont structurées et organisées de telle sorte que l'on ne s'interroge guère sur l'éclatement des collectivités de travail et la portée de la notion même d'entreprise. Le débat se cristallise surtout autour de la notion d'établissement distinct, et des critères qu'il convient d'établir pour chaque IRP concerné.

— Le deuxième stade est celui du développement de la notion d'UES, de la revendication de structures de représentation au sein des groupes ; et dans l'ordre des attributions et des fonctions, d'une plus grande présence des syndicats dans l'entreprise et d'un rôle accru de consultation et de contrôle des décisions pour le C.E. Parallèlement à cela, et en regard de cette évolution, l'interprétation jurisprudentielle des notions d'entreprise et d'établissement distincts s'affine, sans perdre son caractère relatif, téléologique, qui subsiste toujours. La jurisprudence se préoccupe davantage du statut et du niveau des interlocuteurs patronaux des différentes IRP, de l'organisation précise des collectivités de travail.

— Le troisième stade, qui n'est pas achevé, est marqué par la mise en cause de la notion d'entreprise, la précarisation de l'emploi qui déplacent les centres d'intérêts habituels de la matière. Les contentieux autour de la notion d'établissement et d'UES subsistent et continuent de faire l'objet de décisions de justice qui précisent ou réaffirment les principes de la jurisprudence antérieure. Mais il devient crucial d'assurer la représentation collective des salariés dans le cadre de phénomènes d'emploi extériorisé, de faire appliquer dans toute son étendue la législation sur le comité de groupe, et de prévoir des formules qui assurent le maintien et l'efficience des IRP dans les nombreux cas de restructurations que connaît notre tissu d'entreprises (fermetures, regroupements ou éclatements d'établissements, achat ou vente d'actifs et de secteurs d'activité, recomposition des groupes industriels et financiers). Il n'est donc pas surprenant que cette troisième phase ait été marquée par une intervention de grande ampleur du législateur et des pouvoirs publics (loi du 28 octobre 1982 sur le développement des IRP, du 1er mars 1984 sur le droit d'alerte, du 13 novembre 1982 sur la négociation collective d'entreprise).

Cette intervention du législateur s'est effectuée dans plusieurs directions :

— ***Un accroissement des prérogatives des IRP*** (dans le détail desquelles nous n'entrerons pas), ce qui ne peut rester sans conséquence sur leurs cadres d'exercice (accroissement des pouvoirs de contrôle et de consultation en matière économique du CE, rôle majeur donné au syndicat dans l'obligation annuelle de négocier et la mise en place du droit d'expression).

— ***Une volonté de souplesse et de simplicité :*** systématisation de la substitution des DP au CE en cas de carence de ce dernier, regroupement des fonctions de délégué syndical et de représentant syndical dans les entreprises et établissements de moins

(32) Voir sur tous ces points l'article précité d'Alain Supiot « groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise ».

de 300 salariés, possibilité pour un DP d'être désigné DS dans les entreprises et organismes de moins de 50 salariés.

— ***Une introduction de la représentation du personnel dans les structures autres que l'entreprise*** (le site).

— ***L'accent mis sur la négociation***.

Nous reviendrons ultérieurement sur ces deux derniers points. Pour ce qui est des deux premiers, quel peut être leur impact sur le cadre d'exercice des IRP, et, en premier lieu, sur les interprétations jurisprudentielles ?

L'accroissement des prérogatives de l'ensemble des institutions représentatives, la possibilité en particulier pour les DP de jouer le rôle d'un CE en cas d'absence de ce dernier (notamment une représentation au comité de groupe des établissements non pourvus de CE), la fusion de fait et de droit de la fonction de DP et de DS dans les petits établissements, et le large accès aux informations des DS et représentants syndicaux risquent de remettre en cause la diversité traditionnelle des cadres de représentation selon les IRP.

Des commentateurs estimaient, après la promulgation de la loi du 28.10.82, que le cadre d'exercice des DP et du droit syndical serait désormais le même. La jurisprudence récente de la Cour de Cassation (33) n'a pas pour l'instant concrétisé cette interprétation. On voit cependant mal se maintenir à terme des conceptions distinctes de l'établissement distinct, ou même de l'UES dès lors que des effectifs salariés assez faibles sont mis en jeu, dès lors que toutes les IRP disposent de prérogatives assez étendues, susceptibles d'être fusionnées ou de se substituer en partie. La complexité croissante des modes d'organisation du travail et les questions débattues au sein des instances de représentation du personnel supposent que les interlocuteurs, tant du côté des représentants des salariés que du côté des dirigeants ou du personnel d'encadrement, soient de mieux en mieux formés à leur fonction et informés des décisions intéressant la marche générale de l'entreprise. L'époque ou un chef de service dépourvu d'informations précises sur la politique des salariés et de l'emploi décidée au niveau de l'entreprise ou même du groupe pouvait valablement présider une réunion de DP ou recevoir un DS paraît désormais tout à fait révolue. Faut-il alors refixer officiellement les cadres de la représentation du personnel, décider par une mofidication des règles un infléchissement de la norme ? Si un redéploiement de cette diversité des cadres d'exercice pour une meilleure représentation du personnel doit s'éloigner du triptyque traditionnel « entreprise – établissement - UES » pour mieux apprécier les relations collectives dans le travail atypique, dans les groupes formels ou informels, l'intervention législative ou réglementaire pour ce faire n'est guère souhaitable ni adaptée. La règle ne pourra jamais, en de tels domaines, établir de cadre tout à la fois assez souple pour s'adapter à toutes les situations rencontrées et assez précis pour procurer une sécurité juridique minimum (34).

Quand au récent développement d'IRP dont le cadre d'exercice est extérieur à l'entreprise ou au groupe, il ne fait pour l'instant que se surajouter à l'architecture de la représentation du personnel sans la modifier ou influer directement sur sa conception et son évolution. L'institution des délégués de site, ou des délégués interentreprises chargés de négocier des accords interentreprises (article L.132.30 du CT) au plan local dans un cadre professionnel ou interprofessionnel est cependant révélatrice de l'impossibilité de limiter désormais le cadre des relations sociales dans le champ étroit de l'entreprise. La représentation de celle-ci évolue, comme nous l'avons vu, au point que le paradigme « entreprise » est devenu un cadre de référence qui repose désormais sur des critères tout à fait autres que la forme juridique ou la simple propriété du capital, mais l'extension même du cadre de référence de l'entreprise ne suffit plus. Certaines formes spécifiques de représentation collective d'intérêts communs à des salariés membres d'entreprises de petites tailles qui peuvent n'avoir entre elles aucun lien tant sur le plan de la propriété du capital qu'en ce qui concerne leurs activités économiques ou leur gestion du personnel nécessitent que soient instaurés des cadres de représentation qui ne soient plus fondés sur le « paradigme » entreprise. Par exemple, qu'en est-il de la D.P. de site ?

Celle-ci (35) permet aux salariés des établissements de moins de 11 salariés présents sur un même site, qui occupe durablement au moins 50 salariés d'élire des délégués du personnel dont la mission est de discuter avec le gestionnaire du site des problèmes communs qui peuvent se poser aux salariés. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par site. Les débats parlementaires ont fait référence à « un lieu géographiquement ou matériellement isolé qui représente une entité ».

Si une telle entité existe, seuls les salariés des établissements utilisant habituellement moins de 11 salariés sur le site peuvent élire des délégués du personnel de site. Sont donc à priori exclus, selon une lecture stricte du texte de loi, les salariés des établissements de plus de 10 salariés travaillant dans le même site et qui peuvent élire leur propre D.P. La loi n'organise aucune procédure de coordination entre ces DP et les délégués de site, alors même que ceux-ci ont pour mission de servir d'intermédiaires entre le gestionnaire du site (par exemple en matière d'hygiène et sécurité, conditions de travail, transports). Ces problèmes peuvent pourtant concerner tout aussi bien les salariés

---

(33) Cf. 1re partie, d'exercice du droit syndical et les articles de droit social juin 85 p. 472 et s. et novembre 1985, p. 471 et s.

(34) D'autant que l'évolution des modes de gestion du personnel et des phénomènes conjugués d'éclatement des cadres de représentation de la collectivité de travail et de redéploiement et recomposition du capital est à l'évidence un processus continu, dont on peut être assuré qu'il constituera une donnée permanente de notre système socio-économique et de la problématique des relations sociales.

Dans la revue « Syndicalisme CFDT » du 27 février 1986, Jean-Paul Murcier préconise l'abandon de la relativité du cadre d'exercice des IRP dans les cas d'UES, et son maintien pour les découpages internes à l'entreprise. La ligne de partage ainsi effectuée, au nom d'une meilleure représentation collective des salariés, semble trop rigide et ne tient guère compte des modifications, des attributions des IRP et des substitutions désormais possibles de certaines fonctions représentatives. De plus, distinguer entreprise interne et UES peut paraître artificiel, l'UES n'est-elle pas une entreprise reconstituée ou constituée à partir d'entités juridiques ? L'intérêt de cet article est qu'il émane d'un membre éminent d'une confédération de syndicats et qu'il pose le problème d'un ajustement nécessaire des cadres d'exercice des IRP.

(35) Codifiées aux articles L.421-1 et 5 du C.T.

relevant des établissements de plus de 10 salariés présents sur le même site, et ils peuvent aussi requérir un examen global pour l'ensemble des entreprises et établissements qui composent le site. Faute d'accord de coordination incluant toutes ces unités concernées, la délégation de site, limitée aux seuls établissements ne disposant pas de D.P. de droit commun, ne pourrait ainsi jouer tout son rôle.

La mise en place de cette délégation de site n'est pas de plein droit ; elle repose sur l'existence d'une décision administrative ou d'un accord préalable.

Le mode de négociation et de conclusion de ces accords nécessaires pour régler le processus électoral et pour définir plus précisément le fonctionnement de la délégation de site soulève une difficulté importante : *déterminer l'interlocuteur responsable du côté employeurs.* Définir qui est le gestionnaire du site n'est pas toujours chose aisée, si plusieurs sociétés ou GIE se partagent la responsabilité des gestions financière, économique et technique. Cette personne, une fois déterminée, est-elle toujours en mesure, de par ses compétences et sa fonction, de jouer valablement son rôle d'interlocuteur des délégués, de quels pouvoirs concrets dispose-t-elle sur les différents employeurs du site, si une réclamation des délégués implique, pour pouvoir être satisfaite, l'accord ou la participation financière de ces employeurs ? Plus malaisée à définir encore, la notion de représentant des employeurs du site. Une telle notion ne correspond pas nécessairement à un poste ou à une fonction existant réellement sur le site ou l'absence de gestionnaire de site. Les différentes entreprises ou établissements présents sur le site sont, en effet, le plus souvent totalement indépendants, contrairement aux entités constitutives d'une UES ou aux sociétés membres d'un groupe. Les responsables de ces différents établissements peuvent fort bien n'avoir que des relations individuelles avec le gestionnaire du site, s'il existe, et avec les administrations de contrôle, comme l'inspection du travail. Initiative intéressante du législateur, la délégation de site soulève de nombreux problèmes d'interprétation et d'application (36). Elle démontre qu'il est bien difficile d'organiser un mode de représentation collective hors du champ de l'entreprise.

La négociation collective, la voie de l'avenir ?

Faute de pouvoir toujours assurer une représentation collective du personnel satisfaisante par la multiplication des règles de droit et les interprétations évolutives de la jurisprudence, faut-il s'en remettre à la négociation collective comme mode privilégié de détermination des cadres d'exercice des différentes IRP ? (37). Les accords pré-électoraux peuvent d'ores et déjà contenir des dispositions en ce domaine. L'article L.433-2 du CT relatif aux élections du comité d'entreprise précise, en son alinéa 8, que le caractère distinct d'un établissement est reconnu par *accord* entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales, à défaut duquel compétence est donnée au Directeur Départemental du Travail du siège de l'entreprise pour reconnaître le caractère d'établissement distinct. Pourquoi ne pas développer cette possibilité et affirmer que la détermination du cadre de fonctionnement des IRP fait de plein droit l'enjeu d'une négociation pour toutes les institutions représentatives du personnel ? Les adversaires de cette évolution vers une contractualisation accrue de l'exercice de la représentation du personnel objecteront que l'état et l'histoire des relations sociales en France ne s'y prêtent guère et que la conséquence première de la contractualisation serait vraisemblablement d'amoindrir l'efficacité de la représentation du personnel, au détriment des salariés, de leurs représentants et de leurs syndicats. Cette objection n'est pas sans fondement et les craintes qu'elle manifeste sont partagées par beaucoup.

Pourtant, une telle évolution paraît inéluctable, au-delà même des jugements de valeur et des interrogations qu'elle suscite. Ce point de vue repose sur plusieurs constatations.

— ***La diversité des cadres d'exercice que nous connaissons, produit de la règle de droit et de l'interprétation jurisprudentielle, si elle permet de résoudre bon nombre de situations, a tendance à devenir source d'incertitude juridique.*** Il n'est pas certain que le souci permanent de cohérence qui anime le juge dans la recherche du meilleur cadre d'exercice pour chaque IRP et chaque cas qui lui est soumis aboutisse toujours à un résultat effectivement cohérent et à une représentation collective efficiente.

La situation actuelle masque mal certains manques : la représentation du personnel extériorisé (ateliers de sous-traitance sur place, démonstrateurs de magasins, pour ne citer que des cas désormais banalisés, du salariat éclaté, dispersé) est tout sauf assurée dans les faits par l'état du droit positif. Sa diversité, sa relativité elle-même, gages de souplesse et de cohérence, jusqu'à une période récente, finissent par être partiellement contestées (38).

— ***Le droit lui-même organise des modes de détermination des cadres d'exercice dans lequel la négociation ou la décision des parties interviennent largement :***

- délégation de site,
- délégation inter-entreprises,
- inclusion d'entreprises filiales minoritaires dans le champ d'un comité de groupe,
- droit d'expression,
- et bien sûr, négociation collective annuelle obligatoire d'entreprise.

Cette dernière, consacrée par la loi du 13 novembre 1982, constitue désormais l'une des prérogatives essentielles de l'activité syndicale dans l'entreprise. La loi dispose qu'une ou plusieurs sections syndicales représentatives doivent être constituées dans l'entreprise et que le délégué syndical, ou le représentant de l'organisation (syndicale) dans l'entreprise, participe à la négociation.

---

(36) Voir les articles d'Yves Jorand, Inspecteur du Travail, dans les numéros 25 et 27 de la revue Echange/Travail.

(Il existe cependant des délégation de sites qui fonctionnent telle que celle du marché d'intérêt national de Toulouse.)

Cf. aussi – Thèse de DEA Sciences sociales Université de Toulouse Cirylle Parlant « La délégation de site ».

(37) Ce qui, en tout état de cause, n'exclue ni le recours à la loi ou au réglement pour la modification des normes juridiques, ni les contentieux judiciaires pour l'interprétation de ces normes ou le réglement des litiges sur l'application et l'interprétation des accords.

(38) Cf. supra note 34, la position exprimée par J.-P. Murcier, au nom de la confédération CFDT.

La négociation porte obligatoirement sur les salaires réels, la durée effective du travail et l'organisation du temps de travail. Il s'agit là d'un contenu minimum et rien n'interdit aux acteurs sociaux d'étendre l'objet de la négociation annuelle d'entreprise à d'autres domaines. Il n'est cependant pas prévu de plein droit qu'elle puisse porter sur la définition du cadre de négociation, et d'une façon plus générale, sur les cadres d'exercice des IRP dans l'entreprise, qui restent à négocier éventuellement lors de la conclusion des protocoles d'accord pré-électoraux.

Rien n'exclut cependant que le cadre de la négociation (entreprise au sens d'entité juridique, établissement, UES ou pourquoi pas groupe ou partie de groupe) puisse faire l'objet d'une négociation préalable. L'article L.232-27 du CT dispose que « la négociation *peut* avoir lieu au niveau des établissements ou groupe d'établissements » (de l'entreprise, qui reste le cadre de référence, la norme du champ de la négociation). L'absence d'allusion au groupe ou à l'UES ne paraît pas devoir être interprété comme une interdiction de négocier à ces niveaux ; des accords de groupe existent, même s'ils restent trop rares et ne portent pas toujours, ou exclusivement, sur l'objet légal de la négociation annuelle d'entreprise (39).

Dans la même logique, on ne peut qu'interpréter extensivement la possibilité de négocier au niveau des établissements ou de groupes d'établissements. Il ne paraît pas, en tout cas, à la seule lecture des textes, que la négociation d'entreprise prévale nécessairement sur la négociation d'établissement, notamment dans l'hypothèse où l'entreprise a opté pour une forme de gestion décentralisée, accordant une large autonomie et des pouvoirs de décision importants au chef d'établissement. L'objet même de la négociation n'apporte pas de réponse : on peut tout aussi bien soutenir que les salaires effectifs, l'aménagement ou la durée du travail relèvent de la politique générale de l'entreprise, ou bien au contraire qu'ils peuvent présenter des caractéristiques spécifiques à chaque établissement, et ne peuvent être négociés qu'à ce niveau.

Dans l'hypothèse où l'implantation syndicale se situe au niveau de l'établissement, la proposition inverse (négociation dans l'établissement, puis dans l'entreprise) aurait tout aussi bien pu être soutenue, sans être moins logique. La volonté de l'administration qui est d'éviter qu'une négociation d'établissement ne couvre pas tous les établissements de l'entreprise et prive ainsi certains salariés des résultats de la négociation, ne peut cependant qu'être louée, mais un argument tiré du droit d'expression des salariés aurait pu être utilisé avec profit : la nouvelle loi sur le droit d'expression des salariés comporte une disposition prévoyant *« que la négociation peut avoir lieu au niveau des établissements ou des groupes d'établissements, à condition que l'ensemble des établissements distincts soient couverts par la négociation »* (nouvel article L.461-3 du CT, Loi du 3.01.1986).

Qui fixe alors le niveau de la négociation collective : entreprise, établissements (ou, pourquoi pas, groupe) ? François HUMBERT (40) préconise de laisser l'initiative et la décision du cadre de la négociation à l'employeur.

Il ressortit, certes, aux prérogatives du chef d'entreprise d'opter pour une gestion centralisée ou décentralisée du personnel, jusque dans les domaines tels que les salaires et l'examen des conditions de travail. Mais, cette prérogative, née du pouvoir de direction, s'applique-t-elle au cadre de la négociation ? Le terme même de la négociation implique une stricte égalité de droits, sinon de pouvoirs effectifs, entre les acteurs. Les représentants des salariés, en l'occurrence les syndicats représentatifs, ont eux aussi à exprimer leur point de vue, en cas de structure complexe ou de divergence d'appréciation, sur le cadre qui paraît le mieux adapté. Ne conviendrait-il pas mieux de laisser l'initiative en ce domaine à la partie la plus diligente ?

Sans être obligatoire, ni même de droit, le développement de pratiques de négociation préalables pour établir les cadres de la négociation se produira sans doute pour adapter au mieux l'objet de la négociation aux structures propres à l'entreprise concernée (41).

— **Il est un autre facteur de développement de la négociation sur la mise en œuvre des droits collectifs des salariés : les vagues de restructurations, de recomposition des entreprises et des groupes peuvent modifier le cadre d'exercice des différentes IRP.** Faire appel aux institutions judiciaires ou à l'autorité administrative pour régler les litiges sur le redécoupage des IRP dans le cadre d'une restructuration incluant, par exemple, des prises de participations importantes, des cessions d'activités ou d'établissements, est certes possible, mais la lourdeur de la procédure et l'incertitude du résultat ne peuvent qu'inciter les partenaires sociaux à trancher par eux-mêmes, dans le cadre d'un protocole d'accord, les difficultés et conflits qui peuvent naître sur ce point.

La loi, de surcroît, n'a guère prévu de dispositions propres à régler ce type de situation. Pour le seul comité d'entreprise, la loi du 28 octobre 1982 a prévu une procédure particulière, afin d'assurer une continuité de la représentation du personnel au sein des CE, CCE ou comités d'établissements, dans l'hypothèse d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, par analogie avec l'article L.122-12 du

(39) Non mentionnés par la loi du 13.11.82, les accords de groupe posent cependant un problème de droit non résolu : sont-ils juridiquement valides en tant que tels, c'est-à-dire opposables à chaque entreprise et à chaque syndicat dans le groupe, même non signataire, ou doivent-ils, comme semble le soutenir l'Administration, être contresignés par les représentants syndicaux et patronaux de chaque entreprise auxquels ils doivent s'appliquer ?

(40) Droit social 1984 p. 824 « sur l'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples ». Voir aussi sur cette question l'article de Jean Pelissier : « la négociation sur les salaires : problèmes juridiques », Droit social, 1984 p. 678.

(41) Si la négociation interne à l'entreprise est désormais largement ouverte, et devrait continuer à se développer, en permettant la conclusion d'accords à tous niveaux (établissement, entreprise, groupe, U.E.S.), il restera à régler un autre problème de fond, qui dépasse le cadre de cet article : la négociation interne à l'entreprise ne risque-t-elle pas de rendre, à terme, obsolète la négociation de branche ? Le gain en souplesse et démocratie au sein de l'entreprise serait alors largement compensée par l'émiettement des statuts et des droits salariés, et l'affaiblissement des syndicats représentatifs, là où ils sont actuellement les mieux structurés.

Code du Travail (42). Cette procédure codifiée à l'article L.435-5 du CT (43) a prévu trois cas de figure :

- l'entreprise est absorbée mais conserve son autonomie juridique. Le CE ou le CCE demeure en fonction (44) ;

- l'entreprise absorbée devient un établissement distinct de l'entreprise d'accueil, alors le CE de l'entreprise absorbée désigne parmi ces membres deux représentants titulaires et suppléants au CCE de l'entreprise absorbante ;

- la modification dans la situation juridique de l'employeur porte sur un ou plusieurs établissements distincts qui conservent ce caractère, ces établissements sont alors représentés au CCE de l'entreprise d'accueil par leurs représentants au CE de l'entreprise dont ils faisaient partie.

L'article L.433-14 du CT, qui fait lui aussi référence à l'article L.122-12 du CT, dispose en outre que le mandat des membres élus du CE et les représentants syndicaux au CE subsiste lors d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, lorsque l'entreprise elle-même conserve son autonomie juridique. Si l'entreprise devient un établissement ou si la modification porte sur un ou plusieurs établissements distincts qui le restent, le mandat des représentants syndicaux et des membres du CE subsistent et se poursuivent jusqu'à leur terme pour les élus aux CE (la durée du mandat peut cependant être élue ou prorogée par accord, pour tenir compte des renouvellements des comités d'établissements dans l'entreprise d'accueil).

Ces textes posent de délicats problèmes d'interprétation et d'application. Le premier, et non des moindres, est celui de l'applicabilité de l'article L.122-12 du CT auquel il fait référence. D'autres questions restent en jeu : quel sens doit-on donner au mot absorption, une cession majoritaire ou à la hauteur de la minorité de blocage sera-t-elle considérée comme telle ? En cas de litige sur l'application de cet article, qui est l'autorité compétente ? Il y a tout lieu de penser que le Directeur Départemental du Travail du siège social reste compétent pour déterminer le nombre d'établissements distincts. Cela peut revenir en certains cas de figure à donner au DDTE un pouvoir d'appréciation sur la réalité de l'absorption et sur l'applicabilité de l'article L.122-12 du CT, problème de droit pour lesquels aucune intervention administrative n'a été prévue.

Face à ces difficultés, la négociation reste encore le plus sûr moyen de les résoudre dans un délai relativement bref, tout en dégageant une solution qui assure le maintien d'une représentation collective du personnel efficiente — et pas uniquement pour les comités d'établissements ou d'entreprises.

Sans être la panacée, il est probable que seule une évolution des relations sociales vers davantage de négociation pourra assurer tout à la fois le maintien de la diversité, de la souplesse des cadres d'exercice de la représentation du personnel et une efficacité satisfaisante de cette représentation collective, évitant les incertitudes juridiques que fait naître une diversité fondée sur le seul jeu de la fixation des normes et des règles par la loi et de leur interprétation par la jurisprudence.

* *
*

Étudier les cadres d'exercice de la représentation du personnel permet d'apprécier l'importance de l'histoire dans la constitution du droit :

Histoire des relations sociales, car le système français, par ses caractéristiques propres — en particulier la prééminence donnée à la loi et au règlement dans la mise en œuvre du droit — a très largement contribué à façonner ce droit.

Histoire des représentations conceptuelles, de l'imaginaire, car c'est l'évolution même de la notion d'entreprise et de ses développements qui se lit dans ce droit, et, plus encore, pèse sur son évolution. Le droit n'est pas seulement affaire de réglementation, pas plus qu'il n'est le pur produit des évolutions socio-économiques. Il véhicule des schémas de représentations de ses propres normes, s'en imprègne, se réoriente au gré de leurs évolutions, se bloque lorsque la distance entre la représentation du droit et les structures effectives où il intervient devient trop grande. Son évolution future dépendra pour une bonne part des changements qui interviendront dans les représentations de l'entreprise et du groupe, et dans la manière dont les acteurs sociaux sauront les concrétiser.

---

(42) Ce texte célèbre prévoit le maintien des contrats individuels de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (par vente, fusion, cession, etc.). Son application est extrêmement délicate et ce texte a été à l'origine de multiples polémiques et interprétations. La jurisprudence qu'il a fait naître reste en constante évolution, comme en confèrent des arrêts récents de la Cour de Cassation (Ass. Plénière du 15.11.85, Ch. Soc. du 26.02.86). Des négociations de branche se développent actuellement pour préciser les cas d'application de cet article, et atténuer l'incertitude juridique et les conséquences fâcheuses pour le maintien de l'emploi des récents arrêts de la Cour de Cassation (accords de branche dans la restauration collective et dans le nettoyage).

(43) Ce texte a pour finalité première la mise en conformité du droit du travail interne à la directive du Conseil des Communautés Européennes n° 77/187/CEE du 14.02.77.

(44) De même, bien sûr, que l'ensemble des autres structures de représentation du personnel.