

# Mouvement syndical et droit du travail : interactions <sup>(1)</sup>

par *Pascal Rennes*, Directeur du travail honoraire

## PLAN

I. L'influence du droit du travail sur le mouvement syndical, sur sa configuration, son attractivité, sa capacité d'action

II. La mobilisation du droit dans l'action syndicale

III. Les syndicats et la justice

## I. L'influence du droit du travail sur le mouvement syndical, sur sa configuration, son attractivité, sa capacité d'action

Apprécier l'influence du droit du travail sur le mouvement syndical reste un exercice difficile, voire déplacé, le droit du travail n'est pas fait pour le mouvement syndical, et a même longtemps ignoré la collectivité des salariés et contrarié l'organisation et l'action collective des travailleurs. Le droit du travail influe directement sur le statut des travailleurs, sur leurs conditions de travail, sur leur capacité à se mobiliser. Son évolution, ses transformations modifient donc beaucoup le comportement des salariés, les liens qu'ils tissent entre eux, les rapports que les syndicats nouent avec eux.

Les deux dernières décennies, c'est connu maintenant, ont vu se transformer profondément le travail, les conditions de travail et les relations de travail avec une forte individualisation (ou une pseudo contractualisation) de la situation des travailleurs (horaires, évaluation...) venue se substituer à un statut plus collectif, plus aliénant peut-être, mais d'une certaine façon plus protecteur aussi.

Les salariés ont été confrontés à la mise en place conjointe de la flexibilité et de la précarisation souvent par le biais de la sous-traitance et des formes d'emploi triangulaires et à un mouvement continu et accéléré de restructurations (concentration et éclatement à la fois).

Cet ensemble schématiquement rappelé a profondément touché le monde du travail et affaibli indirectement mais profondément aussi le syndicalisme. C'est pourtant sur les mesures qui ont visé directement les relations collectives de travail que je vais m'arrêter un peu plus. Je connais mieux ce domaine aussi et prends la précaution de préciser qu'il n'y a pas d'analyse syndicale de ces transformations, de leurs effets sur l'organisation collective des travailleurs. Les études, les recherches au moins bi-disciplinaires – sociologiques et juridiques – manquent cruellement même si l'on peut s'appuyer sur

l'enquête *Réponse* de la DARES et certaines études de l'IRES.

**A. La reconnaissance et l'admission du syndicat dans l'entreprise en 1968** se sont faites sous une forme étriquée, embryonnaire. Victoire certes, mais en fait c'est le délégué syndical qui incarne cette reconnaissance, c'est-à-dire un individu. Ce n'est pas un collectif organisé avec des moyens assurant son autonomie (2). Au contraire, ce personnage souvent isolé va progressivement être chargé de lourdes responsabilités cumulant les missions de représenter les salariés, le syndicat comme interlocuteur de la direction, il assure l'articulation avec les structures syndicales et une présence prépondérante au comité d'entreprise, parmi les délégués du personnel et au sein du CHSCT. Dans les années 1970-80, le mot d'ordre syndical CGT « *Priorité au syndicat* » (par défiance vis-à-vis des IRP soupçonnées d'être influencées par l'employeur) accentue une canalisation en fait vers le délégué syndical et non le syndicat.

Les réformes de 1982, la négociation annuelle obligatoire et la négociation dérogatoire en matière d'aménagement du temps de travail ont accentué ce phénomène de concentration et de distance d'avec les salariés (la DARES dit "d'institutionnalisation").

La mise à l'écart des délégués du personnel (repérée par Georges Borenfreund) a alors commencé puis a été accélérée par les réformes de 1993 avec le cumul obligatoire des mandats CE et DP dans les entreprises de moins de 200 salariés et leur élection simultanée tous les deux ans seulement (et tous les quatre ans maintenant) dans toutes les entreprises.

L'arrêt *Castorama* du 27 mai 1997 validant la désignation du délégué syndical comme suffisant à montrer l'existence d'une section syndicale (3), louable

(1) Cet article développe une intervention durant la deuxième journée Gérard Lyon-Caen organisée le 15 juin 2007 par l'Association française de droit du travail et de la Sécurité sociale (AFDT) intitulée : "Syndicats et Droit du travail". Les actes de cette journée sont promis à publication prochaine aux éditions Dalloz.

(2) Gérard Lyon-Caen « À la recherche des concepts de base du Livre IV du Code du travail », Mélanges J.M. Verdier.

(3) Dr. Ouv. 1997 p. 263.

effort de la Chambre sociale de la Cour de cassation pour taire les contestations patronales, a considérablement élargi la faculté pour les syndicats représentatifs ou affiliés de désigner des délégués syndicaux sans réelle implantation syndicale.

Cela se produit dans une période où la négociation dérogatoire d'entreprise est de plus en plus autorisée, assortie d'allègement de cotisations et donc à un moment où les employeurs ont besoin d'interlocuteurs syndicaux, peu important qu'ils soient isolés, faibles ou nombreux et divisés.

La loi du 4 mai 2004 qui a ouvert le champ du dérogeable à l'accord de branche et à la loi directement par accord d'entreprise sans pour autant renforcer les conditions de légitimité des signataires a elle aussi amplifié ce mouvement. L'accord signé par un délégué syndical, même très minoritaire, reste la règle.

C'est pourquoi est posée fortement l'exigence d'une démocratisation de la négociation collective par la mise en place généralisée d'un véritable système majoritaire d'adoption des accords. Autrement le syndicalisme risque fort d'être rejeté par les salariés dont l'avis sera de plus en plus ignoré.

Parallèlement la définition et la mesure de la représentativité syndicale doivent être sérieusement aménagées pour que cette qualité soit attribuée périodiquement par une autorité indépendante.

La CFDT et la CGT ont pris position ensemble pour que les travailleurs puissent élire partout et par branche professionnelle (un regroupement des branches est nécessaire) des représentants du personnel, occasion de mesurer l'influence électorale des syndicats.

A ce propos, il faut noter qu'il y a quelque naïveté à réduire les conditions de représentativité à la seule audience électorale sans assortir cette mesure de la possibilité de vérifier si les syndicats candidats remplissent les conditions d'indépendance absolument nécessaires. Sinon l'élargissement de « l'offre syndicale », si chère à l'UNSA, se traduirait en fait par une nouvelle arrivée de syndicats influents mais proches des souhaits des patrons. La recherche d'interlocuteurs syndicaux dociles, et bientôt de majorité pour l'adoption d'accords dérogatoires, hantent de plus en plus les dirigeants d'entreprise.

## **B. L'influence considérable des groupes d'entreprise s'est encore accentuée.**

La fréquence de leur restructuration accroît les difficultés des syndicats et des fédérations

(4) P. Rennes, « D'un débat majeur à un accord mineur », Dr. Ouv. 2005, p. 311.

(5) On peut s'étonner que des avocats apparemment proches du mouvement syndical qui réclament à cor et à cri des délégués

professionnelles dont le champ d'action se trouve sans cesse bouleversé. Mais il n'y a pas que cela. Depuis une vingtaine d'années les grands groupes ont mis en place des dispositifs de négociation et des institutions centralisées, destinées à s'affranchir des règles du droit du travail et de la représentation des salariés. Plusieurs générations d'accords ont vu le jour portant sur l'ensemble des relations sociales, créant des institutions ad hoc et des procédures convenues de négociation différentes de celles du Code du travail, avec le souci certain de neutraliser l'action des IRP.

La loi du 4 mai 2004, tout en reconnaissant la négociation de groupe, n'en a pas fait un niveau hiérarchique identifié et a laissé aux négociateurs et aux directions une grande souplesse pour définir les périmètres variables concernés par la négociation. L'articulation entre groupe, branche et entreprise reste des plus floue. La volonté d'auto réglementation risque fort d'être facilitée si les représentants syndicaux centraux, souvent « choyés » par les directions, ne font pas preuve de vigilance.

## **C. La neutralisation des IRP initiée par les directions des grands groupes est devenue, au nom du dialogue social et de la sécurité juridique, une véritable obsession des réformateurs actuels.**

La loi *Fillon* de 2003, la loi de cohésion sociale de 2005 et celle du 30 décembre 2006 ont étendu le champ et l'objet des accords de méthode qui permettent que des syndicats même minoritaires disposent d'une grande partie des droits des comités d'entreprise et des comités centraux ou des comités de groupe, institutions élues dont les prérogatives étaient jusqu'alors d'ordre public absolu pour la plupart (4).

Les garanties de procédure (et non de forme...) fortes des IRP qui pourraient permettre un débat (5), des temps préalables en contre pouvoir des décisions unilatérales sont livrées « à chaud » ou « à froid » au domaine conventionnel dans les conditions actuelles de la négociation d'entreprise, de groupe ou de branche.

Ces changements insidieux des années 1990 et plus brutaux des années récentes bousculent le mouvement syndical, dénaturent les élections professionnelles, font des délégués syndicaux centraux ou de groupes, des hommes et des femmes très courtisés (6) par les directions d'entreprise qui tentent d'en faire des interlocuteurs plus sûrs que les élus du personnel dont les mandats et la diversité dépendent des électeurs.

syndicaux au niveau des entreprises européennes n'aient pas remarqué cet engouement patronal.

(6) P. Rennes « Accords, droit et pratiques en matière syndicale », Analyses et documents n° 50, p. 67 ; n° 51, p. 19 (avril et juin 1992).

Le glissement des relations collectives, d'un semi-contrôle ou contre-pouvoir des IRP vers une certaine contractualisation, se fait si l'on peut dire à droits syndicaux constants : le syndicat en tant que tel, le collectif de syndiqués ne disposent d'aucun moyen nouveau (7).

#### **D. La communauté des travailleurs, sa configuration et sa représentation restent sous la coupe des directions d'entreprise et dépendent fortement de leurs décisions en matière d'organisation ou de division du travail.**

Il en est ainsi du cadre de la représentation des travailleurs, des élections, des instances représentatives, de la désignation des délégués syndicaux, du fonctionnement du comité d'entreprise, de l'exercice des mandats, de la division en collèges, de l'effectif, de l'électorat et de l'éligibilité.

Les droits constitutionnels de participation, de négociation et d'action syndicale sont des droits des travailleurs. Comme dans certains pays voisins les directions d'entreprise devraient être irrecevables à la contestation des désignations ou de la représentativité. Ces interventions patronales troublent et vicient les relations collectives de travail, jouent de la division syndicale. Les débats actuels sur les effectifs ou sur l'UES montrent l'intensité de la pression patronale pour limiter l'autonomie collective.

#### **E. Le droit du travail favorise-t-il l'attractivité des syndicats ?**

Cette question posée par Antoine Jeammaud rejoint la question que m'a posée récemment une délégation syndicale de la Fédération de Russie « *Quel intérêt un travailleur a-t-il d'adhérer à un syndicat en France ?* ». J'ai répondu qu'il ne s'attire que des ennuis et que le principe d'égalité de traitement interdit que des travailleurs placés dans une situation identique soient traités différemment. L'interdiction de la discrimination en fonction de l'activité syndicale renforce cela.

Mais comme le droit du travail et la réglementation ne sont pas appliqués spontanément par les employeurs, la participation à l'activité syndicale permet de mieux défendre ses droits matériels et moraux, de travailler plus dignement.

Ces réponses assez simples montrent que rien ne favorise en France l'adhésion à un syndicat qui n'est pratiquement pas fournisseur de prestations de services (logement, formation, protection complémentaire...).

Est-ce qu'il faudrait revenir sur l'effet *erga omnes* des accords et conventions collectives comme l'a évoqué à un

moment Gérard Lyon-Caen ? Cela serait contraire à une tradition culturelle de solidarité et contraire aussi au principe de l'égalité de traitement (bien malmené pour les salariés précaires, à temps partiel, de sous-traitants ou les nouveaux embauchés). Le concept récent jurisprudentiel de « statut juridique différent » permet de nombreuses entorses ou adaptations selon les cas.

Pourtant on pourrait attacher des droits au fait d'être syndiqué sans toucher à l'égalité des droits « substantiels ». Les syndiqués pourraient par le biais des syndicats se voir facilité l'accès à la mise en œuvre concrète de droits individuels. Cela correspond à l'objet des syndicats (L. 411-1). Au-delà de la défense vague des droits et des conditions de travail, le syndicat pourrait avoir des prérogatives précises pour l'accès à la formation professionnelle continue, à la VAE, le respect d'une évolution de carrière, d'une mobilité choisie, de l'égalité de traitement, la défense devant les prud'hommes...

Cela pourrait concerner les salariés des PME ou même des TPE pour lesquels des conseillers du salarié à compétence élargie pourraient être élus directement et assurer ces missions de contrôle et mise en œuvre concrète de droits individuels.

Sans de telles réformes, l'attractivité syndicale risque fort de demeurer très faible. On peut craindre même que sans démocratisation de la négociation collective et des règles de la représentativité le système actuel serve de repoussoir. La présence syndicale peut être redoutée par les travailleurs, après la loi du 4 mai 2004 (mais aussi les multiples lois de flexibilité), elle peut servir uniquement les intentions de l'employeur qui obtiendra les accords nécessaires à l'aménagement du temps de travail, au tarif des heures supplémentaires...

La négociation dérogatoire sans principe majoritaire a entaché gravement l'image syndicale, y compris celle des non-signataires renvoyés souvent par les salariés dans la sphère des négociateurs, de la polémique entre syndicats.

L'arrêt ADECCO (8) qui a fait couler tant d'encre ne résout pas les difficultés de la syndicalisation des travailleurs intérimaires, mais il assainit le droit de la négociation collective en introduisant un minimum de légitimité bien nécessaire aux négociateurs. On ne voit pas vraiment pourquoi il a provoqué tant d'émoi dans presque toute la doctrine et étonnamment du côté de certaines organisations syndicales. Des accords passés par les employeurs profitant de la faiblesse de leurs interlocuteurs syndicaux ne peuvent être très favorables aux travailleurs. Qui s'amuserait à contester d'ailleurs un bon accord ? Pourquoi invoquer encore la sécurité juridique dans le cas de négociations manifestement déloyale envers les salariés ?

(7) P. Rennes, « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », Dr. Ouv. 2007, p. 20 notamment en matière d'information, de consultation, de réunion des salariés.

(8) 20 décembre 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 329 n. A. Braun.

## II. La mobilisation du droit dans l'action syndicale

### A. Il est largement admis dans la CGT depuis des dizaines d'années que la connaissance des droits, leur utilisation, l'action juridique enrichissent l'action syndicale, peuvent améliorer le rapport de force.

La défense des droits, les revendications de droits nouveaux, leur transformation (9) restent des préoccupations dominantes, assorties d'une nostalgie persistante d'une époque (les trente glorieuses ?) pendant laquelle, le droit du travail, le statut du travail salarié devaient être idylliques.

Pourtant, dans ses formations juridiques, la CGT a souvent repris l'essai de définition fondamentale et moderne formulée par Gérard Lyon-Caen dans *Le Droit Ouvrier* en 1951 (10), définition que chacun connaît, qui relativise le droit du travail comme un droit vivant, particulièrement réversible. Ces efforts n'empêchent pas que persiste encore beaucoup l'idée que le droit est une donnée assez intangible, que l'institution judiciaire et les procédures, voire les pratiques, les habitudes sont immuables. Deux attitudes se côtoient donc et peuvent dans certains cas être considérées comme complémentaires et dans d'autres se révéler antagoniques.

Il y a d'un côté une certaine allégeance au « droit positif », l'alignement sur la loi, ou même la circulaire administrative, la jurisprudence de la Cour de cassation. Le tout est assorti de conseils de prudence pour ne pas faire courir de risques au syndicat. Il faudrait rester sur des actions sûres, des procédures rôdées.

Cette première attitude s'accompagne quelque fois de la dénonciation « politique » de l'état du droit et d'une aspiration à des droits nouveaux. Ces deux thèmes liés permettant souvent de justifier l'inaction.

L'autre tendance considère que les droits, les procédures, les institutions peuvent évoluer, peuvent être « retournés », « travaillés » de l'extérieur, de l'intérieur, même à cadre légal relativement constant parce que la société change, le travail, l'emploi et les mentalités aussi (11).

Ces deux postures ne s'affrontent pas vraiment, elles coexistent avec des influences fluctuantes selon la personnalité des dirigeants, des militants et des avocats, selon les lieux et les organisations aussi. Cette grande diversité dans la CGT peut dérouter certains observateurs

(12) et créer quelques effets de surprise ici ou là du côté patronal (encore l'insécurité juridique !).

### B. La place des juristes syndicaux, des militants investis dans des mandats juridiques, ou celle des professionnels du droit est en conséquence diversement appréciée (13).

Souvent leur concours ne va être mobilisé que tardivement, en défense après l'action.

Ils seront par ailleurs cantonnés à la gestion d'une institution ou à des formes de prestation de services (les permanences juridiques), au mieux, à la mise en forme de projets, à la rédaction de documents. Cela sera accompagné du reproche fait au spécialiste de désertir l'action syndicale revendicative.

L'association des juristes en amont des décisions d'orientation, des projets, des actions ou des négociations n'a lieu que lorsque les directions syndicales ont fait leur, une conception plus dialectique du droit, ou lorsque le militant juriste aura fait la démonstration qu'un spécialiste peut devenir ou être « très politique ». Cela suppose d'accepter la confrontation, la coopération équilibrée et l'élévation commune du niveau de connaissance et d'expérience.

### C. L'action syndicale est trop souvent réduite par la presse sociale, des manuels et ici ou là un ou deux universitaires, à la seule fonction de négociation.

Ce n'est pas une attitude innocente, cela dénote une volonté d'éviter que les syndicats s'occupent des conditions de travail concrètes des salariés et des projets patronaux.

Or le droit est en fait bien mieux mobilisé dans les multiples actions syndicales autres que la négociation elle-même. Par exemple, au moment de l'implantation syndicale et de la mise en place des IRP, de leur fonctionnement, mais aussi pour l'exercice des mandats (14), l'information des salariés, la défense des emplois malgré les fluctuations de la réglementation.

Paradoxalement c'est bien en matière de négociation collective que le droit est mal connu et en particulier sur les questions liées aux salaires comme l'égalité professionnelle, l'égalité de traitement, les discriminations. Certaines clauses des accords

(9) N. Olszak le notait déjà dans sa thèse *Mouvement ouvrier et système judiciaire 1830-1950*, Strasbourg 1987.

(10) "Les fondements historiques et rationnels du droit du travail", article reproduit au Dr. Ouv. 2004 p. 53.

(11) Hommage doit ici être rendu à Francis Saramito pour son souci de faire prendre au Droit Ouvrier toute sa part dans le débat doctrinal. A ce propos, cf. M. Bonnechère « Doctrine et

droit du travail : éléments pour un débat », Dr. Ouv. 2002, p. 471.

(12) L. Villemez, *Le droit du travail en danger*, Éditions du Croquant 2006.

(13) Il en est de même pour les chercheurs et les universitaires.

(14) Sauf à propos du soutien bien insuffisant apporté aux élus et mandatés à l'occasion de la procédure spéciale préalable au licenciement.

d'intéressement ou de participation dont la légalité n'est contrôlée par personne sont éloquentes.

Sur le temps de travail, ce n'est guère mieux. La complexité fait le jeu des directions d'entreprise, une certaine banalisation de la dérogation fait ignorer qu'il y a des verrous, des contreparties nécessaires (15).

La faiblesse du contentieux sur la négociation elle-même, ses conditions de loyauté en est le reflet. Pourtant la contestation des clauses d'un accord n'entraîne pas la nullité de l'accord dans son ensemble comme le ferait l'exercice du droit d'opposition. L'action syndicale en justice est plus largement admise maintenant (16).

#### **D. Lors des grèves, actions collectives animées ou accompagnées par les syndicats, il semble qu'il y ait une meilleure prise en compte du droit.**

Si le patronat continue d'invoquer divers droits ou libertés pour tenter de sanctionner les grévistes, obtenir leur expulsion, la défense s'est nettement renforcée sur la protection des grévistes, l'interdiction de les remplacer par des travailleurs précaires mais également sur les limites de la réquisition. Sur les modalités d'occupation et l'expulsion des grévistes par exemple, l'entreprise EDF en 1995 a intenté une centaine d'actions n'obtenant satisfaction que dans un tiers des cas, le juge temporisant dans un autre tiers, ou refusant l'expulsion pour le tiers restant. La présence de défenseurs à l'audience de référé influe beaucoup. Malgré cela, la tendance, qui consiste à

dénoncer la répression contre les grévistes, reste plus courante et démobilisatrice alors qu'il vaudrait mieux faire connaître les échecs patronaux en la matière (17).

#### **E. Les normes internationales, et le droit social européen en particulier, ont été pris en compte par les organisations de la CGT avec beaucoup de retard.**

Retard explicable certes par le rejet légitime de l'Europe des marchands et la liquidation concomitante des secteurs entiers de l'industrie. Mais cette hostilité a eu de nombreux effets pervers. Parmi eux, l'atténuation des responsabilités de telle ou telle direction d'entreprise ou de groupe, l'ignorance du rôle du gouvernement français lors de l'adoption des directives et du Parlement français dans leur transposition. Il a fallu, bien avant les débats sur le Traité constitutionnel, des efforts conjoints de militants syndicaux et d'universitaires (18) pour pousser à la formation et à l'information sur ces sujets. L'admission tardive de la CGT dans la CES et la malheureuse affaire de la question préjudicielle posée à propos du travail de nuit des femmes ont provoqué méfiance ou hostilité.

Par contre quelques actions récentes devant la CJCE ou devant la CEDH ont eu des vertus pédagogiques certaines. On les doit paradoxalement au fait que la majorité précédente n'avait pas hésité à adopter des dispositions qui heurtaient les normes européennes, voire celles de l'OIT. Cette pédagogie bizarre jouera-t-elle aussi à l'occasion des projets de contrat unique ou de service minimum ?

### **III. Les syndicats et la justice**

#### **A. Les syndicats, les militants syndicaux sont encore à cent lieues de pouvoir et vouloir utiliser correctement l'institution judiciaire.**

Une barrière sociale et culturelle sépare les syndicats et militants de l'institution judiciaire, indépendamment des moyens d'accès eux-mêmes qui sont le premier obstacle.

Ce phénomène ancien s'explique probablement par le fait que ce sont les patrons qui ont actionné la justice malheureusement avec succès jusque dans les années 1990 lors de conflits sociaux pour obtenir l'expulsion des grévistes, ou contester les désignations de candidats ou de délégués syndicaux. Le classement sans suite

fréquent des rares procès-verbaux d'inspecteurs du travail a fait pratiquement abandonner l'action pénale.

La seule passerelle entre le monde du travail et la justice est constituée par les conseils de prud'hommes avec l'élection des juges salariés et l'existence de défenseurs syndicaux et d'avocats proches des syndicats. On le sait, c'est presque exclusivement pour faire réparer le préjudice causé par un licenciement que cette juridiction est saisie.

Malgré les efforts, le bureau de conciliation et la formation des référés ne sont pas mobilisés à la hauteur de leurs pouvoirs. C'est un enjeu sur lequel on reviendra plus loin.

(15) L'analyse des accords de RTT de la région Aquitaine réalisée par les chercheurs du Comptasec évoque même des accords irréels, Dr. Ouv. 2001, p. 277.

(16) M. Henry, L'action syndicale en exécution des conventions collectives, Dr. Ouv. 2007, p. 112 et Soc. 3 mai 2007, Dr. Ouv. 2007, p. 326, note M. Henry.

(17) Par exemple, Mireille Panigel-Nennouche, Réquisition par le préfet et recours au référé liberté, Dr. Ouv. 2004, p. 185, ou

encore TGI Aix en-Provence 5 juillet 2007, Dr. Ouv. 2008 p. 29, n. A. de Senga.

(18) Entre autre Michèle Bonnechère dans le Droit Ouvrier depuis plus de vingt ans. Voir le numéro spécial Dr. Ouv. 1989, p. 245... ou l'apport des amis de l'Institut du travail de Strasbourg lors des formations des militants syndicaux depuis plus de vingt ans également.

## **B. C'est, curieusement, la suppression en 1986 de l'autorisation administrative préalable au licenciement économique qui a sensiblement modifié l'approche par les syndicats CGT du juge judiciaire.**

La recherche d'un recours face à un projet de licenciement collectif a fait se tourner comités d'entreprise et syndicats vers un juge (le même que celui qui expulsait les grévistes !) dont on a ainsi découvert qu'il pouvait notamment en référé ordonner des mesures, suspendre des délais, annuler des procédures, voire des licenciements. On connaît les aléas de ces nouveaux moyens de faire appel au juge judiciaire efficacement. L'histoire dans ce domaine continue. En tous cas, la CGT et *Le Droit Ouvrier* ont particulièrement mis en avant ces possibilités d'associer mobilisation et action judiciaire.

C'est à la même époque que le juge des élections professionnelles a pu être saisi de façon offensive pour faire reconnaître l'unité économique et sociale, pour obtenir une décentralisation en établissements distincts, pour la prise en compte dans l'effectif, ou dans l'électorat d'un certain nombre de salariés précaires ou mis à disposition.

La réforme du référé prud'homal, l'extension de l'article L.122-45, l'affaire *Clavaud* (19) et les premières réintégrations de grévistes licenciés ont eu une grande portée pédagogique, alliant mouvement social, campagne médiatique et action judiciaire.

## **C. Il n'y a pas eu réellement de développement quantitatif du contentieux social, ni de changement radical et massif des pratiques syndicales.**

Mais de façon plus volontariste et moins isolée, en matière de restructuration, de travail précaire, de grèves et de discrimination syndicale des syndicats, des militants, des comités d'entreprise, aidés d'avocats combattifs ont su faire marcher de pair ces trois facettes (mobilisation, média, référé) de façon exemplaire pour obtenir une modification des actions et décisions patronales et non plus seulement une indemnisation plus ou moins réparatrice et peu dissuasive des dommages causés aux salariés.

C'est probablement à cause de ces actions efficaces qu'un lobbying patronal intense s'est développé sur le thème de la sécurité juridique menacée parce que des magistrats, la Chambre sociale de la Cour de cassation ont commencé à admettre qu'ils pourraient mettre fin à un

trouble manifestement illicite ou empêcher un dommage imminent (20).

**D. Contrairement à ce qui est couramment propagé, les actions judiciaires lors des restructurations et licenciements économiques ne sont pas mises en œuvre pour retarder les échéances, voire accroître les difficultés de l'entreprise, mais tout simplement pour permettre l'expression des intérêts des salariés et leur prise en compte.** Obliger à informer et à consulter n'est pas une question de respect des formes mais un respect des procédures permettant un débat sur des propositions alternatives, pour réduire le nombre de licenciements, faire jouer à plein l'obligation de reclassement, améliorer le PSE ou obtenir un bon accord portant sur la GPEC. Tout cela justement pour contraindre les directions de dépasser un respect apparent (formel) des textes.

La mise en œuvre de stratégies syndicales et judiciaires ne peut avoir d'autres objectifs que le respect d'un droit, au mieux, de l'intégralité d'un droit. C'est ce qui est en cause à propos de la discrimination syndicale. Il est demandé au juge de mettre à néant cette discrimination, cet acte illicite. L'action en justice, à répétition s'il le faut, est destinée à faire fléchir les directions qui ne veulent pas prendre en compte les dossiers qui leur sont présentés, qui ne veulent pas négocier, remettre à niveau le militant concerné et réparer le préjudice passé. La sanction judiciaire favorise une négociation de bonne tenue, les constats d'inspection du travail et la perspective d'être assigné au pénal font fléchir les employeurs récalcitrants (21).

Il est fort probable qu'en matière d'égalité professionnelle et de discrimination hommes-femmes, l'action judiciaire aidera à obtenir des négociations d'un bon niveau alors qu'elles piétinent pour le moment.

Notons qu'il s'agit des rares actions devant les Conseils de prud'hommes intentées par des salariés qui sont encore dans l'entreprise. L'initiative des syndicats ou leur intervention aux côtés des salariés est dans ces cas indispensable.

Les actions judiciaires contre le travail précaire ou pour obliger à la requalification des contrats restent encore isolées et pas assez dissuasives. Les questions du moment de l'action et la lenteur des procédures malgré les textes sont un handicap sérieux. La pression patronale pour banaliser le recours aux travailleurs précaires est très forte, souvent formulée sous forme de chantage (22).

(19) Gérard Lyon-Caen a pris une part très active au succès notamment pour convaincre de la compétence du juge des référés même si la nullité du licenciement a finalement été obtenue devant le juge de fond, G. Lyon-Caen « Lettre à des juges » *L'Humanité* du 21 mars 1986 reproduite dans *Le Droit Ouvrier* 1986, p. 203.

(20) Convaincre des conseillers prud'hommes d'utiliser ce qu'ils apprennent au cours de leur formation n'est pas une mince affaire. Mettre la main à la pâte en allant avec des syndicats plaider et gagner devant les formations de référé, alliant ainsi

la démonstration pratique à une pédagogie volontariste certaine, est une méthode qui a fait ses preuves et devrait prospérer.

(21) Rachel Spire « La lutte contre la discrimination syndicale », numéro spécial *Dr. Ouv.*, avril 2006.

(22) J.-L. Vergne, DRH de Peugeot PSA, déclarait qu'il savait que la plupart des contrats précaires utilisés étaient illégaux, mais que si on l'obligeait à les intégrer il serait contraint de mettre en œuvre périodiquement des PSE.

L'appel aux intérimaires, aux CDD, ou à la fausse sous-traitance, c'est la conception banale de la GPEC dans les entreprises tant qu'elles ne sont pas contraintes d'appliquer la loi.

Les syndicats ne devraient pas cesser de mener à la fois la lutte contre le travail précaire et celle contre les licenciements économiques. Dans l'un et l'autre cas des droits d'action collective existent et ont montré leur efficacité pour faire intégrer des salariés, y compris en utilisant la juridiction prud'homale la plus accessible encore.

**E. La CGT a des positions connues et publiques sur l'action prud'homale** et sa conception de la mission des conseillers prud'hommes salariés.

Les Conseils de prud'hommes doivent jouer tout leur rôle, sans plus, c'est-à-dire utiliser tous les pouvoirs et particulièrement :

- lors de l'audience de conciliation,
- en formation de référé,
- en matière d'exécution provisoire,
- lors de l'audience de départage.

On a beaucoup insisté sur le rôle du bureau de conciliation, le rôle actif du juge (information du salarié, instruction et mise en l'état). Mais on n'a pas souligné suffisamment la nécessité d'ordonner le paiement de provisions qui allègeraient la charge de l'attente, accélèreraient la procédure au fond.

Malgré les efforts faits en matière de formation et les démonstrations probantes déjà évoquées, la formation des référés n'est pas utilisée à sa mesure et d'un conseil à l'autre des disparités énormes existent. Les consignes du CNPF (23) pour neutraliser cette formation efficace sont appliquées par les conseillers employeurs affiliés au Medef.

Il en est à peu près de même en matière d'exécution provisoire. Bien qu'il soit vérifié que les décisions assorties

de l'exécution provisoire sont moins frappées d'appel, la tendance à l'inertie reste forte, elle est encore fondée sur la crainte que le salarié ne puisse restituer les sommes perçues !

Le partage des voix en bureau de jugement et le recours au juge professionnel départiteur restent perçus comme une sorte d'échec de la formation paritaire, cela conduit on le sait à beaucoup de compromis aux dépens du demandeur, le travailleur. La CGT n'a jamais donné de consignes autres que celles d'utiliser tous les pouvoirs du juge et de faire respecter le droit du travail. Devant le juge professionnel le débat est plus juridique et les statistiques montrent encore que le nombre d'appel par section des conseils est inversement proportionnel au nombre de décisions prises en formation de départage.

On ne connaît pas la nature des décisions (plus ou moins favorable au demandeur salarié) prises en départage et on ne sait pas non plus en proportion si ce sont les employeurs ou les salariés qui font le plus appel et quelle est là aussi la nature favorable ou non des arrêts rendus. De telles recherches permettraient d'améliorer la formation et la pratique des juges prud'homaux salariés.

L'activité des Conseils de prud'hommes, leur efficacité dépendent beaucoup de la qualité des demandes, des types d'actions choisies et donc de l'accueil et de la défense des salariés qu'elle soit assurée par des défenseurs syndicaux ou des avocats. Beaucoup est fait pour la formation et l'information des uns et des autres notamment au travers des publications de la CGT et par *Le Droit Ouvrier* en particulier.

L'accès au droit et même à la juridiction prud'homale reste mal aisé, il manque un statut solide des défenseurs syndicaux pour que les travailleurs n'hésitent pas à agir et aillent jusqu'au bout de leur action.

**Pascal Rennes**

(23) La circulaire Sorel.

## Association française de droit du travail (AFDT)

### La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit du travail

*par Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly,*

**le vendredi 21 mars 2008 à 17h30**

Lieu : Palais de Justice de Paris, salle des Criées - Entrée libre

Prochaines séances : les vendredi 18 avril, 16 mai et 20 juin 2008 à 17h30.

Le vendredi 8 février 2008, de 14 h à 18 h 30, une après-midi d'étude "Les outils de la flexisécurité" (Auditorium de la Maison du Barreau, 11, place Dauphine 75001 Paris - Réservée aux adhérents de l'AFDT) avec des acteurs de la négociation sur "la modernisation du marché du travail".