

LES PÉRIMÈTRES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Synthèse du colloque

Vers une théorie des périmètres en droit du travail ?

par Frédéric GÉA,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy, Université de Lorraine

PLAN

- I. La notion de « périmètre » en droit du travail
- II. Quelles fonctions et finalités ?
- III. L'émergence d'une construction d'ensemble ?
 - A. Le souci de rationalisation des périmètres
 - B. Le réajustement des finalités des périmètres
 - C. Une analyse des rapports entre périmètres
- IV. Quelle compétence pour l'accord collectif ?

Comme un arbre ses fruits, un colloque aussi riche que celui qu'a organisé notre collègue Gilles Auzero donne des réflexions qui méritent d'être combinées ou entremêlées, afin de les savourer pleinement. Le temps de la traditionnelle « synthèse » est celui où il est permis de se délecter de l'alchimie que produit la mise en relation des différentes contributions. C'est que, toujours, de l'interrelation émane le sens. L'essence d'un sujet. D'une notion. D'un mot.

I. La notion de « périmètre » en droit du travail

Ce dont il convient de s'aviser, c'est que cette terminologie n'est apparue que récemment dans les discours *juslaboristes*. D'elle, l'on ne trouve trace, par exemple, chez Paul Durand, lequel parlait de « cadre » pour désigner l'État, la profession, l'entreprise ou l'établissement (1), en les envisageant comme des foyers de production normative (pour user du langage d'aujourd'hui) ou des lieux où se déploient les relations du travail, et non comme des espaces d'application du droit du travail (contrairement au marqueur mis en avant dans l'intitulé du colloque). Comment cette terminologie s'est-elle imposée ? Il faut, à cet égard, faire le constat de sa floraison dans le discours légiféré. Plus que toute autre réforme, les ordonnances *Macron* l'illustrent de par les diverses références faites au « périmètre de l'accord » (art. L. 2254-2, C. trav.) (2), au « périmètre des établissements distincts » (art. L. 2313-2 à L. 2313-5 et art. L. 2313-8) et au « périmètre de mise en place de la commission santé, sécurité et conditions de travail » (art. 2315-43 et L. 2315-44) (3), au « périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements » (art. L. 1233-5) ou encore à la définition du « périmètre d'appréciation de la cause économique » (4). Nous ne pensons pas moins que les chroniques de jurisprudence de Yves Struillou et Laurence Pécaut-Rivolier publiées dans la *Semaine Sociale Lamy*, lorsque ceux-ci s'employaient à expliciter la jurisprudence de la Chambre sociale relative à l'interprétation des dispositions de la loi du 20 août 2008, ont eu un rôle décisif dans la diffusion, voire la propagation de cette notion, dont ils usaient fréquemment, jusqu'à la propulser au cœur de l'espace doctrinal. Pourquoi la notion de « périmètre » a-t-elle bénéficié d'une telle réception ? La multiplicité des « cadres » de référence en droit du travail, dont certains peuvent (ou ont pu), à leur tour, donner lieu à des significations différenciées, à l'instar du groupe (5) ou de l'établissement distinct (6),

(1) P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail. Tome premier*, Librairie Dalloz, 1947, « Deuxième partie. Les cadres des relations du travail », pp. 263 et s.

(2) Ordonn. n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

(3) Ordonn. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 et ordonn. n° 2017-2018 du 20 déc. 2017.

(4) Ordonn. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, avec l'intitulé du premier chapitre du Titre II, consacré aux dispositions relatives au licenciement pour motif économique.

(5) V., dans le présent numéro, la contribution de Magali Gadrat qui y voit une notion fonctionnelle aux significations plurielles.

(6) V., dans le présent numéro, la contribution de Cyril Wolmark.

n'y est pas étrangère, en ce qu'elle a attisé le besoin de recourir à une notion englobante et, *in fine*, la nécessité de penser globalement ces périmètres (7). Mais la raison la plus fondamentale réside, selon nous, dans la signification qu'imprime la notion de périmètre. Car, par son truchement, ce qu'elle désigne ne se réduit ni à des lieux de production des règles, ni à des champs d'appli-

cation. Les périmètres ont une consistance économique, sociale ; ils sont des espaces investis par des acteurs, traduisent des réalités, correspondent à des organisations. Voilà pourquoi le périmètre nous semble devoir, en la matière, être défini comme « *un espace, reconnu ou institué par le droit, et auquel ce dernier assigne au moins une fonction ou finalité distincte de la seule application des règles* » (8).

II. Quelles fonctions et finalités ?

Il convient ici de distinguer. La fonction assignée à un périmètre ne s'identifie pas à sa finalité. Que l'on songe au périmètre d'appréciation de l'élément originel de la cause économique de licenciement, tel que l'avait consacré la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1995, dans l'hypothèse où l'entreprise appartient à un groupe de sociétés ; il avait pour fonction de spécifier un cadre d'appréciation judiciaire (9), mais sa finalité consistait, quant à elle, aux dires de l'un des principaux artisans de cette jurisprudence, à déjouer les fraudes, en se hissant au niveau où les décisions sont prises (10) – celui, en fait, où s'exerce le pouvoir. Si l'on se situe sur un plan plus général, comment caractériser les *fonctions* des périmètres (en droit du travail) ? En quoi consistent-elles ? L'idée de délimitation est, certes, toujours présente. Il n'en demeure pas moins que ces périmètres semblent pouvoir s'ordonner autour de deux fonctions-types, qui, cependant, n'interdisent pas des recoupements, avec, d'un côté, une fonction *régulatrice* et, d'un autre côté, une fonction *instituant*e. À la première fait écho l'idée de contrôle, comme dans l'exemple que nous venons de citer, tandis que la seconde répond plutôt à une logique de reconnaissance, que l'on repère notamment dans les références à l'établissement distinct ou à l'unité économique et sociale. Seulement la multiplicité des périmètres, surtout si l'on porte un regard rétrospectif sur les champs du droit de la représentation du personnel ou du droit du licenciement économique, invite à scruter, par-delà les fonctions, les *finalités* qui leur sont assignées.

Ce qui apparaît, de ce point de vue, frappant, c'est que ces finalités n'ont cessé d'être *évolutives*. Le

cheminement de l'unité économique et sociale – son histoire – en offre une illustration, avec le passage d'une finalité sanctionnatrice, au moment où cette notion naquit sur le terrain de la fraude, à une finalité organisatrice (11), jusqu'à susciter des appels à une « émancipation » destinée à lui faire produire de nouveaux effets sur le terrain des rapports de travail – prétentions aujourd'hui dissipées. De même peut-on déceler le passage (du périmètre) de l'établissement distinct d'une conception sociale à une conception organisationnelle (12), traduisant un changement de finalité. Ce constat ne doit-il pas être également dressé au sujet du groupe, à plus forte raison si l'on se souvient de la trajectoire qu'a connue cette notion depuis les années 1980 dans le domaine du licenciement économique, ou bien au sujet de la branche, sous l'effet conjugué, dans la période récente, de la redéfinition de ses missions et du processus de restructuration enclenché en 2014 ? Par ailleurs, les discussions accompagnant le projet Pacte (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises), en impulsant une nécessaire réflexion sur la définition et l'objet de l'entreprise, ne procèdent-elles pas d'un questionnement sur la ou les finalités de ce qui constitue (encore) l'un des principaux périmètres du droit du travail ? Ces transformations traduisent, si l'on s'attache à les relier, une évolution à la fois globale et plus profonde.

(7) V., en particulier, la tentative de A. Mussier, *Les périmètres du droit du travail*, Thèse droit privé, Université de Lorraine, soutenue à Nancy le 14 déc. 2016.

(8) Nous reprenons la définition déjà donnée dans F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie). À propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. Soc.* 2016, p. 1047, n. 83.

(9) Ph. Waquet, « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », *Dr. Soc.* 1995, p. 482.

(10) Ph. Waquet, « Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 119, affirmant : « *C'est le seul moyen d'éviter les fraudes et d'assurer une vision réaliste des contraintes pesant sur l'emploi* ».

(11) V., dans le présent numéro, la contribution de Laurence Pécaut-Rivolier.

(12) V., dans le présent numéro, la contribution de Cyril Wolmark.

III. L'émergence d'une construction d'ensemble ?

Ce qui est nouveau, c'est qu'émerge aujourd'hui ce qui pourrait s'apparenter à une construction d'ensemble qui, chemin faisant, paraît rendre possible, à tout le moins, l'esquisse d'une *théorie des périmètres en droit du travail*. Les voies de cette construction se révèlent aussi diverses que complémentaires, à dire vrai.

A. Le souci de rationalisation des périmètres

Tant au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel se perçoit, avec netteté, le souci, depuis quelques années, de *rationaliser* les périmètres dans le domaine du droit du travail. Autrement dit, de les réduire, de les simplifier, de les réordonner. Dans quel but ? Celui de répondre, bien sûr, à ce qui constitue, aux yeux de certains, un problème : leur multiplicité et, au-delà, leur dispersion, voire leur éclatement.

En vérité, cette préoccupation n'est pas nouvelle. Voilà bien longtemps que des réflexions sont menées sur les contours respectifs du groupe de reclassement et de l'unité économique et sociale – et pour cause, puisque le critère de la permutation, que la Cour de cassation a inscrit au cœur de sa jurisprudence sur l'aire du reclassement, a été emprunté à la jurisprudence sur l'UES. Les multiples occurrences du groupe en droit du travail font, elles aussi, l'objet, depuis longtemps, de réflexions approfondies (13). À l'heure actuelle, les objets de rationalisation, s'agissant de ces périmètres, se situent sur plusieurs fronts. Celui, d'abord, de la notion d'établissement distinct. C'est là une évidence : la fusion des instances représentatives du personnel, avec l'avènement du comité social et économique, induit nécessairement une unification des périmètres qui, dans le système de représentation du personnel antérieur aux ordonnances *Macron*, donnaient lieu à des définitions différenciées pour les

délégués du personnel, les comités d'établissement et le CHSCT. Ne reste plus désormais, s'agissant des élus du personnel, qu'une amorce de définition privilégiant un critère : « *l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* », aux termes de l'article L. 2313-4 du Code du travail (14). Le périmètre du groupe aura constitué, à cet égard, un second front de rationalisation, qui irriguait la série d'arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 16 novembre 2016 (15), avant que les ordonnances *Macron* ne viennent camper une définition unitaire du groupe dans les textes légiférés relatifs à la cause économique de licenciement et ceux sur le reclassement. Et ce, au travers d'une démarche qui se sera révélée, convenons-en, un peu balbutiante, puisqu'à la formulation opérant par renvoi au I de l'article L. 2331-1 du Code du travail relatif au comité de groupe (16) a été, *in fine*, substituée, via l'ordonnance « rectificative », une disposition reprenant la teneur de ce paragraphe et comportant la référence directe aux articles du Code de commerce auxquels celui-ci renvoie (17).

L'unification – comme forme de rationalisation – n'en est pas moins restée, s'agissant de certains périmètres, *incomplète*. La notion d'établissement distinct demeure aujourd'hui duale, dès lors que persiste, en marge des textes sur le comité social et économique, une acception distincte pour la désignation des délégués syndicaux (18). Quant à la définition du groupe consacrée par les ordonnances *Macron* en matière de licenciement pour motif économique, elle ne constitue, au fond, qu'une base ouvrant sur des déclinaisons variées, suivant qu'elle se combine avec la notion de secteur d'activité et n'est envisagée – en principe – que sous l'angle des entreprises établies sur le territoire national (appréciation de l'élément originel de la cause économique), qu'elle

(13) L'on se contentera, à ce sujet, de renvoyer à M. Kocher, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, coll. Bibliothèque de droit social, t. 61, L.G.D.J. – Lextenso éditions, 2013.

(14) Et de l'article L. 2313-8, dans le cadre d'une unité économique et sociale. Rappelons, au passage, que ledit critère est emprunté aux éléments définitionnels qu'avait dégagés le Conseil d'État pour circonscrire le périmètre d'implantation du comité d'établissement, puisqu'il était fait référence à l'autonomie de gestion suffisante, tant pour l'exécution du service que pour la gestion du personnel, en sus d'éléments relatifs à la stabilité dans le temps ou, même si sa portée demeurerait relative, à l'implantation géographique.

(15) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n^{os} 14-30.063, 15-15.190, 15-19.927 ; RJS 1/17, resp. n^{os} 19, 20 et 22.

(16) Dans l'ordonn. n^o 2017-1387 du 22 sept. 2017.

(17) La disposition légale en cause, que l'on retrouve aux articles L. 1233-3 (cause économique de licenciement), L. 1233-4 (obligation générale de reclassement en matière de licenciement

économique), L. 1226-2 (inaptitude consécutive à une maladie ou un accident non professionnel) et L. 1226-10 (inaptitude suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle) – est, à chaque fois, rédigée en ces termes : « *Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce* ». Passons sur la différence rédactionnelle, dans la version originelle des ordonnances, entre le dernier alinéa de l'article L. 1226-10 et le deuxième alinéa de l'article L. 1226-2, lequel, curieusement, était amputé de l'alternative appréhendant le groupe comme « *l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français* » – ce qui n'était guère compréhensible.

(18) En vertu de l'article L. 2143-3, dernier alinéa, du Code du travail, la désignation d'un délégué syndical peut, en effet, intervenir « *au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* ».

s'associe au critère de la permutabilité avec le même recentrage territorial (obligation de reclassement préalable au licenciement) ou qu'elle s'affranchit, au contraire, de toute restriction aux entreprises situées en France (19) (appréciation des moyens du groupe, lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi a été fixé par un document unilatéral de l'employeur (20)). Nul doute qu'il s'agisse, la plupart du temps, et en tout cas dans ces exemples, d'un choix délibéré plutôt que d'une tentative avortée ou inachevée (21). C'est que les déclinaisons de ces périmètres répondent à des finalités différentes, manifestement irréductibles les unes aux autres. Des déplacements sont cependant bel et bien à l'œuvre...

B. Le réajustement des finalités des périmètres

Voilà ce qu'il convient d'avoir à l'esprit : les finalités de certains périmètres ont été *réajustées*, qui plus est significativement, dans la période récente.

Reprenons l'exemple – emblématique – du périmètre d'appréciation de l'élément originel de la cause économique du licenciement (et notamment des difficultés économiques). Le réajustement intervenu en septembre 2017 s'est fait dans un but précis – une finalité clairement et même fortement mise en avant : la compétitivité. En l'occurrence celle du pays, plus que celle des entreprises, car l'ambition affichée consistait à attirer les investisseurs étrangers en levant ce qui était perçu comme dissuasif à leur égard (22). C'est ainsi qu'a été justifié l'abandon de la ligne jurisprudentielle étendant ce périmètre à l'ensemble des entreprises du groupe, quel que soit leur lieu d'implantation. Avec cet indéniable paradoxe que la modification de ce périmètre s'est accompagnée d'une exception, autorisant le juge à tenir compte de la situation des entreprises du groupe situées hors territoire national, qui n'est autre, comme nous l'avons relevé, que la finalité poursuivie par la jurisprudence mise en cause (23) : « *sauf fraude* » (24). Cette finalité-là n'a pas disparu ; simplement, elle se trouve reléguée au second plan. Par là passe le réajustement des finalités du périmètre concerné. Le recentrage du périmètre du reclassement sur le territoire national s'appuie-t-il sur les mêmes ressorts ?

Cette évolution, qui remonte à la loi *Macron* du 6 août 2015 et que la réforme de septembre 2017 n'a fait que consolider, avait pour objectif d'alléger les contraintes de l'employeur, de circonscrire son obligation, de limiter le risque de condamnation – et non pas de renforcer l'efficacité du reclassement (25). Ne pourrait-on y voir, là aussi, une déclinaison de la recherche de compétitivité ? Qu'en est-il s'agissant du périmètre d'application de l'ordre des licenciements, qui, il y a peu, s'identifiait – sauf prévision contraire d'un accord collectif – à l'entreprise ? Celui-ci était conçu, semble-t-il, comme une garantie d'objectivation (26), parce qu'il empruntait à l'ordre des licenciements sa finalité. Aujourd'hui, après la modification – par les ordonnances *Macron* – des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 1233-5 du Code du travail, l'idée d'objectivation ne disparaît pas, mais est ramenée à une exigence de justification (procédurale), avec une limite lorsque ce périmètre est fixé par décision unilatérale de l'employeur, en l'absence d'un accord collectif : celle de la « *zone d'emploi* », laquelle, observons-le, constitue l'un des nouveaux périmètres de notre droit du travail...

Sur ces différents terrains, les déplacements ont été ostensibles. Mais l'on peut se demander si, à l'égard d'autres périmètres, des changements de finalité ne se sont pas produits d'une manière plus discrète, moins visible. Le fait que la détermination du nombre comme des périmètres des établissements distincts ait été détachée du protocole d'accord préélectoral et, *in fine*, confiée à un accord collectif majoritaire (au sens du premier alinéa de l'article L. 2232-12), lorsque l'entreprise comporte un ou des délégués syndicaux, ne traduirait-il pas une volonté de faire évoluer en profondeur, par la négociation collective, la structure des entreprises ? L'ambition de favoriser une adaptation des organisations n'irriguerait-elle pas, en outre, aujourd'hui, la conception que l'on se fait de l'unité économique et sociale ? À dire vrai, nous touchons là à la problématique des usages que les acteurs (du travail) font – ou entendent – faire des périmètres, en s'appropriant, le cas échéant, les facultés qui leur sont offertes par un législateur soucieux de s'en remettre à eux, tout en conservant la main.

(19) Rappr. CE 7 fév. 2018, n° 397.900, *Sté Tel and Com* ; RJS 4/18, n° 260.

(20) Dans le cadre du contrôle administratif d'homologation prévu à l'article L. 1233-5-3.

(21) Encore que l'on puisse s'interroger sur certaines articulations.

(22) Ce que rappelle à juste titre, dans sa contribution au présent numéro, Fabienne Jault Seseke.

(23) *V. supra*.

(24) Au terme de rebondissements sur lesquels nous ne reviendrons pas ici (v. F. Géa, « L'hypothèse de la création artificielle de difficultés économiques », RDT 2017, pp. 793 et s., sachant que la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 a, contre toute attente, dans son § 81, associé à cette réserve de la fraude l'hypothèse de « l'organisation artificielle des difficultés économiques au sein d'une filiale », en réintroduisant ainsi, par la bordure, la notion que les sénateurs avaient écartée...).

(25) Du moins pas de façon systématique.

(26) Avec des implications qui ont pu être vigoureusement contestées.

Justement, cette main est celle que l'on devine derrière les rapports qui ont pu, dans la période récente, être instaurés entre certains périmètres dans le champ du droit du travail.

C. Une analyse des rapports entre périmètres

La question des rapports entre normes négociées se prête à un décryptage en termes de *rapports* entre périmètres. Au fond, l'agencement entre les différents niveaux de production de normes négociées n'emporte-t-il pas celui des espaces dans lesquels les acteurs du travail interviennent ?

La branche, dont l'article L.2232-5-1 du Code du travail énonce qu'elle a d'abord pour mission de « définir les conditions d'emploi et de travail, ainsi que les garanties qui lui sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L.2253-1 et L.2253-2 », se présente comme un périmètre circonscrit, certes, mais qui apparaît, en outre, susceptible de se rétracter en fonction des stipulations de l'accord d'entreprise, dès lors que celui-ci comporterait « des garanties au moins équivalentes » (à l'échelle de l'une des matières présentées comme sanctuarisées ou verrouillables). Toujours, ce périmètre se voit assigner pour fonction de « réguler la concurrence entre entreprises relevant de son champ d'application ». Mais son extension – celui de la convention de branche, en particulier – peut désormais se heurter paradoxalement à un refus du ministre chargé du Travail pour « atteinte excessive à la libre concurrence » (27), parmi d'autres motifs d'intérêt général. Ces évolutions reflètent le rang ancillaire que se voit, à l'aune en tout cas du discours légiféré, réserver le périmètre de la branche. Au travers des ordonnances *Macron*, la fonctionnalité de ce périmètre se traduit avant tout sur le mode de la *subsidiarité*, comme si celui-ci était essentiellement pensé comme un filet de sécurité – à l'image de ces accords-types que peuvent comporter les accords de branche en offrant des modèles (à choix multiples, côté employeur) de stipulations conventionnelles pour les entreprises de moins de 50 salariés (28). Le réagencement des rapports entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise ne dissimule-t-il pas, dans ces conditions, une transformation de la finalité même de

la branche, en tant que périmètre ? Si tel est le cas, il faut convenir que l'ordonnancement campé par la loi du 8 août 2016 entre accord de groupe et accord d'entreprise, accord interentreprises et accord d'entreprise, accord d'entreprise et accord d'établissement (art. L.2253-5 à L.2253-7 C. trav.) constitue, en tant que tel, une manière d'agencer les périmètres les uns par rapport aux autres. Faut-il y voir un phénomène d'« écrasement » (29), à la faveur de micro-hiérarchies normatives ? Cette lecture nous paraît, en tout cas, trouver un point d'appui dans la signification qui pourrait être prêtée au recours, dans ces agencements-là, à la technique de la *substitution* (30), indépendamment des discussions que suscitent cette référence et les conséquences qui peuvent en être inférées.

C'est sur ce terrain – celui des normes conventionnelles – que les rapports entre périmètres ont été appréhendés, à partir d'une vision d'ensemble s'attachant à dépasser une approche en termes de coexistence ou de juxtaposition des différents espaces, à l'instar de ce que l'on observe en matière de représentation des salariés ou de licenciement économique. Voilà ce qui explique que la réflexion sur les relations qu'entretiennent les périmètres puisse apparaître, ici ou là, insuffisamment aboutie. Le problème se pose, à notre avis, de manière assez sensible à propos du périmètre d'appréciation des difficultés économiques, lorsque l'entreprise qui envisage de licencier appartient à un groupe de sociétés. C'est que les indicateurs relatifs à la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires sont envisagés au niveau de l'entreprise (et en considération de son effectif), alors que ces mêmes difficultés économiques devront, *in fine*, être évaluées au niveau du groupe de sociétés, fut-il rapporté aux entreprises situées sur le territoire national. Forcément, ces deux périmètres sont susceptibles d'entrer en tension, et font entrevoir un potentiel *hiatus*... Par ailleurs, dispose-t-on, au-delà du droit du licenciement économique, d'une position globale sur la question du territoire national ? Rien n'est moins certain (31).

Il se pourrait bien, cependant, que les linéaments d'une théorie des périmètres en droit du travail se dessinent à partir d'un autre point.

(27) Art. L. 2261-25, al. 1, C. trav.

(28) Art. L. 2232-10-1, al. 1, C. trav. Lorsqu'il avait été instauré par la loi du 8 août 2016, ce dispositif ne valait que pour les accords de branche étendu. L'ordonnance n°2017-1385 l'a étendu à l'ensemble des conventions de branche, mais sans chercher à l'articuler avec les projets d'accords soumis à l'approbation des deux tiers du personnel visés aux articles L. 2232-21 et L. 2232-22, s'agissant des entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés.

(29) Cette formule a été utilisée par Christophe Radé au moment du colloque.

(30) F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie). À propos de la « loi travail » du 8 août 2016, Dr. Soc. 2016, pp.51 et s. et, récemment, M. Morand, « Substitution aux clauses conventionnelles ou contractuelles », Sem. Soc. Lamy, 5 fév. 2018, n° 1801, pp. 7 et s.

(31) V. la contribution, dans le présent numéro, de Fabienne Jault-Seseke, laquelle évoque les flux et reflux de l'idée de territorialité.

IV. Quelle compétence pour l'accord collectif ?

Quelle part revient à la négociation collective en matière de détermination des périmètres (en droit du travail) ? De quelle compétence l'accord collectif est-il investi, à ce sujet ?

Sur ce terrain aussi, la réforme de 2017 semble bien avoir amplifié (ou radicalisé) une tendance qui s'esquissait d'une façon plus ou moins diffuse dans notre droit positif. Nous visons là cette orientation consistant à ériger l'accord collectif comme le mode privilégié de détermination des périmètres et ce, en le dérochant à toute perspective de contrôle judiciaire – ou du moins de contrôle judiciaire approfondi. La fixation du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements illustre bien ce déplacement. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, en modifiant l'article L.1233-5 du Code du travail, a généralisé la conception que la loi *Macron* du 6 août 2015 avait introduite pour les grands licenciements collectifs, mais en revisitant, au passage, sa philosophie. Accord collectif et décision unilatérale ne sont plus, en effet, situés ici au même plan : primauté est conférée au premier, si bien que ce n'est qu'en l'absence de stipulations conventionnelles fixant ce périmètre que l'employeur est habilité à en déterminer les contours, après consultation du comité social et économique. Se confirme, en revanche, que seule la décision unilatérale se voit assigner une limite interdisant à l'employeur de retenir un périmètre « inférieure à celui de chaque zone d'emplois dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi », limite dont l'accord collectif peut, quant à lui, s'affranchir – à plus forte raison si l'on projette sur ces dispositions légales la grille d'analyse que retenait déjà la Cour de cassation (32) et avec laquelle, d'ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'État, s'agissant du contrôle de validation du plan de sauvegarde de l'emploi négocié, apparaît en syntonie (33).

C'est cependant pour la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts que

la cristallisation de cette approche apparaît la plus éclatante. Les dispositions légales relatives à la mise en place du comité social et économique au sein de l'entreprise sont agencées de manière telle que l'esquisse définitionnelle logée à l'article L.2313-4 du Code du travail (34) ne vaut que dans l'hypothèse où les contours des établissements distincts ont été arrêtés par l'employeur, en l'absence d'un accord collectif majoritaire au sens du premier alinéa de l'article L.2232-12 ou, en l'absence de délégué syndical, d'un accord entre l'employeur et le comité (35). Il était, certes, permis de conjecturer que la Cour de cassation, compte tenu de la conception qu'elle déploie depuis quelques années s'agissant de la position du juge face à l'accord collectif de travail (36), s'abstiendrait de soumettre un accord collectif fixant le périmètre des établissements distincts à un contrôle du respect des critères définitionnels auxquels donnait lieu, jusqu'alors, cette notion, à propos de la représentation élue du personnel. À notre connaissance, la question ne lui a jamais été posée. D'incertitude, il n'y a plus sous l'empire des nouveaux textes. Par leur agencement, ceux-ci dérochent à toute perspective d'un contrôle substantiel par le juge les contours des établissements distincts lorsque ceux-ci sont instaurés par voie d'accord – et, en particulier, par accord collectif (37). Ce faisant, l'on peut se demander s'ils ne campent pas *en surplomb* une conception qui, à l'avenir, va rayonner au-delà de leur objet. Les établissements institués par voie conventionnelle en vue de l'implantation et de la désignation des délégués syndicaux devront-ils répondre à la définition inscrite, depuis la loi du 5 mars 2014, au dernier alinéa de l'article L.2143-3 (38) ? L'unité économique et sociale reconnue par voie d'accord collectif pourra-t-elle, quant à elle, être confrontée à la définition jurisprudentielle de cette notion ou échappera-t-elle, par son origine même, à un tel contrôle (39) ? Le raisonnement par analogie pourrait incarner un puissant vecteur de

(32) Cass. Soc. 14 oct. 2015, n° 14-14.339.

(33) V., récemment, CE 7 fév. 2018, n° 403.989, RDT 2018, p. 213, obs. F. Géa.

(34) V. *supra*

(35) Dans les conditions prévues à l'article L.2313-3, ce qui s'entend d'un accord « adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité ». Cet agencement général se retrouve à l'article L.2313-8, dans l'hypothèse où le comité social et économique est mis en place au niveau d'une unité économique et sociale.

(36) À ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », Dr. Soc. 2017, p. 98 ; F. Géa, « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », Sem. Soc. Lamy, 4 avr. 2016, n° 1717, p. 5.

(37) C'est, au demeurant, ce que laisse entendre le questions-réponses sur le comité social et économique mis en ligne par le ministère du Travail le 16 avr. 2018, lequel précise que les partenaires sociaux peuvent librement déterminer le périmètre des établissements distincts, en ajoutant simplement que le découpage de l'entreprise qui en résulte doit permettre d'assurer la représentation de tous les salariés de l'entreprise.

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

(39) V., dans le présent numéro, la contribution de Christophe Radé.

recomposition, en faisant ressortir l'une des dimensions principales, ce qui s'avance, chemin faisant, comme une théorie des périmètres en droit du travail.

Doit-on en inférer que ces périmètres relèvent, *a priori*, de la compétence de l'accord collectif ? Ce serait commettre une grave erreur. Car si certains périmètres se prêtent à un mode de détermination conventionnel, d'autres s'y révèlent irréductibles. Que l'on songe au périmètre de la branche professionnelle : le processus de restructuration/fusion initié en 2014, et que les réformes de 2016 et 2017 n'ont fait qu'accélérer et renforcer, montre que l'État conserve un rôle de premier plan dans cette reconfiguration. Il est, par ailleurs, des périmètres qui, eux, relèvent pleinement de l'ordre public et se révèlent, dès lors, insusceptibles de détermination par accord collectif, quel qu'en soit le niveau. Les périmètres présidant à la caractérisation de l'élément matériel et de l'élément originel de la cause économique de licenciement font assurément partie de cette catégorie, tout comme celui relatif à l'obligation de reclassement, même si, dans ce dernier cas, les normes conventionnelles peuvent – dans le respect des normes d'origine légale, justement – procéder à une extension de périmètre (par-delà les limites du groupe de reclassement, tel que défini par le législateur). Comment expliquer que certains périmètres subissent une forme d'attraction dans l'ordre conventionnel, tandis que d'autres demeurent, dans une large mesure, rattachés à l'ordre public ? Il nous semble que la clef de la distinction réside dans la dualité de fonctions que nous avons précédemment estimé pouvoir attribuer aux périmètres, avec, d'un côté, une fonction régulatrice (ou de contrôle) et, d'un autre côté, une fonction instituante (ou de reconnaissance) (40). Seuls les périmètres qui répondent exclusivement à cette seconde fonction se trouvent soumis à un mode de détermination de préférence négocié. À cela, il est, à notre avis, une raison. Les périmètres concernés sont ceux qui ont trait à – et qui instituent ou reconnaissent – une communauté de travail. Ce qu'il faut, dès lors, comprendre, c'est que les acteurs du travail seraient les mieux habilités à instituer, par le dialogue social et plus spécifiquement par la négociation collective, les périmètres concrétisant des collectifs de travail, des coopérations. Ainsi voit-on ressurgir, contre toute attente, ce critère (41), qui paraissait s'effacer à la lumière des dispositions légales sur le comité social et économique. D'effa-

cement, il n'y a pas vraiment, si l'on examine les évolutions à travers ce prisme. C'est plutôt d'un déplacement qu'il s'agit, lequel passe par une considération implicite, celle de *la compétence de l'accord collectif pour instituer les communautés de travail*, là où cette notion fait sens.

Conclusion

Parler des périmètres en droit du travail revient, à coup sûr, à parler de *territoires*. Ceux d'hier – étant entendu que si certains semblent en voie de disparition, comme le « site », dont la référence n'est plus que résiduelle dans le Code du travail après la disparition de l'institution des délégués de site, d'autres ont vu leurs significations se renouveler radicalement. Ceux d'aujourd'hui – qu'il s'agisse de ceux que l'actualité législative aura projetés sur l'avant-scène, à l'instar tant de l'établissement distinct que du groupe, ou encore de ces périmètres émergents qui se constituent dans l'espace « interentreprises » ou sur une base territoriale, au sens géographique du terme (42). Ceux de demain ? Il faudra bien, tôt ou tard, s'interroger sur ces espaces de travail en attente de reconnaissance que constituent ces « tiers lieux » où se retrouvent des personnes qui travaillent pour elles-mêmes ou pour des entreprises différentes. Le *coworking*, avec ses multiples visages (*fablab*, *hackerspaces*...).

Comme l'aura révélé ce colloque, le sujet donne à voir de multiples déplacements, mais, loin d'être dispersés ou chaotiques, ceux-ci esquissent aussi des lignes directrices, qui se dévoilent lorsque l'on croise ces trajectoires. C'est par là, pensons-nous, que se repère quelque chose comme une conception d'ensemble. L'amorce d'une théorie.

« *Il n'y a pas de déterritorialisation sans, en même temps, un effort pour se reterritorialiser ailleurs* », disait Gilles Deleuze (43). Cette observation fait sens pour l'ensemble des périmètres dont il a été question au cours de ce colloque. Elle éclaire aussi les transformations de notre droit du travail, dont chacun de ces périmètres offre, en réalité, un miroir. Ce qui se dévoile, c'est une grammaire nouvelle. Celle d'un droit nouveau qui, sous la bannière du dialogue social, est d'abord celui des *acteurs du travail*. Avec sa sémantique, son langage... Notre conviction intime, c'est que la notion de *périmètre* s'y rattache viscéralement.

Frédéric Géa

(40) *V. supra*.

(41) De l'établissement distinct, au sens – hier – du comité d'établissement.

(42) Sur ces périmètres, v. la contribution, dans le présent numéro, de Sébastien Tournaux.

(43) *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, avec C. Parnet, Editions Montparnasse, DVD, 2004, v° « Animal ».