

REPRÉSENTATION ET NÉGOCIATION COLLECTIVES À LA LUMIÈRE DES ORDONNANCES MACRON

1^{er} axe : De la représentation à la négociation collective... De l'existence à l'expression
de la collectivité des salariés

La communauté de travail : de la diversité constatée à l'unité recherchée des intérêts

par Fleur LARONZE, Maître de conférences HDR en droit social, UHA,
Université de Strasbourg

PLAN

I. La fragmentation de la communauté de travail résultant de la diversification des catégories de salariés et de la représentation graduelle des salariés

- A. Quels salariés ? La communauté de travail, une communauté hétérogène par nature
- B. Quelle communauté ? La représentation de la communauté de travail court-circuitée

II. La consolidation de la communauté de travail nécessitant de repenser les modes traditionnels de représentation collective

- A. L'innovation législative : l'émergence de nouvelles formes de « représentation »
- B. L'inspiration législative : les modèles de représentation importés du droit des groupements et des sociétés

La communauté de travail est caractérisée par son unité, elle-même révélée par l'existence d'intérêts communs (1) mais se trouve pourtant divisée par la structure de l'entreprise (2) et par les choix organisationnels de l'employeur en matière de conditions de travail. Plusieurs procédés permettraient de contribuer à son unification (3).

La communauté de travail a été appréhendée par plusieurs éminents auteurs spécialistes de droit du travail « moderne ». La notion de communauté de travail est parfois entendue comme synonyme de collectivité du personnel, notion préférée par André Rouast (4), alors que d'autres privilégient celle de communauté de travail (5). Mais il est possible de distinguer les deux notions. Là où la collectivité du personnel correspond à un ensemble d'individus formant un groupe caractérisé par son organisation et l'intérêt commun, la communauté de travail révèle, en plus de l'existence d'un intérêt commun, l'idée d'unité, de convergence majoritaire dans la diversité d'intérêts. C'est ce dernier terme qui sera utilisé dans le présent article. Selon André Rouast, la collectivité des salariés est « *le premier et le plus essentiel des caractères du contrat collectif* » (6). Il ajoute que « *la collectivité entière n'est pas le sujet du contrat : ce sujet est la majorité seule. Mais la collectivité entière est tenue, liée par le contrat comme si celui-ci était son œuvre* » (7). Sous-jacente à ce propos, l'idée de l'expression d'un engagement sous la forme délibérative (8) transparait, ainsi qu'en retour la capacité à bénéficier de droits et de dispositions prévues par la loi ou les conventions collectives. Pour d'autres auteurs, comme Camerlynck (9), le sous-bassement théorique de la collectivité des salariés n'est pas la majorité mais la conception organique du personnel afin d'assurer la participation

(1) Alors que la collectivité du personnel correspond à un ensemble d'individus formant un groupe caractérisé par le rassemblement ou la réunion, la communauté de travail définit une idée supplémentaire. Il ne s'agit pas seulement d'un groupe caractérisé par ce qui est collectif, mais aussi par ce qui est commun. Certains auteurs parlent préférentiellement de collectivité du personnel (A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909), d'autres de communauté de travail (P. Durand, « La notion juridique de l'entreprise », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Dalloz, 1948, p. 51). Dans la mesure où la communauté de travail évoque un concept plus riche et plus précis, cette expression sera privilégiée.

(2) Michel Despax évoquait l'idée fameuse selon laquelle le droit du travail réunit ce que le droit des sociétés désunie (V. M. Despax, « La dissociation d'une unité économique et sociale préexistante : à propos de quelques arrêts récents », *RJS* 8-9/90, chron., p. 435). L'unification opérée par le droit du travail emporte avec elle l'autonomisation de cette discipline par rapport au droit commercial (R. de Lestang, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. Soc.* 1979, p. 5, spéc. p. 11).

(3) La reconstitution de la communauté de travail était l'objectif affiché en 1982 par Jean Auroux dans son rapport soutenant les projets de lois qui portent son nom (J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1981, p. 43).

(4) A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909.

(5) P. Durand, « La notion juridique de l'entreprise », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Dalloz, 1948, p. 51.

(6) A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, op. cit., p. 101.

(7) A. Rouast, op. cit., p. 112.

(8) V. en ce sens l'article de Benjamin Dabosville dans le présent dossier.

(9) G. Camerlynck, « La réforme sociale de l'entreprise, Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre », *D.* 1967, Chron. XV, p. 101.

des travailleurs au fonctionnement de l'entreprise. Ici, la caractérisation de l'autonomie fonctionnelle de la communauté semble fondamentale. La communauté de travail est même considérée par la doctrine des années 60 comme une condition de la réforme sociale de l'entreprise consistant dans l'implication directe du personnel au fonctionnement de cette dernière.

À la recherche du fondement même de la communauté de travail, il a été proposé le lien d'entreprise qui unit les salariés entre eux et assure le transfert de leur contrat de travail auprès du nouvel employeur (10). La reconstitution de la communauté de travail à travers le lien d'entreprise entre le salarié et l'entité transférée a alors été présentée comme le moyen de révéler les contours de l'entreprise au sens juridique. Des travaux ont plus spécifiquement mis l'accent sur le caractère communautaire de l'entreprise afin d'ouvrir des pistes de réflexion sur sa définition (11). La notion de communauté de travail a même détourné pendant un temps l'attention des juristes portée à la notion d'entreprise en la considérant comme le moyen de dessiner le périmètre d'application du droit du travail sans s'arrêter aux frontières de la personnalité morale (la société). Elle constitue d'ailleurs le mode de caractérisation de l'unité sociale au sein d'une unité économique et sociale (UES). Précisant que l'UES peut comprendre des entités ne disposant pas de la personnalité juridique mais qui sont incluses dans un groupe de sociétés, la Cour de cassation rappelle, dans un arrêt en date du 21 novembre 2018, les conditions de reconnaissance de l'UES, à savoir : « *d'une part, une concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré, ainsi qu'une similarité ou une complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, d'autre part, une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine mutabilité des salariés* » (12). Les éléments de définition de la

communauté de travail (13) sont éclairants, la Haute cour souhaitant donner toute sa portée à cette notion « *qui doit être reconnue dans sa vérité* » (14). C'est par le truchement de la communauté de travail que l'UES peut être caractérisée entre des entités dont l'une au moins est dépourvue de personnalité morale. L'approche *in concreto* est clairement privilégiée afin d'adapter la définition de l'UES aux contours des entreprises appréhendées.

De la même façon et allant plus loin, un auteur propose la branche professionnelle autour de laquelle serait ceinte la communauté de travail (15). La branche pourrait-elle constituer le nouveau paradigme de la communauté de travail ? Intégrant des enjeux économiques et permettant d'accompagner les politiques sociales des entreprises, la branche apparaîtrait, selon d'autres auteurs, comme le support institutionnel d'une organisation paritaire du travail et d'articulation des normes conventionnelles, qui contredirait l'objectif de « révélation » de la communauté de travail strictement entendue (16).

Enfin, notons l'importance des études sociologiques qui soulignent les questions de mobilité et d'externalités de la main-d'œuvre, mettant l'accent sur le risque du recours à une main-d'œuvre extérieure en vue d'exclure artificiellement la qualité d'employeur à l'égard des salariés mis à disposition par une entreprise de main-d'œuvre. Jean-Michel Denis a plus spécifiquement étudié la communauté de travail dans la branche de la propreté (secteur qui se caractérise par le fait de reposer quasi exclusivement sur la main-d'œuvre) (17). Les sociologues évoquent la prégnance contemporaine de cette notion et insistent sur la mouvance de la définition de la communauté de travail, « *qui se donne à voir par le prisme des organes de représentation et de négociation des travailleurs* » (18). Les critères pris en compte ne peuvent se limiter à la durée ou à la présence

(10) A. Brun, « Le lien d'entreprise », JCP G. 1962, I, 1719 ; F. Gaudu, *L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique*, Thèse Paris I, 1986. M. le professeur Gaudu analyse le transfert d'entreprise sur la base du lien d'entreprise composé d'un lien matériel qui rattache le salarié à l'entreprise et d'un lien personnel qui rattache le salarié à l'employeur. Ce lien d'entreprise est donc d'ordre personnel et réel, expliquant les critères d'application de l'article L.122-12, alinéa 2, devenu L.1224-1, du Code du travail.

(11) F. Tönnies, *Communauté et société, Catégories fondamentales de la sociologie pure*, Presses Universitaires de France, collection « Les classiques des sciences humaines », 1977 ; D. Bessire et H. Mesure, « Penser l'entreprise comme communauté : fondements, définition et implications », *Management & Avenir*, vol. 30, n° 10, 2009, pp. 30-50.

(12) Cass. Soc., 21 nov. 2018, n°16-27690, RDT 2019, p.51, n. H. Nasom-Tissandier ; C. Radé, « L'UES peut être composée d'entreprises juridiquement distinctes, mais dépourvues de personnalité juridique propre », *Lexbase*, n° 764, déc. 2018.

(13) Cf. Cass. Soc., 18 juill. 2000, n°99-60.353, Bull. civ. V, n°299, D. 2000. 235 ; Dr. Soc. 2000. 1037, obs. J. Savatier.

(14) Note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt n° 1693 du 21 nov. 2018 (n°16-27.690), faisant référence au rapport de la Cour de cassation en 2004 sur *La vérité*, s'intéressant plus spécifiquement à la recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale du personnel.

(15) V. J. Barthélémy, « Le concept de branche et l'ordre public professionnel », *Cah. DRH 2019 (à paraître)* ; P.-H. Antonmattei, « Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire ! », *Dr. Soc.* 2018, p. 868.

(16) V. A. Bugada, « La primauté stratégique de la branche (Un autre regard sur l'ordre des choses) », *JCP S.* 2019, 1115, § 7.

(17) J.-M. Denis, « Asseoir la représentation sur la communauté de travail. À la recherche de la communauté perdue dans la branche de propreté », *Sociologie du travail*, vol. 60, n° 1, janv.-mars 2018.

(18) J.-Y. Kerbourc'h, « La communauté de travail, clé du renouveau de la représentation et de la négociation collective ? », *La note de veille du Centre d'Analyse Stratégique*, 2009, n° 123, pp. 1-7.

des travailleurs pour faire ressortir des conditions de travail communes entre les salariés des entreprises donneuses d'ordre et ceux des prestataires de ces entreprises. Faisant référence aux travaux de Durkheim qui évoque le fait « *que le droit ne suffit pas à créer du lien solide entre les individus, qu'il faut autre chose relevant du vécu, de la proximité* » (19), des sociologues exposent l'idée selon laquelle non seulement est requise « *une communauté de conditions objectives d'emploi, de travail et de revenu, [mais également] un même sentiment d'appartenance, la référence à une identité commune, des formes d'intégration sociale et professionnelle, [ainsi que, bien évidemment,] des instances de représentation* » (20).

Notion déployée en vue de servir les intérêts des salariés et de reconnaître des droits en leur faveur ou de délimiter les contours de l'entreprise, la communauté de travail se révèle par ailleurs « niée » par le droit du travail au sens de droit légal. Des mécanismes multiples propres au droit du travail permettent de faire abstraction ou de ne pas nécessiter la reconnaissance de la communauté de travail. Par exemple, l'application d'une convention collective aux salariés ne dépend ni de leur adhésion au syndicat signataire, ni de leur qualité de mandant à l'égard du syndicat mandataire, mais uniquement de leur appartenance à l'entreprise signataire. Dans le prolongement de cette observation, l'intérêt doctrinal et, de manière plus générale, l'intérêt heuristique de la communauté de travail s'amenuisent avec le changement de vocabulaire initié par les réformes législatives qui ont été adoptées ces dernières années et l'influence du discours managérial sur la logique du droit du travail.

La notion de communauté de travail apparaît fonctionnelle et peut être, par endroits, envisagée comme le critère d'application du droit du travail, que l'on pense à :

– l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail (21), critère de détermination des effectifs, de l'électorat et de l'éligibilité au sein de l'entreprise utilisatrice (pour les travailleurs qui ne sont pas liés à cette entreprise par un contrat de travail) ;

– l'existence d'une communauté de travail susceptible de générer des réclamations communes ou des revendications communes, critère de reconnaissance de l'établissement distinct pour la mise en place des DP, DS, CE et désormais le CSE (22) ;

– l'appartenance à l'entreprise, et plus spécifiquement à la communauté de travail, critère d'attribution de droits et d'assujettissement à des obligations pour les salariés (théorie de l'acte condition de Duguit), tels que l'obligation de présence et la déclaration d'absence ; le droit au maintien de son contrat de travail auprès du nouvel employeur ; le droit à des rémunérations collectives et à des avantages périphériques (intéressement, participation, primes de congés de naissance...).

Cependant, deux problèmes peuvent être constatés en observant les situations des salariés en entreprise et les règles de droit qui les accompagnent. D'une part, l'hétérogénéité des intérêts des salariés, fruit d'une évolution sociologique, est accrue par la multiplication des statuts spécifiques reconnus par la loi. D'autre part, le pouvoir et la légitimité des acteurs syndicaux décroissent d'autant plus avec la diversité des intérêts constatée et ne sortent pas renforcés par les mesures législatives en matière de représentativité syndicale et de négociation collective.

D'abord, s'agissant des statuts juridiques dévolus aux salariés, les lois Aubry ont considérablement élargi le statut de cadre et de cadre dirigeant. Les cas de présomption de salariat, de non-salariat et d'assimilation légale au salariat (23) se sont par ailleurs multipliés, diversifiant un peu plus les statuts mobilisables.

Ensuite, le faible taux de syndicalisation a conduit à l'ouverture de l'accès à la représentativité par les syndicats anciennement non éligibles, choix orienté par la volonté de renouvellement syndical qui ne sera pas satisfaite, puisque les mêmes syndicats représentatifs dans les conditions de l'arrêté du 31 mars 1966 sont aujourd'hui bénéficiaires de la présomption (24). Quant à la situation fréquente d'absence de négociateurs salariés en entreprise, un choix légal tout aussi contreproductif aura consisté à admettre comme négociateurs potentiels les représentants élus

(19) J.-M. Denis, préc.

(20) T. Amossé, O. Chardon, « Les travailleurs non qualifiés : une nouvelle classe sociale ? », *Économie et statistique*, 2006, n° 393-394, pp. 203-229.

(21) V. pour un article récapitulant l'évolution de la notion O. Levannier-Gouel, « L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail. Conditions d'accès et de maintien des salariés dans leurs fonctions représentatives », RDT 2017, p. 19.

(22) Désormais fixés dans la loi en vertu des ordonnances Macron, les critères de reconnaissance de l'établissement distinct sont fixés à l'article L. 2313-4 du Code du travail. Les critères exigés s'alignent sur la définition de l'établissement distinct par la jurisprudence

pour la mise en place du CE en exigeant une autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel.

(23) Actualisant le vocabulaire du Code du travail, la loi du 8 août 2016 a notamment substitué la notion d'« employé à domicile par des particuliers employeurs », à celle d'« employé de maison ». Les employés à domicile par des particuliers employeurs se voient appliquer un nombre réduit de dispositions du Code du travail en vertu de l'article L. 7221-2 de ce code.

(24) Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, JORF n° 0152 du 30 juin 2017.

mandatés ou non par un syndicat ou les salariés mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche.

Ces problèmes résultent de dispositions légales prônant une approche particulière du salariat et du syndicalisme. Ils peuvent apparaître figés par une volonté politique obéissant à un langage communicationnel susceptible de détourner l'attention de l'opinion publique et dénoncée par une partie de la doctrine. Or, cette volonté politique et sa traduction juridique, loin de refléter la situation des salariés et des entreprises, produisent des effets délétères sur la communauté de travail conduisant à sa relative dislocation.

Du constat de l'existence de ces problèmes, il ressort que la loi « Travail » du 8 août 2016 et les ordonnances *Macron* du 22 septembre 2017 participent à l'émergence d'un droit du travail à deux vitesses. Les règles dégagées contribuent à une plus forte individualisation des statuts et des catégories de salariés (à l'appui de convention de forfait-jours et des règles garantissant son mécanisme ; responsabilisation individuelle des salariés par rapport au choix conventionnel des syndicats signataires). La répartition des prérogatives entre les syndicats et les représentants élus avec le recours palliatif ou adjoint au référendum ou encore l'apparition de nouveaux collectifs (les salariés « pris » dans leur globalité dans les termes de la loi ; les nouveaux représentants dénommés « référents ») transforment en profondeur les figures et les champs d'intervention des acteurs collectifs.

La « redéfinition du droit du travail » par la loi, qui peut apparaître en réponse à la fragmentation de la communauté de travail, aura à tout le moins participé à ce processus. Sa reconsolidation pourrait-elle être envisagée à l'appui des nouvelles formes de représentation mises en place dans le cadre des réformes récentes ? La reconnaissance de référents dans l'entre-

prise, membres ou non du CSE, peut être relevée comme une innovation conduisant à une refonte plus globale des mécanismes traditionnels de représentation collective et à une réflexion sur la fonction des représentants. Plus convaincants, les procédés issus du droit commun des groupements et des sociétés permettent la représentation du personnel dans les organes de gestion de la société et inspirent plus largement les techniques dont le droit du travail doit se munir pour s'emparer désormais des situations des travailleurs indépendants admis à exercer des droits collectifs.

Dès lors, le choix législatif de déployer les possibilités de reconnaissance de statuts individuels ainsi que la non-résolution de l'incapacité des représentants du personnel à saisir la diversité des intérêts des salariés inscrivent une évolution du droit du travail dans le sens d'une plus forte individualisation sous l'égide d'un collectif qui n'en a que la forme. De manière topique, peuvent être pris pour exemple les accords collectifs qui prévoient des dispositifs de rupture du contrat individuel ou de rupture d'un commun accord, comme les accords de GPEC, de rupture conventionnelle collective ou de performance collective. Cette évolution appelle le recours à des mécanismes relevant des autres branches du droit qui sont susceptibles d'offrir des solutions en matière de représentation du personnel. Ces solutions sont recherchées en vue de tenir compte de la réalité sociologique de la communauté de travail et de satisfaire un objectif de justice sociale inhérent aux règles de droit. Dès lors, à la fragmentation de la communauté de travail illustrée par la reconnaissance d'une catégorie particulière de salariés et à la représentation collective graduelle (I.), sa consolidation nécessite de repenser les modes traditionnels de représentation des salariés sans que les mécanismes à l'œuvre ne semblent pouvoir y parvenir (II.).

I. La fragmentation de la communauté de travail résultant de la diversification des catégories de salariés et de la représentation graduelle des salariés

En sus du contrat de travail, envisagé comme un acte-condition qui ouvre l'accès à des droits individuels au sein de l'entreprise, la seule appartenance à la communauté de travail garantit aux salariés des droits collectifs comme le droit d'information et de consultation par l'intermédiaire de ses représentants ou encore le droit de participation. La commu-

nauté de travail apparaît donc sous l'angle des droits collectifs comme un acteur qui exerce des droits attribués aux salariés individuellement ou aux représentants en propre. Une première observation de la communauté de travail permet de conclure à l'inexistence juridique de la communauté de travail *per se* (25). Entrant dans la catégorie intermédiaire

(25) V. not. notre article « La communauté de travail, le comité d'entreprise, la commission de régulation : trois acteurs, deux possibilités », *Revue de Recherche Juridique* 2011, n° 2, p. 831.

dégagée par Saleilles (26), conformément à la théorie de la négation de la personnalité qui consiste, à l'inverse de la théorie de la fiction, à faire prévaloir la collectivité au détriment de l'idée d'unité, la communauté de travail se caractérise par sa plasticité au gré des salariés qui la composent (A.) et des mécanismes modulables de représentation instaurés par la loi (B.).

A. Quels salariés ? La communauté de travail, une communauté hétérogène par nature

Le statut de cadre polarisant la divergence d'intérêts. À des catégories socioprofessionnelles spécifiques correspondent des règles différentes applicables en matière, notamment, de période d'essai, de préavis, de mécanismes juridiques disponibles (intéressement ou participation) ou encore de salaire. L'Insee recense huit professions et catégories socioprofessionnelles : les agriculteurs exploitants, les artisans commerçants et chefs d'entreprise, les cadres et professions intellectuelles supérieures, les professions intermédiaires, les employés, les ouvriers, les retraités et les autres personnes sans activité professionnelle. En 2017, le nombre de cadres augmente et correspond, en proportion, à la catégorie la plus représentée dans le personnel d'une entreprise (27). La catégorie de cadres interpelle donc en raison non seulement de la recrudescence de leur nombre, mais également de l'impact sur la représentation de la communauté de travail dans l'entreprise. Parmi les cadres, deux sous-catégories visent les fonctions exercées en entreprise, à savoir les cadres administratifs et commerciaux d'entreprise, ainsi que les ingénieurs et cadres techniques d'entreprise.

Les divergences d'intérêts telles qu'elles résultent des catégories socioprofessionnelles ont toujours existé selon les métiers pratiqués, les services ou le type d'activités économiques. Toutefois, avec la tertiarisation de l'économie, ce n'est plus la catégorie socioprofessionnelle qui souligne les différences entre les salariés mais les statuts juridiques choisis. En effet, ce phénomène aura conduit à l'uniformisation des statuts socioprofessionnels formalisée par le statut de cadre. Intéressons-nous alors à l'évolution

du statut juridique de cadre de ce statut qui s'est diversifié avec les changements managériaux opérés dans l'entreprise (28) et les modifications législatives les accompagnant.

Le statut de cadre interroge les frontières du droit du travail à plusieurs titres en ce qu'il est porteur d'une évolution en profondeur des règles sur le salariat. Il a, notamment, pu être la voie d'entrée des réformes majeures du début des années 2000 en matière de temps de travail. L'individualisation des pratiques salariales, l'organisation d'entretiens individuels annuels, le décompte du temps de travail sur une période autre que la semaine par l'intermédiaire d'une convention de forfait, favorisent l'isolement des salariés au nom de l'autonomie dans l'exercice de leurs fonctions. Le Code du travail connaît le statut de cadres dirigeants auxquels sont confiées « des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement » (29). Pourrait-on considérer cette disposition comme un article à vocation introductive à l'égard des dispositions suivantes seules applicables au cadre dirigeant. Mais les juges qui dans leurs arrêts, visent cet article pour fonder leur solution, lui confèrent une portée juridique autonome (30). La qualité de cadre dirigeant permet d'appliquer un régime dérogatoire en matière de temps de travail (exclusion des règles en matière de décompte du temps de travail, à l'exception du repos hebdomadaire). Dans une autre mesure, les salariés éligibles à une convention de forfait-jours sont des cadres entrant dans une définition plus large que la précédente. Ainsi, « les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés », ainsi que « les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps » peuvent conclure une convention de forfait en heures sur la semaine et le mois (31). Posant des conditions à apprécier plus

(26) R. Saleilles, *De la personnalité morale*, La mémoire du droit, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, rééd. 2003, p. 386.

(27) Le taux de cadres s'élève à 18 %, tous secteurs d'activité confondus, alors que le taux d'employés qualifiés est de 13,8 %, le taux d'employés non qualifiés de 13,4%, le taux d'ouvriers qualifiés 13,4 %, le taux d'ouvriers non qualifiés de 7,3 % (INSEE, Enquête emploi 2017, en France hors Mayotte, population des ménages, personnes en emploi de 15 ans ou plus).

(28) Certains soulignent l'existence de trois types de cadre dans l'entreprise : le cadre « dirigeant », disposant du pouvoir décisionnel, le cadre « encadrant » ou le manager encadrant d'autres salariés, le cadre « expert », caractérisé par une compétence technique spécifique (cf. G. Jolivet, A. d'Hauteville,

P. Sénèque, « Le cadre à l'épreuve de la troisième révolution industrielle », JCP S. 2017, 1408).

(29) C. trav., art. L. 3111-2.

(30) V. par exemple Cass. Soc. 23 nov. 2010, n° 09-41.552, JCP S. 2011, 1122, n. C. Puigelier. La Cour de cassation conclut dans cet arrêt que « la seule circonstance qu'un cadre se voie assigner des objectifs budgétaires dans le cadre des orientations commerciales définies par la direction du groupe ne suffit à l'exclure de la qualité de cadre dirigeant » de sorte que « la cour d'appel, à qui il appartenait d'examiner les fonctions exercées par M. T. au regard de chacun des trois critères énoncés à l'article L. 3111-2 du Code du travail, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

(31) C. trav., art. L. 3121-56.

finement en pratique, la loi identifie les bénéficiaires des conventions de forfait en jours sur l'année comme étant « les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés » et « les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées » (32). Dénommant secondairement les « salariés » donc, par hypothèse, non-cadres, qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et exercent des responsabilités particulières, la loi semble ici faire appel à une approche sociologique des cadres qui, au-delà de la qualification juridique, correspond à un niveau supérieur de fonctions, de rémunération et d'autonomie (en matière de temps de travail). Autrement dit, il serait plus juste de distinguer les cadres dirigeants et les cadres non dirigeants (dénommés par la loi « salariés »). En revanche, afin de tenir compte des différents critères de la qualité de cadre (33), il serait plus pertinent en pratique de retenir la distinction entre cadre dirigeant et cadre supérieur. Cette dernière dénomination tend à se généraliser pour viser la seconde catégorie de salariés qui n'assument pas une responsabilité équivalente à celle reconnue aux salariés de la première catégorie. Néanmoins, il peut apparaître factice de distinguer sur le plan collectif ces deux catégories alors que les cadres supérieurs et les cadres dirigeants réclament la reconnaissance d'un même syndicat qui aurait vocation à représenter leurs intérêts plus efficacement que ne le peut actuellement la CFE-CGC (34). Il s'agit de la FNCDS (Fédération nationale des cadres dirigeants et supérieurs) créée en 1945 et qui ne dispose pas d'une représentativité catégorielle. L'on peut ainsi vite cerner la difficulté posée quant à la distinction des différentes catégories de salariés, pourtant déterminante dans l'application des règles (notamment salariales). Cette difficulté s'accroît avec la délimitation de la communauté de travail en l'absence d'une représentation collective forte et intangible.

(32) C. trav., art. L. 3121-58.

(33) V. G. Jolivet, A. d'Hauteville, P. Sénèque, « Le cadre à l'épreuve de la troisième révolution industrielle », art. cit. Si des caractéristiques générales émergent d'une analyse synthétique de conventions collectives relevant de secteurs d'activité différents, il apparaît difficile de dégager un statut uniforme de cadre sur le plan juridique. Ces caractéristiques, telles que recensées par les auteurs dans l'article cité sont le niveau de formation, l'exercice de responsabilités étendues ou importantes, l'exercice de fonctions d'encadrement ou de commandement, l'autonomie dans l'exercice de fonctions, le niveau hiérarchique, l'existence de qualités techniques et managériales.

B. Quelle communauté ? La représentation de la communauté de travail court-circuitée

La communauté représentée. Les lois en matière de représentation du personnel et de négociation collective garantissent l'effectivité des droits constitutionnellement reconnus. Mais la Cour de cassation a, par son interprétation, introduit un « biais » dans l'analyse des règles classiques de représentation.

Dans les arrêts du 27 janvier 2015 (35), la Cour de cassation évoque, notamment, le mandat dont les salariés ont légalement investi les syndicats. Or, les accords collectifs ne sont pas applicables aux salariés en raison de la signature des syndicats, mais en raison de leur appartenance à l'entreprise, autrement dit, c'est la signature de l'accord par l'employeur qui entraîne son application aux salariés. Les salariés n'étant pas bénéficiaires des dispositions d'une convention collective du fait de leur adhésion au syndicat signataire, ils ne sont pas non plus les mandants, non plus que les syndicats ne sont les mandataires des salariés.

Cette question en appelle une autre sur l'intérêt exprimé par la communauté de travail à travers son représentant. Notamment, il aura pu paraître surprenant de constater la reconnaissance jurisprudentielle, puis légale, de la personnalité morale du comité d'entreprise (36). Le mécanisme de représentation intervient en présence d'une personne morale qui ne pourra exercer ses droits que par le truchement de son représentant personne physique. Par exemple, une société anonyme classique dispose de plusieurs représentants légaux et statutaires afin d'exercer les droits de la personne morale, exécuter ses obligations, exprimer sa volonté dans ses rapports internes, par l'intermédiaire du président du conseil d'administration, et dans ses rapports externes, par l'intermédiaire du directeur général. C'est donc, par hypothèse, le groupe organisé, le représenté, qui bénéficie de la personnalité morale. S'agissant de la communauté de travail représentée par le comité d'entreprise (aujourd'hui le CSE dans les entreprises de plus de

(34) V. « Les cadres supérieurs veulent un syndicat à part », Gestion sociale, Liaisons, 10 avr. 2014.

(35) Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, JCP S. 2015, 1054, étude J. Daniel ; JCP G. 2015, 261, n. J.-F. Cesaro et A. Teissier ; J.-G. Huglo, « Statut catégoriel et principe d'égalité de traitement : le pouvoir restitué aux partenaires sociaux », RJS 2015, p. 155 ; A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », Dr. Soc. 2015, p. 237.

(36) V. Cass. Civ. 28 janv. 1954, D. 1954, p. 217 ; JCP 1954, II, Jurisp., 7978.

cinquante salariés), la personnalité juridique n'aura pas été attribuée au représenté, mais au représentant. Ainsi réside le paradoxe relatif à la communauté de travail à qui il est donné des moyens d'expression sans lui garantir des moyens d'existence juridique. C'est à son représentant, le comité d'entreprise, que sont reconnues des prérogatives juridiques corrélativement à sa personnalité morale (37). Marquant la spécificité du système de représentation collective en droit français, le comité d'entreprise ne peut agir en justice qu'en défense de ses intérêts propres (38). Le Professeur Borenfreund proposait une analyse des accords atypiques en tant qu'accords signés par les représentants élus du personnel qui trouveraient leur fondement dans un mandat collectif, à mi-chemin entre la convention collective et le mandat de droit civil (39). Ainsi, autonome de l'organe représenté, le représentant élu est titulaire de droits en propre qu'il exerce en son nom. En revanche, la négociation collective fait réapparaître la communauté représentée. Le « lien » de représentation est tracé par l'accord négocié par un représentant élu du personnel de sorte qu'un mandat à l'égard des salariés puisse être caractérisé. Lorsque le syndicat négocie un accord, le mécanisme du mandat n'est plus pertinent, puisque le droit de négociation collective est dévolu aux syndicats. Le rôle dérogatoire des représentants élus explique la nécessité de faire appel à la technique du mandat. Dès lors, la question du pouvoir de représentation des salariés aura éludé celle de l'existence juridique de la communauté de travail dont la compo-

sition, hétéroclite et « façonnable » par l'employeur, peut constituer un obstacle redoutable à l'exercice des droits collectifs. Ainsi, la loi et la Cour de cassation ont institutionnalisé le recours aux représentants du personnel afin de ne pas conditionner l'exercice des droits collectifs des salariés à des procédés d'organisation dépendant de la volonté de l'employeur (40). Néanmoins, les réformes récentes semblent dessiner une autre orientation.

La communauté non représentée. Allant plus loin dans le raisonnement et, d'une certaine manière, tirant les enseignements de la spécificité du système de représentation collective, le législateur prévoit, depuis quelques années, des dispositifs juridiques adressés directement « aux salariés » envisagés au pluriel. Ces dispositifs peuvent être reconnus au comité d'entreprise/comité social et économique, mais, en aucune façon, la présence et l'information du CE/CSE ne permettent à l'employeur d'exécuter pleinement son obligation, qui doit, par ailleurs, être exercée à l'égard des salariés. Pour l'illustrer, en matière de cession d'entreprise, l'employeur doit informer les salariés de leur possibilité de rachat. Cette obligation est prévue en l'absence comme en présence du CE/CSE. Dès lors, « *lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce veut le vendre, les salariés en sont informés, et ce au plus tard deux mois avant la vente, afin de permettre à un ou plusieurs salariés de l'entreprise de présenter une offre pour l'acquisition du fonds* » (41). La loi précise que les salariés sont alors

(37) Cass. Civ. 28 janv. 1954, préc.

(38) Cass. Soc. 18 mars 1997, *Allianz*, Dr. Soc. 1997, p. 544 ; Cass. Soc. 14 mars 2007, n° 06-41.647, Sem. Soc. Lamy, 7 mai 2007, n° 1306, p. 13. L'article L. 2323-1 du Code du travail ne confère pas, selon la Cour de cassation, un intérêt personnel à agir en justice au comité d'entreprise, dès lors que l'objet de son action a un lien avec sa mission d'expression des intérêts des salariés. Paradoxalement, l'article L. 2323-6 du Code du travail permet au comité d'entreprise, au titre de son intérêt personnel, de demander en justice la suspension ou l'annulation de la procédure de licenciement en cas d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. Soc. 14 janv. 2003, Dr. Soc. 2003, p. 344, obs. L. Milet).

(39) G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », Dr. Soc. 1991, p. 685.

(40) Par exemple Cass. Soc. 29 oct. 2003, Dr. Soc. 2004, p. 213, à propos de la désignation du délégué syndical : l'existence d'un établissement distinct, qui se caractérise par le « *regroupement d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques et travaillant en présence d'un représentant du chef d'entreprise, n'est pas conditionnée par l'étendue des pouvoirs que celui-ci a délégués à la personne qui le représente sur place* » (nous soulignons). Cass. Soc. 27 oct. 2004, RJS 1/05, n° 56, précisant qu'il importe peu que le représentant ne soit pas en permanence sur place. Cependant, un arrêt du 18 mars 2011 de la Chambre sociale de la Cour de cassation (n° 10-60.383, publié au Bulletin) semble restaurer la place du représentant de l'employeur au centre de la définition de l'établissement distinct, dont le périmètre retenu pour la mise en place du comité d'entreprise

ou d'établissement est le même que celui de la désignation des délégués syndicaux. En outre, avec l'arrêt du 19 décembre 2018 de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui met l'accent sur l'étendue de la délégation de compétences dont dispose le responsable de l'établissement, l'établissement distinct ne peut être reconnu qu'en présence d'une autonomie suffisante de fonctionnement prenant la forme d'une autonomie dans la gestion du personnel et l'exécution du service (Cass. Soc. 19 déc. 2018, n° 18-23.655, RDT 2019, p. 119, n. C. Wolmark). Pour certains, cette interprétation par les magistrats de la Haute cour des conditions de reconnaissance de l'établissement distinct emporte l'ajout d'une condition que la loi ne prévoyait pas (C. trav., art. L. 2313-4). V. H. Ciray, « Établissement distinct au sens du CSE, une occasion manquée », D. act. 16 janv. 2019 : la loi évoquant l'autonomie de gestion, notamment en matière de gestion de personnel, la Cour de cassation l'applique cependant en vérifiant le critère de l'autonomie en matière de « *gestion du personnel ou d'exécution du service* ».

(41) C. com. art. L. 141-23, en cas de vente d'un fonds de commerce dans les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise. C. com. art. L. 141-28, en cas de vente d'un fonds de commerce dans les entreprises soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise. C. com. art. L. 23-10-1, en cas de vente des parts sociales, actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital dans les sociétés qui ne sont pas soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise. C. com., art. L. 23-10-7, en cas de vente des parts sociales ou actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital, dans les sociétés soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise.

tenus d'une obligation de discrétion dans les mêmes conditions que celles prévues pour les membres du CE/CSE (42). Les salariés apparaissent ici comme les destinataires premiers de cette obligation d'information car ils sont envisagés comme de potentiels acheteurs de l'entreprise. L'originalité de la formule légale réside dans l'emploi impersonnel de l'article défini « les » qui, loin de laisser suggérer l'idée d'une communauté cohérente, souligne, bien au contraire, son absence. Et lorsque la loi impose à l'employeur une information par tout moyen de nature à rendre certaine la date de sa réception par les salariés (43), il sera conseillé à celui-ci de solliciter chaque salarié individuellement afin de contresigner le document d'information (44), ce que précise le Conseil d'État statuant sur un recours pour excès de pouvoir d'une société détenant plus de 50 % du capital d'une autre société et réclamant l'annulation de certaines dispositions du décret d'application de la loi du 29 mars 2014 sur l'obligation de rechercher un repreneur (45).

De la même façon, la loi prévoit la possibilité de ratifier un accord collectif comme celle de le dénoncer par référendum dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés (46). Le collectif de salariés, en l'absence de représentants du personnel, peut, à travers le mécanisme du référendum, s'exprimer. L'employeur propose alors un projet d'accord soumis à la volonté des salariés. Si les salariés souhaitent dénoncer l'accord, ils doivent prendre l'initiative des démarches et notifier par écrit leur volonté à l'employeur, à condition de représenter la majorité des deux tiers du personnel et de respecter le délai d'un mois avant la date anniversaire de la conclusion de l'accord. La satisfaction de ces conditions et la réalisation de ces démarches nécessiteront la formalisation d'un collectif indispensable à l'obtention de la majorité requise. La présence d'un syndicat ou du CSE reste incontournable. Mais, en aucun cas, elle ne saurait se substituer à la commu-

nauté de travail qui n'est pas mentionnée comme telle ; elle doit alors s'y adjoindre.

L'identification dans la loi du collectif des « salariés » correspond, ni plus ni moins, à l'individualisation de l'organisation des conditions de travail. La communauté de travail ne sera que difficilement le fruit de l'expression d'un intérêt commun mais, comme aura pu le relever une partie de la doctrine, elle constituera un rempart de résistance aux changements altérant les droits des salariés, rempart aujourd'hui plus solide que ne l'est le contrat de travail (47). De là à en déduire que la loi acte, par les réformes à l'œuvre, la désolidarisation des liens qui unissent les salariés, il n'y a qu'un pas que nous ne saurions franchir. Mais il est possible de s'interroger sur le rôle de la loi dans la dislocation de la communauté susceptible d'exister. Dès lors, quelles seraient les voies susceptibles d'être empruntées en vue de sa reconsolidation ?

(42) Not. C. com. art. L. 141-25, alinéa 3.

(43) C. com. art. L. 141-25, alinéa 1 ; L. 141-30 al. 1 ; L. 23-10-3, alinéa 1 ; L. 23-10-9, alinéa 1.

(44) Le décret du 28 décembre 2015 établit une liste des modalités possibles (C. com. art. D. 141-4 ; D. 23-10-2).

(45) CE, 8 juill. 2016, n° 386.792, inédit : « 10. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les salariés doivent être informés individuellement, c'est-à-dire directement, et non, le cas échéant, par l'intermédiaire de leurs représentants, de la cession envisagée, par un moyen permettant de conférer date certaine à cette information ; qu'elles n'imposent pas nécessairement que les modes collectifs d'information susceptibles d'être prévus soient assortis de l'exigence que l'employeur s'assure de la prise de connaissance effective de l'information par chaque salarié ; que, toutefois, la liste des modalités d'information prévue à l'article D. 23-10-2 du Code de commerce est de nature à rendre certaine la date de sa

réception par les salariés et, dès lors, ne méconnaît pas les dispositions législatives pour l'application desquelles elle a été fixée ; que, par suite, la SARL Holding Désile n'est pas fondée à soutenir que l'article 1^{er} du décret attaqué serait illégal en tant qu'il a inséré l'article D. 23-10-2 dans le Code de commerce ».

(46) C. trav., art. L. 2232-22.

(47) V. G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. Soc. 1990, p. 626 ; E. Dockès et M. Morand, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail », RDT 2007, p. 144.

II. La consolidation de la communauté de travail nécessitant de repenser les modes traditionnels de représentation collective

Depuis la loi « Travail » du 8 août 2016, le droit du travail à la carte, via la négociation collective d'entreprise, et à plusieurs vitesses selon les catégories de salariés concernés, ne parvient plus à asseoir l'unité de la communauté des salariés, si tant est que cet objectif puisse encore être poursuivi. Si le constat de l'inertie du droit du travail légal, face à un droit du travail d'origine conventionnelle plus inspiré, pouvait être un argument en faveur de ces réformes, la redéfinition de la logique collective du droit du travail en aura été le résultat. Désormais, les acteurs privés se voient assigner progressivement la fonction traditionnellement reconnue à la loi, celle de défense de l'intérêt général (A.). Ainsi, du support normatif de la règle de droit du travail (évoluant de la loi à l'accord collectif) aux fonctions reconnues aux acteurs (des acteurs étatiques aux acteurs privés), la régulation privée est privilégiée de toutes parts. En outre, l'énigmatique dénominateur commun des intérêts des salariés à travers la représentation de leurs conditions de travail semblerait pouvoir surgir sous l'intérêt de la condition subordonnée aux enjeux économiques, assorti d'une représentation spécifique (48). L'administrateur salarié, le représentant d'associations de salariés actionnaires ou le représentant de travailleurs indépendants juridiquement/dépendants économiquement sont des exemples topiques de formes de représentation qui paraissent aujourd'hui pourvus d'une forte légitimité (B.). Il n'est, en revanche, pas certain que ces mécanismes de représentation des salariés participent d'une véritable reconsolidation de la communauté de travail.

A. L'innovation législative : l'émergence de nouvelles formes de « représentation »

Les référents ou la reconfiguration du rôle de représentant. Avec la mise en place du comité social et économique, des changements profonds, tels que la réduction du crédit d'heures alloué ou la suppression du CHSCT et la disparition des mandats, ont nécessité des aménagements. Par exemple, l'accord collectif peut fixer un crédit d'heures plus important que celui prévu par la loi (49). Également, les ordonnances *Macron* prévoient plusieurs mesures afin de valoriser l'expérience syndicale et protéger les droits des salariés représentants du personnel (50).

En outre, la création par la loi d'une nouvelle figure mi-représentant mi-expert corrigerait les dysfonctionnements ou les difficultés susceptibles d'être rencontrées en pratique du fait de la fusion des mandats. Le référent, en tant que représentant habilité sur une question donnée, se décline dans différents domaines. Le référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les personnes en situation de handicap a été introduit par la loi du 5 septembre 2018 (51). Un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes est obligatoirement mis en place dans les entreprises de plus de deux cent cinquante salariés (52) et un référent chargé de la même mission sera désigné parmi les membres du CSE (53). La loi du 9 décembre 2016, dite *Sapin II*, a mis en place un référent « *alerte éthique* », qui doit être désigné par l'employeur ou par la personne morale de droit public dans le cadre de la fonction publique selon les conditions prévues par le décret du 10 avril 2017 (54). Également, le délégué à la

(48) Sur la démocratie économique v. I. Ferreras, « Entre gestion et gouvernement : De la place des investisseurs en travail dans l'entreprise capitaliste », Cahiers de l'entreprise mars-avr. 2013, p.32 ; du même auteur, *Gouverner le capitalisme*, PUF, Hors collection, 2012 ; A. Supiot, « De la citoyenneté économique », Entretien, Revue Esprit, n° 442, mars 2018, p. 52

(49) C. trav., art. L. 2314-1 renvoyant à l'article L. 2314-7 qui permet au protocole préélectoral de fixer un crédit d'heures distinct de celui prévu par le Code du travail (art. R. 2314-1 s'élevant à 10 h par mois dans les entreprises de 11 à 50 salariés) « *dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise* » (C. trav., art. L. 2314-7).

(50) S'inspirant des propositions formulées dans le rapport *Simonpoli-Gateau* (J.-D. Simonpoli, G. Gateau, Rapport remis au ministre du Travail, *Accompagner la dynamique du dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, La Documentation française, févr. 2018), des entretiens de début et de fin de mandat sont instaurés afin de procéder au recensement des

compétences acquises (C. trav., art. L.2141-5), le maintien du salaire est garanti lors du congé de formation économique, sociale et syndicale (C. trav., art. L.2145-6), la rémunération des négociateurs de branche est prise en charge par le fonds paritaire créé par l'article L.2135-9 en vue de contribuer au financement des activités de négociation collective (C. trav., art. L.2232-8) ou encore le salarié mis à disposition d'une organisation syndicale reste créancier des obligations de l'employeur, notamment en matière de formation (C. trav., art. L.2135-7).

(51) C. trav., art. L. 5213-6-1.

(52) C. trav., art. L. 1153-5-1.

(53) C. trav., art. L. 2314-1.

(54) Dénommé référent déontologue dans la fonction publique (loi n° 2016-843 du 20 avr. 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, art. 28 bis), le référent désigné obéit à des missions précisées par ce décret (décret n° 2017-519 du 10 avr. 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, JORF n° 0087 du 12 avr. 2017).

protection des données (data protection officer/DPO), successeur du correspondant informatique et libertés (CIL), a été créé par le règlement sur la protection des données afin d'exercer ses missions dans l'entreprise ou dans un organisme public en vue d'informer, de conseiller et de contrôler le respect du règlement par le responsable du traitement des données (55). Celui-ci peut être, en pratique, interne ou externe à l'entreprise. Exerçant une fonction confiée de la même façon en vertu de la loi pour garantir le respect des normes étatiques et européennes, le référent égalité est nommé par les Directe et accompagnent les entreprises de cinquante à deux cent cinquante salariés à leur demande pour le calcul des indicateurs instaurés par la loi du 5 septembre 2018, prévoyant la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes (56). Notons aussi que la loi « Pacte » du 22 mai 2019 propose aux sociétés, qui se prévalent de la qualité de sociétés à mission, d'insérer dans ses statuts un comité de mission ou un référent de mission si elles emploient moins de cinquante salariés, chargé du suivi de l'exécution de la mission poursuivie en conformité avec la raison d'être définie ou les objectifs sociaux et environnementaux à prendre en compte (57). Il est précisé que le référent de mission est un salarié de la société, qui doit avoir un contrat de travail correspondant à un emploi effectif (58).

Les référents ainsi envisagés n'ont pas tous vocation à être désignés parmi les membres du CSE mais leur institutionnalisation participe d'une plus grande spécialisation et d'une diversification des fonctions de représentation. Leur multiplication s'inscrit dans le mouvement généralisé de reconnaissance à des personnes en emploi de fonctions d'intérêt général et de régulateur interne aux entreprises et entités publiques. Loin d'être la manifestation de l'expression d'un intérêt collectif d'origine privée, ces référents illustrent le regain de la norme étatique et de l'intérêt général dont ils sont les promoteurs. Cette transformation du rôle de représentant préfigure une évolution qui substitue à la logique de

conflit (entre l'intérêt collectif des salariés et l'intérêt de l'employeur) celle de conciliation des intérêts. Perçus non plus comme des porteurs d'intérêts individuels transcendés par un intérêt commun, mais comme des conseillers, des experts, des contrôleurs, les référents se distinguent par leur neutralité et leur capacité à arbitrer les intérêts en conflit. S'immiscant progressivement au sein du CSE à travers les fonctions de « référent » attribuées à certains de ses membres, la représentation du personnel connaît ainsi une altération profonde de sa finalité, la mission de protection des intérêts représentés passant au second plan face à la mission de régulation (59). Pourtant, des modèles de représentation existent, dont le droit du travail légal pourrait s'inspirer pour reconfigurer les intérêts des salariés en proie à des enjeux économiques.

B. L'inspiration législative : les modèles de représentation importés du droit des groupements et des sociétés

Le droit commun des groupements et des sociétés offrent des possibilités au profit des salariés à la recherche de procédés d'organisation collective. Des possibilités et même de véritables sources d'inspiration puisque les salariés cumulant leur statut avec une autre qualité peuvent être organisés sous la forme de coopératives lorsqu'ils sont associés de la société, ou sous la forme d'association représentée au sein de l'assemblée générale des actionnaires lorsqu'ils le sont également.

Ce sont les groupements tels que des associations de salariés actionnaires ou encore les formes de collectif choisies par les travailleurs indépendants qui attireront notre attention.

Le modèle des salariés en association dans la société. L'article L.225-120 du Code de commerce permet le regroupement des associés d'une société en association destinée à représenter leurs intérêts au sein de l'assemblée générale. Les salariés actionnaires sont plus spécifiquement visés à l'article L. 225-102 du

(55) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) JOUE L127-2 du 23 mai 2018.

(56) C. trav., art. D. 1142-7 (issu du décret n°2019-15 du 8 janv. 2019 portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes au travail).

(57) Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 176, insérant les articles L. 210-10, L. 210-11 et L. 210-12 au sein du Code de commerce.

(58) V. nouv. C. com., art. L. 210-12.

(59) Paradoxalement, dans les domaines où est absente la représentation du personnel en vue de protéger les intérêts individuels de professionnels unis par une forme d'intérêt commun, le référent voit sa fonction de protection accrue comme, par exemple, celle du référent « *collaboration* », qui constitue un lanceur d'alerte au service des avocats collaborateurs en difficulté. Mis en place de manière informelle par le bâtonnier du Barreau de Paris en janv. 2018, ce dispositif répond aux problèmes d'écart constaté entre les rémunérations des femmes et hommes et à toute autre difficulté susceptible d'être rencontrée par les avocats collaborateurs (dont le statut à la frontière du salariat justifie l'application de mesures protectrices). V. T. Coustet, « Référent collaboration : un « lanceur d'alerte » au service des avocats parisiens en difficulté », D. act. 20 avr. 2018.

Code de commerce qui instaure l'obligation de rédiger un rapport sur l'état de participation des salariés dans le capital de la société. Au sein du conseil d'administration, la représentation des salariés actionnaires est de droit assurée par l'un d'entre eux, élu par l'assemblée générale des actionnaires sur proposition des salariés actionnaires si ces derniers détiennent plus de 3 % du capital social (60). En revanche, cette représentation sera substituée par celle déjà assurée par les administrateurs salariés s'ils sont présents (61) en vertu des statuts (62) ou de la loi (63). Les administrateurs salariés apparaissent comme des représentants dotés de prérogatives particulièrement intéressantes et susceptibles d'accompagner la transformation des modes traditionnels de représentation du personnel. La dissonance cognitive de ces représentants atteint ici une dimension forte. Symbole de la figure de l'« administrateur indépendant » tel que requis dans les codes de gouvernement d'entreprise, l'administrateur salarié est appelé à se détacher de l'intérêt des salariés qu'il représente pour embrasser, dans ses fonctions, l'intérêt de l'entreprise. Pour l'illustrer, la Cour de cassation a insisté sur l'incompatibilité du mandat d'administrateur salarié et du mandat syndical ou électif consacrée par la loi (64), en retenant une conception *lato sensu* du mandat de représentant du personnel (65). Pourtant, s'ils ne peuvent pas cumuler un mandat d'administrateur et un mandat de représentation du personnel, les administrateurs salariés sont pour la plupart syndiqués, lorsqu'ils ne sont pas désignés par une institution représentative du personnel ou par un syndicat (66). La perspective des fonctions qui leur sont confiées n'est pas la même selon le syndicat auquel ils appartiennent (67). Alors que l'influence syndicale ne semble pas négligeable, à tout le moins, dans l'élection des administrateurs salariés, le représentant des salariés actionnaires au sein du conseil d'administration échappe à cette influence au regard de son mode de désignation. Néanmoins,

aucune incompatibilité avec un mandat syndical ou électif n'est prévue par la loi. L'on peut reprocher à la loi d'avoir complexifié inutilement le système de représentation du personnel dans les instances de direction en exigeant de l'administrateur salarié de se défaire de sa mission principale de représentation des intérêts des salariés, alors que l'administrateur salarié actionnaire pourra exercer une telle mission. La communauté de travail susceptible d'être représentée par les administrateurs salariés sort transcendée dans ses divergences d'intérêts, faisant poindre un intérêt commun qu'une minorité de syndicats ont appréhendé, sans savoir le canaliser. Il peut être regretté l'exigu carcan dans lequel ce représentant se trouve, désencastré de la communauté de travail au regard des missions qui lui sont confiées, alors que sa position le rend destinataire d'informations économiques et, par extension, d'un pouvoir stratégique.

L'émergence d'association de travailleurs indépendants. Avec l'apparition de nouvelles formes de travail, se développent des collectifs dits « *bottum-up* », recensés par des études européennes menées par des syndicats européens et des coopératives (68), sous l'impulsion d'un avis rendu par le Comité économique et social européen (69). Car ce sont les syndicats et les coopératives qui stimulent la création de ces collectifs par des conseils prodigués en vue de faire naître des mobilisations sociales, de mettre en place un comité d'entreprise ou une autre représentation élue, d'adapter les relais d'information à la dimension éclatée du travail, voire d'envisager des négociations collectives. Le réseau « *Sharers and Workers* » a développé des actions de formation en partenariat avec des institutions européennes et nationales (comme l'IRES), ainsi que de veille sur la situation des travailleurs des plateformes. Cette organisation propose la création, à l'échelle nationale, d'un observatoire sous la forme d'une instance de dialogue et de concertation chargée du

(60) C. com., art. L. 225-23.

(61) C. com., art. L. 225-23, alinéa 4. V. Cass. Com. 16 fév. 2010, n° 09-65.402, Dr. Sociétés 2010, comm. 90, n. M. Roussille.

(62) C. com., art. L. 225-27.

(63) C. com., art. L. 225-27-1.

(64) C. com., art. L. 225-30.

(65) Cass. Soc. 30 sept. 2005, n° 04-10.490, JCP S. 2005, 1356, n. R. Vatinet : « Entre dans les prévisions de ce texte, tout mandat syndical exercé dans l'entreprise susceptible de créer des conflits d'intérêts avec les fonctions de membre du conseil d'administration ».

(66) C. com. art. L. 225-27-1-III.

(67) Si la CFE-CGC revendique l'attribution d'un mandat normal d'administrateur au profit de ce représentant, la CFDT insiste sur le fait que l'administrateur salarié doit se préoccuper en

premier lieu des intérêts du personnel. La CGT, quant à elle, considère l'administrateur salarié comme un administrateur à part entière, qui doit cependant s'inscrire dans une démarche militante. Cf. P.-L. Perrin, C. Kirren, A. Maufrais, « Le mandat des administrateurs salariés », Cah. Dr. Entr. n° 4, Dossier 20, juill. 2015 ; N. Mansouri-Guilani sur la CGT, J.-P. Bouchet sur la CFDT et A. Champigneux sur la CFE-CGC in A. Conchon et M.-N. Auberger (dir.), *Les administrateurs salariés et la gouvernance d'entreprise*, La Documentation française, 2009.

(68) Pascale Charhon, *Plateformes numériques Mobilisation collective, innovation et responsabilité sociales*, Éd. Pour la solidarité, études et dossiers, Économie sociale, juin 2018, p. 28.

(69) Avis du Comité économique et social européen sur les « Rôle et perspectives des partenaires sociaux et autres organisations de la société civile dans le contexte des nouvelles formes de travail » (avis exploratoire à la demande de la présidence estonienne), JO du 15 déc. 2017, n° C434, p. 0030.

diagnostic et de l'étude de l'emploi et de la formation professionnelle des travailleurs des plateformes, ainsi que de lieu de dialogue social (70). Peut être donné un autre exemple, funeste celui-ci. L'instance de dialogue dans les réseaux de franchise qui avait été créée par la loi « Travail » du 8 août 2016, était obligatoire dans les réseaux de franchise comprenant au moins trois cents salariés, et instaurée par accord collectif à l'initiative du franchiseur (71). Cette instance devait, selon la loi, être informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés et pouvait formuler des propositions de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau, ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficiaient de garanties collectives complémentaires (72). Cette obligation a été supprimée par la loi du 29 mars 2018 ratifiant les ordonnances *Macron* (73). L'originalité de cette instance lui promettait un avenir plus heureux.

(70) Disponible sur le site du Conseil national du numérique : <https://egnum.cnumérique.fr/projects/protection-des-droits-sociaux-des-travailleurs-de-plateformes/consultation/consultation-4/opinions/vos-autres-propositions/proposition-sharers-amp-workers-creer-a-lechelle-francaise-une-instance-de-dialogue-concertation-chargee-du-diagnostic-et-de-letude-de-lemploi-et-de-la-formation-professionnelle-des-travailleurs-des-plateformes-ainsi-que-lieu-de-dialogue-social-et-dinnova>.

(71) Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, art. 64.

(72) *Ibid.*

(73) Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, art. 7.

À la frontière du droit du travail et du droit des affaires, prenant en compte la géographie spécifique des réseaux de franchise, cette instance de dialogue se trouvait dotée de moyens plus effectifs que ceux dont sont pourvus les observatoires implantés au niveau des branches, sans que le droit de négociation collective lui eût été attribué. Les associations de défense des intérêts des franchisés ont cependant un rôle similaire à cette (feu) instance en se voyant reconnaître, sur le fondement de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la liberté de se constituer et de s'exprimer pour sauvegarder leurs intérêts (74). La forme associative, au regard des prérogatives enrichies par l'action de groupe et de la consécration de la liberté d'association au même titre que la liberté syndicale (également au profit des travailleurs indépendants) (75), semble ainsi offrir des perspectives d'évolution de la communauté de travail, toujours en quête d'identité.

Fleur Laronze

(74) La Cour de cassation a considéré que « le seul fait de créer et participer à une association de défense des intérêts des franchisés, constitutif d'une liberté fondamentale, ne caractérisait pas une atteinte du franchisé à l'image de marque du réseau ou un manquement affectant gravement les intérêts du franchiseur, en visant l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme » (Cass. Com. 28 nov. 2018, n°17-18619, non publié).

(75) V. CEDH, 16 juin 2015, req. n°46.551/06, *Manole* et « Les Cultivateurs Directs de Roumanie » c. Roumanie : la Roumanie a été condamnée par la CEDH en raison de l'interdiction des travailleurs indépendants de créer un syndicat en vertu de sa propre loi, réservant ce droit aux salariés et aux fonctionnaires. La CEDH rappelle que la liberté syndicale « n'est pas un droit indépendant, mais un aspect particulier de la liberté d'association reconnue par l'article 11 de la Convention » (CEDH, 16 juin 2015, § 57 ; 27 oct. 1975, n° 44.64/70, *Syndicat national de la police belge*, § 38). En outre, le CEDS dans sa décision du 12 décembre 2018, reconnaît le droit de négociation collective fondé sur l'article 6 §1 de la charte sociale européenne aux travailleurs indépendants (CEDS, 12 décembre 2018, Réclamation n°123/2016, « Irish Congress of Trade Unions (ICTU) cl. Irlande).